

Peter Forstmoser
Thomas Sprecher
Gian Andri Töndury

Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht

Risiken und ihre Minimierung

Personal Liability under Swiss Corporate Law

Associated risks and their avoidance

Schulthess §

Peter Forstmoser
Prof. Dr. iur., LL.M.

Thomas Sprecher
Dr. iur. et phil., LL.M.

Gian Andri Töndury
lic. iur., LL.M.

Persönliche Haftung
nach Schweizer Aktienrecht
Risiken und ihre Minimierung

Personal Liability
under Swiss Corporate Law
Associated risks and their avoidance

Schulthess § 2005

Bibliografische Information ‹Der Deutschen Bibliothek›

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹<http://dnb.ddb.de>› abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005
ISBN 3 7255 4976 1

www.schulthess.com

Vorwort

Aufsehenerregende Verantwortlichkeitsprozesse gegen Mitglieder von Verwaltungsräten und gegen Revisionsgesellschaften haben in den letzten zwei Jahrzehnten auch einer weiteren Öffentlichkeit klar gemacht, dass mit der Übernahme einer aktienrechtlichen Funktion erhebliche Risiken verbunden sind. Aber auch weniger medienwirksame Verfahren, die oft durch Vergleich erledigt wurden, haben bestätigt, dass in der Schweiz ein – gemessen an ausländischen Massstäben – sehr strenges Regime der persönlichen Verantwortlichkeit herrscht. Wer sich heute in einen Verwaltungsrat wählen lässt oder das Amt einer Revisionsstelle annimmt, muss (oder müsste) nicht selten das unguete Gefühl haben, sich auf ein Pulverfass zu setzen, ohne zu wissen, ob die Lunte bereits brennt. Dazu kommt, dass über die Voraussetzungen der persönlichen Haftung zahlreiche Unsicherheiten bestehen, welche die Aktienrechtsreform von 1992 nur zum Teil beseitigt hat.

Ziel dieser Darstellung ist es, zur Klärung beizutragen, indem ein Überblick über die geltende Ordnung versucht wird, wie sie sich aus Gesetz und Gerichtspraxis ergibt. Wer in seiner täglichen Arbeit Verantwortung in Aktiengesellschaften trägt, wird auf die damit verbundenen Risiken hingewiesen. Diese werden anhand von zahlreichen Beispielen, die weit überwiegend der Gerichtspraxis entnommen sind, illustriert. Es sollen aber auch konkrete Ratschläge erteilt werden, wie sich diese Risiken minimieren lassen. Im Interesse der Lesbarkeit und Handhabbarkeit ist eine gewisse Redundanz zugelassen worden. Aus denselben Gründen wird auf rechtsdogmatische Erörterungen und auf einen Anmerkungsapparat verzichtet. Lediglich die Hinweise auf einige besonders wichtige Bundesgerichtsentscheide sind mit den Fundstellen versehen.

Eine erste Darstellung dieser Thematik ist unter dem Titel *Persönliche Haftungsrisiken nach neuem Aktienrecht* 1994 von Peter Forstmoser, Markus A. Frey, Thomas Sprecher und Andreas C. Limburg publiziert worden. Die Weiterentwicklung durch Lehre und Gerichtspraxis, aber auch neue Gesetze wie das Fusionsgesetz machten eine vollständige Neubearbeitung zum Gebot. Der Text wurde überprüft, aktualisiert, verfeinert und durch neue Kapitel erweitert. Sodann wird er nun konsequent zweisprachig vorgelegt. Die Autoren danken Prof. Dr. Stephen V.

Berti für die Übertragung ins (Britisch-)Englische. Soweit Übersetzungen von Gesetzestexten der Swiss-American Chamber of Commerce vorliegen, sind diese mit deren freundlicher Erlaubnis in einem Annex (S. 233 ff) abgedruckt, um auch eine Version in amerikanischem Englisch zur Verfügung zu stellen.

Schon der Text von 1994 basierte auf zahlreichen Arbeiten von Peter Forstmoser zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht. Auch die vorliegende Schrift – von den drei Autoren in enger Zusammenarbeit verfasst – verdankt sich überwiegend seinen Publikationen und Erfahrungen aus drei Jahrzehnten. Verschiedene weitere Kollegen aus dem Advokaturbüro Niederer Kraft & Frey haben wiederum Anregungen eingebracht. Insbesondere danken die Autoren Dr. Ernst Felix Schmid für die Durchsicht der prozessrechtlichen und Daniela Schmucki-Frickler für die Überprüfung der steuerrechtlichen Ausführungen. Marcel Fischer, D&O Underwriter bei Swiss Re, hat wertvolle Informationen zur Versicherbarkeit des aktienrechtlichen Haftungsrisikos und insbesondere zur D&O-Versicherung beigetragen. Vielen Dank auch an Renée Zaytsev, die die englische Version überarbeitet, und an Cornelia Rupp, die effizient die Niederschrift des Textes besorgt hat.

Zum Abschluss die mittlerweile übliche sprachliche Klarstellung: Männliche oder weibliche Formen meinen stets auch das andere Geschlecht, soweit sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt.

Die Darstellung ist auf dem Stand vom 1. September 2005.

Peter Forstmoser

Thomas Sprecher

Gian Andri Töndury

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Literatur	12
Judikatur	13
Gesetzestexte und Abkürzungen.....	14
I. Einleitung	15
II. Wer untersteht den aktienrechtlichen Regeln über die persönliche Haftung?	17
III. Haftungsvoraussetzungen	35
IV. Die Geltendmachung von Ansprüchen	67
V. Wer hat welchen Schaden zu ersetzen?.....	73
VI. Prozessuales	87
VII. Exkurs I: Verantwortlichkeit im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht.....	91
VIII. Exkurs II: Das Verhältnis der persönlichen Verantwortlichkeit von Organpersonen zur Haftung der Aktiengesellschaft selbst.....	97
IX. Internationale Verhältnisse	101
X. Praktische Bedeutung und Würdigung der Verantwortlichkeitsklage	105
XI. Zwölf goldene Regeln zur Vermeidung einer persönlichen Haftung als Verwaltungsratsmitglied.....	109

Inhaltsverzeichnis

Literatur	12
Judikatur	13
Gesetzestexte und Abkürzungen	14
I. Einleitung	15
II. Wer untersteht den aktienrechtlichen Regeln über die persönliche Haftung?	17
1. Personen, die sich mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassen	17
2. Personen, die sich mit der Revision befassen (Revisionshaftung)	25
3. Personen, die bei der Gründung mitwirken (Gründungshaftung).....	27
4. Personen, die an der Ausgabe eines Prospektes mitwirken (Prospekthaftung)	29
5. Personen, die sich mit Umstrukturierungen befassen	30
6. Besonderheiten der Bankaktiengesellschaft	31
7. Haftung nach aktienrechtlichen Regeln bei anderen Gesellschaften	32
8. Exkurs I: Haftung des Sonderprüfers	33
9. Exkurs II: Haftung von externen Beratern	33
10. Exkurs III: Haftung der Mitglieder von Beiräten	34
11. Exkurs IV: Haftung von Sachbearbeitern	34
III. Haftungsvoraussetzungen	35
1. Schaden.....	35
1.1. Begriff.....	36
1.2. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	37
1.3. Schadensberechnung.....	38
2. Pflichtwidriges Verhalten	39
2.1. Haftung der Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsorgane im Allgemeinen.....	40
2.2. Verantwortlichkeit bei Kompetenzdelegation insbesondere	42
2.3. Revisionshaftung.....	49
2.4. Gründungshaftung	51
2.5. Prospekthaftung	53
2.6. Haftung nach Fusionsgesetz	53
3. Verschulden.....	54
3.1. Allgemeines	54
3.2. Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt	54

3.3.	Kein Verschulden bei sorgfältig gefassten, aber unrichtigen Geschäftsführungsentscheiden	57
3.4.	Die Business Judgment Rule als Mittel zur Objektivierung des Verantwortlichkeitsrechts	57
3.5.	Verwischung der Konturen zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden.....	58
4.	Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten	59
5.	Kein Anspruchsuntergangs- oder Klageausschlussgrund	61
5.1.	Entlastung	61
5.2.	Urteil und Vergleich	63
5.3.	Verjährung und Verwirkung	63
5.4.	Handeln aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses oder mit Zustimmung aller Aktionäre.....	65
IV.	Die Geltendmachung von Ansprüchen	67
1.	Geltendmachung ausser Konkurs	67
1.1.	Die Gesellschaft	68
1.2.	Die Aktionäre (und Partizipanten)	68
1.3.	Die Gläubiger	69
2.	Geltendmachung im Konkurs	69
2.1.	Vorbemerkung: Einschränkung des Klagerechts von Gläubigern (und allenfalls auch Aktionären) durch die neuere Bundesgerichtspraxis	70
2.2.	Die Gesellschaft	71
2.3.	Die Aktionäre (und Partizipanten)	71
2.4.	Die Gläubiger	71
V.	Wer hat welchen Schaden zu ersetzen?.....	73
1.	Schadenersatzbemessung	73
2.	Solidarität und Rückgriff	76
2.1.	Solidarität im Aussenverhältnis	76
2.2.	Geltendmachung des Gesamtschadens	77
2.3.	Rückgriff im Innenverhältnis	77
2.4.	Würdigung	78
3.	Exkurs: Überwälzung des Haftungsrisikos.....	79
3.1.	Schadloshaltungsklausel	79
3.2.	Versicherungsdeckung	81
VI.	Prozessuales	87
1.	Gerichtsstand	87
1.1.	National.....	87
1.2.	International	88
2.	Streitwert und Kostenfolgen	88

VII. Exkurs I: Verantwortlichkeit im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht	91
1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	91
2. Haftung nach Sozialversicherungsrecht	93
3. Steuerrechtliche Verantwortlichkeit	95
VIII. Exkurs II: Das Verhältnis der persönlichen Verantwortlichkeit von Organpersonen zur Haftung der Aktiengesellschaft selbst ..	97
1. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	97
2. Haftung für Sozialabgaben und Steuern	98
3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	98
IX. Internationale Verhältnisse	101
1. Allgemeines	101
2. Persönliche Verantwortlichkeit bei Tätigkeit für eine ausländische Gesellschaft.....	101
3. Prospekthaftung ausländischer Emittenten.....	102
X. Praktische Bedeutung und Würdigung der Verantwortlichkeitsklage	105
XI. Zwölf goldene Regeln zur Vermeidung einer persönlichen Haftung als Verwaltungsratsmitglied	109
1. Das Spiel der AG spielen	109
2. Wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer handeln	111
3. Die Minderheit leben lassen	111
4. Eine angemessene Organisation sicherstellen	112
5. Die nicht delegierbaren Aufgaben tatsächlich ausüben	112
6. Vollmachten mit Zurückhaltung einräumen	112
7. Für die Einhaltung der Buchführungsvorschriften sorgen und eine sachkundige Revisionsstelle bestellen	113
8. Fachleute beiziehen.....	113
9. Treuhandverhältnisse klar regeln	113
10. Die Entrichtung von öffentlichrechtlichen Abgaben und Beiträgen überprüfen.....	114
11. Eine Versicherung abschliessen (lassen).....	114
12. Vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen und Mandate, für welche die notwendige Ausbildung, Erfahrung oder Zeit fehlen, gar nicht erst annehmen.....	114
Stichwortverzeichnis	117

Literatur

Die Literatur zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht ist kaum mehr zu überblicken. Sie erfasst neben zahlreichen Monografien viele hundert wissenschaftliche Beiträge zu Einzelfragen.

Die folgende Übersicht beschränkt sich auf einige wenige Standardwerke und Monografien, in denen weiterführende Publikationen umfassend dokumentiert sind.

BÄRTSCHI Harald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Zürich 2001 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 210)

Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: OR II Art. 530–1186 (2. A. Basel 2002), herausgegeben von Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Rolf WATTER; insb. Kommentierung von Art. 752–760, bearbeitet von Rolf WATTER/Peter WIDMER/Oliver BANZ

BÖCKLI Peter: Schweizer Aktienrecht (3. A. Zürich 2004)

EGGMANN Irene C.: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung (Zürich 1997 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 176)

FORSTMOSER Peter: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987)

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996)

FORSTMOSER Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht (Zürich 1997 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Nr. 151)

GRASS Andrea R.: Business Judgment Rule (Zürich 1998 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 186)

GROSS Kurt J.: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates (Zürich 1990 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 33)

GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY: Das Schweizerische Obligationenrecht (9. A. Zürich 2000)

KRNETA Georg: Praxiskommentar Verwaltungsrat (Bern 2005)

MÜLLER Roland/LIPP Lorenz/PLÜSS Adrian: Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis (Zürich 1999)

RAVELLO Robertino Lei: La responsabilité solidaire des organes de la société anonyme (Lausanne 1992)

Judikatur

Dem Adressatenkreis entsprechend werden nur einige wenige Bundesgerichtsentscheide (BGE) mit Belegstelle zitiert. Die Ausführungen basieren aber durchwegs auf der (publizierten und nicht publizierten) Gerichtspraxis, und sie geben – wenn nichts anderes gesagt ist – die Auffassung des Bundesgerichts wieder.

Gesetzestexte und Abkürzungen

Die wichtigsten Gesetzesnormen werden an den einschlägigen Stellen im Wortlaut wiedergegeben (Kästchen).

Die folgenden Bundesgesetze (zitiert «BG») werden mit den üblichen Abkürzungen zitiert:

AFG	BG vom 18. März 1994 über die Anlagefonds
AHVG	BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung
BankG	<i>Bankengesetz</i> , BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen
BEHG	<i>Börsengesetz</i> , BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel
BVG	BG vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
DBG	BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer
FusG	<i>Fusionsgesetz</i> , BG vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung
GestG	<i>Gerichtsstandsgesetz</i> , BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht
LugÜ	<i>Lugano-Übereinkommen</i> , Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
OR	<i>Obligationenrecht</i> , BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Teil
SchKG	BG vom 11. April 1889 betreffend Schuldbetreibung und Konkurs
StGB	Schweizerisches <i>Strafgesetzbuch</i> vom 21. Dezember 1937
VStrR	BG vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i> , Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

Bundesgerichtsentscheide werden wie üblich mit «BGE» zitiert.

Verweisungen im Text erfolgen auf die mit Randziffern (Rz.) durchnummerierten Absätze.

I. Einleitung

Die persönliche Verantwortlichkeit im Rahmen von Aktiengesellschaften ist im wesentlichen in den Artikeln 752–760 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) geregelt. Diesen Haftungsnormen sind die mit der *Verwaltung*, *Geschäftsführung* und *Liquidation* (Rz. 8 ff), der *Revision* (Rz. 35 ff), der *Gründung* (Rz. 43 ff) und der *Emission von Prospekten* (Rz. 49 ff) befassten Personen unterstellt. Der Kreis der nach den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen haftenden Personen wird für Bankaktiengesellschaften durch das *Bankengesetz* (BankG 39, Rz. 54) und für die mit Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen oder Vermögensübertragungen Befassten durch das *Fusionsgesetz* (FusG 108, Rz. 52) ergänzt. Die Begriffe Aktienrecht und aktienrechtlich umfassen nachfolgend grundsätzlich auch die entsprechenden Bestimmungen in anderen Gesetzen (BankG, FusG etc.). Auf Besonderheiten der Bankaktiengesellschaft (Rz. 54 ff) und auf die Haftung ausserhalb des Aktienrechts (Rz. 58 ff) wird speziell hingewiesen.

Entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen ist Voraussetzung einer Haftung stets, dass ein *Schaden* eingetreten ist (Rz. 72 ff), dass die zur Verantwortung gezogenen Personen (im Rahmen ihrer Funktionen) *pflichtwidrig* (Rz. 90 ff) und *schuldhaft* (Rz. 133) gehandelt haben und dass ein *adäquater Kausalzusammenhang* – eine voraussehbare Verbindung von Ursache und Wirkung – zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht (Rz. 154 ff). Sodann darf *kein Anspruchsuntergangs- oder Klageausschlussgrund* vorliegen (Rz. 164 ff).

Schadenersatz geltend machen können die *Gesellschaft* selbst, die *Aktionäre* und die allfälligen *Partizipanten* sowie die *Gesellschaftsgläubiger*, letztere freilich nur im Konkurs (Rz. 209 ff).

Die genannten Verantwortlichkeitsbestimmungen sind auf alle nach *Schweizer Recht* gegründeten Aktiengesellschaften anwendbar. In internationalen Verhältnissen sind spezielle Vorschriften zu beachten (Rz. 307 ff).

Die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts sind *zwingender Natur*. Entgegen der Regelung in gewissen ausländischen Jurisdiktionen ist es nicht möglich, die Verantwortlichkeit in den Statuten wegzubedingen oder einzuschränken.

II. Wer untersteht den aktienrechtlichen Regeln über die persönliche Haftung?

Den aktienrechtlichen Regeln über die persönliche Haftung unterstehen 6

- Personen, die sich mit der *Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation* befassen (nachstehend Ziff. 1, Rz. 8 ff);
- Personen, die sich mit der aktienrechtlichen *Revision* befassen (nachstehend Ziff. 2, Rz. 35 ff);
- Personen, die bei der *Gründung* mitwirken (nachstehend Ziff. 3, Rz. 43 ff);
- Personen, die an der Ausgabe eines *Prospektes* mitwirken (nachstehend Ziff. 4, Rz. 49 ff);
- Personen, die sich mit *Umstrukturierungen* befassen (nachstehend Ziff. 5, Rz. 52 ff);
- die *bankengesetzliche Revisionsstelle* und die von der Bankenkommision eingesetzten *Sonderbeauftragten* (Untersuchungsbeauftragte, Sanierungsbeauftragte, Liquidatoren und ausserordentliche Revisoren) (nachstehend Ziff. 6, Rz. 54 ff).

Der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit können sowohl natürliche wie 7 auch juristische Personen unterstehen. So trifft zum Beispiel die Revisionshaftung die juristische Person, die als Revisionsstelle gewählt wurde, und nicht die für sie handelnden natürlichen Personen. Der Verwaltungsrat kann jedoch nicht insgesamt (als Organ) zur Verantwortung gezogen werden; vielmehr werden die Verwaltungsratsmitglieder individuell haftbar, wobei grundsätzlich nur natürliche Personen Verwaltungs- und Geschäftsführungsorgane sein können (vgl. aber Rz. 11).

1. Personen, die sich mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassen

a) Die Organhaftung nach OR 754 I ist neben der Revisionshaftung 8 (dazu Rz. 35 ff) die in der Praxis bedeutendste Haftungsnorm.

OR 754 I

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

- 9 Die Bestimmung gilt nicht nur für die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern auch für alle übrigen mit der Geschäftsführung «befassten» Personen.
- 10 Dies bedeutet, dass der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht nur die *Verwaltungsratsmitglieder* und *weitere Organe im formellen Sinne* – wie Mitglieder der Direktion, Geschäfts- oder Konzernleitung – unterstehen, sondern überhaupt *alle Personen, die tatsächlich Organfunktionen erfüllen* (zur Umschreibung der Aufgaben, die als «Organfunktionen» im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts zu verstehen sind, vgl. Rz. 16 ff), und zwar unabhängig davon, ob sie förmlich dazu bestellt worden sind oder Organaufgaben einfach tatsächlich wahrnehmen. Man spricht in diesem Zusammenhang neben formellen von *materiellen* oder *faktischen Organen* (BGE 128 III 92, BGE 117 II 442).
- 11 So kann etwa ein *Haupt- oder Alleinaktionär* der Organverantwortlichkeit unterworfen werden, wenn er sich in die Geschäftsführung einmischt oder dazu Weisungen erteilt, wenn er sich also nicht darauf beschränkt, seine Aktionärsrechte auszuüben. Es betrifft dies vor allem auch die *Muttergesellschaft in einem Konzern*, falls sie sich nicht auf ihre Rolle als Aktionärin beschränkt, sondern – was eher die Regel als die Ausnahme ist – aktiv in die Geschäftsführung eingreift und zumindest die strategischen und grundlegenden taktischen Entscheidungen trifft. (Dass Konzernobergesellschaften als materielle Organe verantwortlich gemacht werden können, ist freilich nicht unbestritten. Es widerspricht dem vorerwähnten Grundsatz [Rz. 7], wonach nur natürliche Personen Verwaltungs- und Geschäftsführungsorgane sein können. Verneint man die Organstellung der Muttergesellschaft, dann können jedenfalls die für die Muttergesellschaft Handelnden als [materielle] Organe der Tochtergesellschaft betrachtet werden, was insofern zum gleichen Resultat führt, als deren Handlungen der Muttergesellschaft zugerechnet werden [vgl. Rz. 294 ff].)

Eine haftungsrelevante Organstellung kann sodann auch dadurch begründet werden, dass nach aussen der *Anschein von Organkompetenzen* bewirkt wird, weil sich eine Person gegenüber Dritten so verhält, wie wenn sie ein Organ wäre, oder weil sie nach aussen erklärt, Organ (z.B. «stillter» Verwaltungsrat) zu sein (zur sog. Organstellung durch *Kundgabe* siehe Rz. 25). 12

b) Im Einzelnen gilt folgendes: 13

aa) Organpersonen im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen sind *alle Mitglieder des Verwaltungsrates*, unabhängig davon, ob und welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen. Insofern wird abgestellt auf die *formelle Organeigenschaft*, wie sie sich aus dem Handelsregistereintrag ergibt. Auch das «*Proforma*»-Mitglied eines Verwaltungsrates, welches das Mandat lediglich aus Gefälligkeit angenommen hat, von dem keinerlei Mitarbeit erwartet wird und das vielleicht auch keine Entschädigung erhält, unterliegt daher vollumfänglich den Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts. Sein Tun und sein Lassen werden gemessen am Verhalten eines Mitglieds, das seine Aufgaben aktiv und sorgfältig erfüllt. Dies gilt jedenfalls für die – in der Praxis weitaus wichtigste – *Haftung gegenüber den Gläubigern*, während gegenüber einem Haupt- oder Alleinaktionär und allenfalls auch gegenüber der von einer solchen Person beherrschten Gesellschaft wirksam entgegengehalten werden kann, dass keine Aktivität oder nur ein an Weisungen gebundenes Verhalten erwartet wurde. 14

Als formelle Organe sind unseres Erachtens auch die (im Handelsregister eingetragenen) *Mitglieder der Direktion, Geschäfts- oder Konzernleitung* zu betrachten. Wollte man ihnen diese Qualifikation aber absprechen, hätte dies kaum praktische Konsequenzen: Die Betroffenen wären dann als materielle Organe (weil mit der Geschäftsführung «befasst», dazu Rz. 16 ff) zu qualifizieren oder als Organe zufolge Kundgabe (weil Dritte annehmen dürfen, dass mit dem Titel eines Direktors oder Mitglieds der Geschäfts- bzw. Konzernleitung auch Organkompetenzen verbunden sind, dazu Rz. 25). 15

bb) *Materiell* bzw. *funktionell* oder *faktisch* als Organe zu betrachten (und damit ebenfalls der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt) sind alle Personen, die tatsächlich *Entscheide treffen, welche nach der Vorstellung des Gesetzgebers formellen Organen vorbehalten* 16

sind (BGE 117 II 572 f). Dazu gehören insbesondere Personen, welche die Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen. Wo die Grenze zu ziehen ist, kann wegen der uneinheitlichen bundesgerichtlichen Praxis nicht genau gesagt werden.

- 17 Unseres Erachtens sollte der Organbegriff eng gefasst werden: Die spezifisch aktienrechtliche Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung sollte nur die *oberste Leitung* der Gesellschaft treffen. Das bedeutet nicht, dass andere Personen, welche auf einer tieferen Hierarchiestufe oder als externe Berater die Geschäftstätigkeit beeinflussen, für eine unsorgfältige Erfüllung ihrer Pflichten nicht zur Rechenschaft gezogen werden können sollten. Doch werden sie aufgrund anderer Rechtsnormen verantwortlich:
- 18 – als *Arbeitnehmer* gegenüber dem Arbeitgeber wegen der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht von OR 321a I:

OR 321a I

Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

- 19 – oder aber als *Beauftragte* gegenüber dem Auftraggeber gemäss OR 398 I und II in Verbindung mit OR 321a I:

OR 398 I, II

Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.
Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

- 20 Das Bundesgericht ist zum Teil weiter gegangen und hat der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch Personen unterstellt, die Geschäfte abwickelten oder Entscheide trafen, welche eigentlich zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören. So wurde die Prokuristin einer Kleinbank, die zusammen mit dem Delegierten des Verwaltungsrates Verträge sowie eine Bilanzklärung unterzeichnet hatte, als Organ betrachtet und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt (BGE 117 II 441 f). Der Entscheid wurde in der Literatur – unseres Erachtens zu Recht – stark kritisiert. Überzeugender ist die Abgrenzung in einem fast gleichzeitig ergangenen Urteil, wonach als Organe nur diejenigen Personen zu qualifizieren sind, die zur obersten Leitung einer Aktiengesellschaft gehören (BGE 117 II 573).

cc) Im Gegensatz zu den Organen im formellen Sinn, die grundsätzlich für alle Ereignisse in der Gesellschaft verantwortlich gemacht werden können (zu den Möglichkeiten einer Haftungsbefreiung durch Delegation vgl. aber Rz. 97 ff), erstreckt sich nach unserer Auffassung die Haftung von Personen mit Organstellung im materiellen Sinn nur auf diejenigen Funktionen oder Bereiche, in welchen sie *tatsächlich mitgewirkt* und Einfluss genommen haben. Im Rahmen dieser Funktionen oder Bereiche begrenzt sich die Verantwortung aber nicht auf die einzelne Handlung (oder Unterlassung). Wer etwa tatsächlich – wenn auch vielleicht nicht formell – für die Sicherstellung der Liquidität verantwortlich ist, kann sich der Verantwortung daher nicht unter Berufung darauf entziehen, dass er im konkreten Fall nicht beteiligt war. 21

dd) Organe im *materiellen* Sinn können – es wurde bereits erwähnt (vorn Rz. 11) – nicht nur Personen sein, die innerhalb der Organisation der Gesellschaft tätig sind, sondern auch *Aussenstehende* – vor allem Grossaktionäre oder allenfalls eine Muttergesellschaft –, die effektiv auf die Unternehmensführung einwirken. 22

Als materielle Organe können aber auch Personen qualifiziert werden, die hierarchisch auf einer *untergeordneten Stufe* stehen, denen aber faktisch entscheidende Kompetenzen zukommen, wie etwa der langjährige Mitarbeiter, der in einer Familien-AG tatsächlich die Geschicke der Gesellschaft in der Hand hat. Dabei ist jedoch zu verlangen, dass die Einflussnahme aus einer *organtypischen Stellung* heraus erfolgt: Der *Sachbearbeiter*, der durch das Gewicht seiner Argumente die Entscheidungsfindung beeinflusst, ist daher nicht Organ, soweit das «letzte Wort» bei anderen liegt, selbst dann nicht, wenn sich diese durch die Argumente und den Sachverstand des Spezialisten leiten lassen. 23

Ebenso wenig wird im Allgemeinen ein *Berater* zum Organ, auch dort nicht, wo die formell zuständigen Organe seine Vorschläge mehr oder weniger kritiklos übernommen haben. Anders verhält es sich aber, wenn der Berater seine Funktion überschreitet und sich *aktiv in die Entscheidungsfindung einmischt*. Das Bundesgericht ist unseres Erachtens zu weit gegangen, als es einen Berater als Organ qualifizierte, weil er «durch besonders intensive Beratung, Betreuung und Überwachung der formellen Organe» (so die Formulierung der Vorinstanz zu BGE 107 II 349 ff) Einfluss genommen hatte. Zu verlangen ist vielmehr eine *Mitwirkung bei der Entscheidung* (vgl. BGE 128 III 92), und dies *in organtypischer Form* (namentlich durch Teilnahme an Abstimmungen). 24

- 25 ee) Schliesslich kann eine Organstellung nach einer vom Bundesgericht übernommenen und mittlerweile unbestrittenen Lehrmeinung auch durch *Kundgabe* begründet werden, dadurch nämlich, dass Dritte aus den äusseren Umständen in guten Treuen auf eine solche Stellung schliessen dürfen, wenn also nach aussen der *Eindruck erweckt wird, der Betreffende habe Organkompetenzen* (BGE 117 II 572 f). So wurde der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein Berater unterstellt, der sich gegenüber Dritten damit brüstete, «stiller Verwaltungsrat» zu sein.
- 26 c) Keine Organstellung haben die an der Generalversammlung Beteiligten, weshalb der *Aktionär*, der sich auf die Ausübung seiner Aktionärsrechte beschränkt und der weder formell noch materiell eine Organfunktion ausübt, *der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht untersteht*.
- 27 d) Aufgrund der *Gerichtspraxis* können der aktienrechtlichen Organhaftung etwa unterstehen:
- die *Mitglieder des Verwaltungsrates* als formelle Organe, die OR 754 ff auf jeden Fall unterworfen sind, und zwar einschliesslich der treuhänderisch tätigen Verwaltungsratsmitglieder, die wie alle anderen für sämtliche Handlungen oder Unterlassungen einzustehen haben;
 - die *Mitglieder einer Direktion, Geschäfts- oder Konzernleitung*, wobei diese wohl – soweit im Handelsregister eingetragen – als formelle Organe zu qualifizieren sind, ihnen aber auf jeden Fall entweder aufgrund ihrer Kompetenzen eine materielle Organstellung zukommt oder aber – aufgrund des Anscheins, den die Bezeichnung «Direktor», «Geschäftsleitungs-» oder «Konzernleitungsmitglied» gegenüber Dritten erweckt – eine Organstellung zufolge Kundgabe;
 - der *Hintermann* wie auch die verdeckt im Hintergrund wirkende «graue Eminenz»;
 - der *Hauptaktionär*, wenn er sich in die Geschäftsführung einmischt und daher materiell Organfunktionen ausübt (nicht dagegen, wenn er lediglich seine Rechte als Aktionär ausübt, also die Organe bestellt und durch Festlegung der Statuten auf die Zielsetzung, die Organisation und die finanzielle Basis der Gesellschaft bestimmenden Einfluss nimmt);
 - *verdeckte und stille* (d.h. im Handelsregister nicht eingetragene) *Mitglieder des Verwaltungsrates*, die tatsächlich in Organstellung tätig sind oder sich nach aussen als Organe ausgeben;
 - die *Muttergesellschaft und ihre Vertreter*, sofern diese die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft direkt beeinflussen, nicht dagegen, wenn sie lediglich Aktionärsrechte ausüben; insofern ist die Haftung in Konzernverhältnissen in gleicher Weise zu begrenzen wie bei einer Einflussnahme durch Hauptaktionäre allgemein;

- die *juristische Person*, die als Aktionärin einen Vertreter in den Verwaltungsrat delegiert hat, jedoch nur, wenn sie diesem Instruktionen erteilt und auf diese Weise die Geschäftsführung mitbestimmt;
- *Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und weitere Angestellte*, soweit sie *selbständig wesentliche Geschäftsführungsentscheide fällen*. Doch ist zu betonen, dass weder die Zeichnungsberechtigung noch der Eintrag im Handelsregister als solche eine Organstellung bewirken, sondern diese vielmehr nur bei materieller Ausübung von Organfunktionen gegeben ist (eine Einschränkung, die das Bundesgericht freilich nicht konsequent macht);
- die *Liquidatoren*;
- der bei einem Konkursaufschub ernannte *Sachwalter*.

e) Die *Organstellung* und das damit verbundene persönliche Haftungsrisiko *beginnen* grundsätzlich im Falle der *formellen Organstellung* mit dem Zeitpunkt des effektiven Eintritts in den Verwaltungsrat, wenn das Verwaltungsratsmitglied bereits vor Eintragung im Handelsregister tätig wurde (und sonst mit dieser), bei *materieller Organstellung* mit dem Beginn der Einmischung und bei *Organstellung zufolge Kundgabe* mit der Kundgabe. 28

Die Organstellung und die damit verbundene Verantwortlichkeit dauern grundsätzlich *solange, als das Organ den Geschäftsgang beeinflussen kann*. 29

f) Umstritten ist der *genaue Zeitpunkt* der Beendigung der *formellen* 30 Organstellung. Unseres Erachtens ist zu differenzieren: Gegenüber der *Gesellschaft* enden Verantwortung und Haftung mit der Demission bzw. Abberufung, ebenso gegenüber den Aktionären, die von der Beendigung der Organfunktion wissen oder wissen müssen. Wenn die Abberufung durch die Generalversammlung erfolgte oder die Demission ihr zuzuging, enden sie gegenüber *sämtlichen Aktionären* mit Beschlussfassung oder Kenntnisnahme durch die Generalversammlung. Gegenüber gutgläubigen Dritten besteht dagegen die Haftung grundsätzlich weiter, bis die Betroffenen im Handelsregister gelöscht sind, was sie – wenn die Gesellschaft untätig bleibt – auch selbst veranlassen können, OR 711 II:

OR 711

Die Gesellschaft meldet das Ausscheiden eines Mitgliedes des Verwaltungsrates ohne Verzug beim Handelsregister zur Eintragung an. Erfolgt diese Anmeldung nicht innert 30 Tagen, so kann der Ausgeschiedene die Löschung selbst anmelden.

- 31 Wird jedoch eine Verletzung von Pflichten des Sozialversicherungsrechts geltend gemacht, so endet die Haftung nach Ansicht des Bundesgerichtes auch gegenüber gutgläubigen Dritten bereits mit dem tatsächlichen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat und nicht erst mit der Löschung des Handelsregistereintrages (BGE 126 V 61).
- 32 g) Der *Rücktritt* aus dem Verwaltungsrat kann jederzeit erfolgen, ohne dass eine Kündigungsfrist eingehalten werden müsste. Theoretisch könnte ein Rücktritt zur Unzeit eine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit darstellen, in analoger Anwendung von OR 404, wonach im Auftragsrecht zwar ein jederzeitiger Rücktritt möglich ist, gemäss Abs. 2 allerdings Folgendes gilt:

OR 404 II

Erfolgt dies [Kündigung/Widerruf] jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet.

- 33 Unseres Wissens ist jedoch eine Schadenersatzpflicht wegen Rücktritts zur Unzeit im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht bisher noch nie geltend gemacht, geschweige denn gerichtlich bejaht worden. Eine Organperson, die sich mit der Geschäftsführung in einer AG nicht mehr identifizieren kann und die vergebens versucht hat, eine Änderung zu bewirken, tut daher in aller Regel gut daran, mit sofortiger Wirkung zurückzutreten. Fragwürdig ist es dagegen, den Rücktritt zu erklären, ohne sich vorher darum bemüht zu haben, allfällige Missstände zu bereinigen. Auch ist ein Rücktritt beim ersten Auftreten von Schwierigkeiten der persönlichen Reputation sicher nicht bekömmlich. Andererseits legt die überzogene sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung (vgl. Rz. 280 ff) nahe, *lieber zu früh als zu spät zurückzutreten*.
- 34 h) Falls das Mandat als Verwaltungsratsmitglied mit einem *Arbeitsvertrag* verbunden ist, kann dieser trotz Abberufung oder Rücktritt aus dem Verwaltungsrat weiter dauern. Es entfällt dann aber die Organhaftung, falls nicht die verbleibende Funktion ebenfalls – formell oder materiell – als Organfunktion zu qualifizieren ist.

2. Personen, die sich mit der Revision befassen (Revisionshaftung)

a) Das geltende Recht schreibt zwingend vor, dass jede Aktiengesellschaft eine *Revisionsstelle* einsetzt, welche primär die Buchführung und die Jahresrechnung der Gesellschaft auf ihre Gesetzes- und Statutenkonformität zu prüfen hat. Daneben auferlegt das Gesetz der Revisionsstelle noch weitere Prüfungs-, Berichterstattungs- und Meldepflichten (vgl. OR 728–729c, 731a). Die Revisionsstelle haftet nach den gleichen Prinzipien wie die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassten Personen. 35

OR 755

Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

b) Der Revisionshaftung sind alle mit der Prüfung der Rechnungslegung *befassten Personen* unterstellt. Wie bei der Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung ist daher eine faktische Ausübung des Mandats ohne entsprechende formelle Bestellung denkbar und haftungsbe gründend. Auch bei der Revisionshaftung ist also der *materielle Organbegriff* anwendbar (vgl. Rz. 16), wobei freilich zu ergänzen ist, dass die Haftung einer (juristischen) Person, die als Revisionsstelle fungierte, ohne dafür bestellt zu sein, soweit ersichtlich bisher nur in einem einzelnen Fall gerichtlich diskutiert (und abgelehnt) worden ist (BGE 119 II 255 ff). Bezüglich Beginn und Ende der persönlichen Verantwortung kann sinngemäss auf die in Rz. 28 ff gemachten Ausführungen verwiesen werden. 36

c) Die Revisoren unterstehen der spezifisch aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit Bezug auf die *ordentliche Revisionstätigkeit* (Prüfung der Jahres- und allenfalls der Konzernrechnung) wie auch die *ausserordentliche Revisionstätigkeit* (z.B. Prüfungen bei Gründung, Kapitalerhöhung und -herabsetzung oder Prüfung als Voraussetzung einer vorzeitigen Rückzahlung des Liquidationserlöses). Erfasst wird auch der zuhanden des Verwaltungsrates abzugebende *Erläuterungsbericht*. 37

- 38 Dagegen kommen die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (selbstverständlich) nicht zur Anwendung bei der Erfüllung von *nicht organspezifischen anderen Aufträgen* (z.B. Auftrag, eine zu veräußernde Liegenschaft zu bewerten).
- 39 d) Wird eine *juristische Person* als Revisionsstelle bestellt, so untersteht diese der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, nicht aber die einzelnen Organ- oder Hilfspersonen, welche die Revisionsaufgaben tatsächlich ausüben.
- 40 e) *Ausblick*: In seiner Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. Juni 2004 schlägt der Bundesrat eine Neuordnung der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht vor: Diese soll für alle Gesellschaften unabhängig von der Rechtsform gleich geregelt werden, aber mit einer Differenzierung unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens. Während Publikumsgesellschaften und andere volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften weiterhin zwingend einer umfassenden Revisionspflicht unterstehen, ist für die übrigen Gesellschaften eine eingeschränkte Revision vorgesehen, und OR 727a II des Vorentwurfs (VE) bei Kleinunternehmen lässt sogar den gänzlichen Verzicht auf die Revision zu, falls alle Aktionäre einverstanden sind (vgl. auch Rz. 125).

**VE OR
727a II**

Mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann auf die [...] Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.

- 41 Verzichtet werden können soll auch in Zukunft nur auf die Revision des Jahresberichts. Ausserordentliche Prüfungen – wie etwa solche bei qualifizierten Gründungen oder Kapitalerhöhungen – sind dagegen auch bei kleinen Gesellschaften weiterhin zwingend vorgeschrieben, und es werden die Revisoren für allfällige Verfehlungen in der Ausführung solcher Revisionsdienstleistungen weiterhin verantwortlich bleiben.
- 42 In der Diskussion zur Neuordnung des Revisionsrechts ist verschiedentlich postuliert worden, die Revisionshaftung künftig nicht mehr im OR gemeinsam mit der Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung zu regeln, sondern vielmehr spezialgesetzlich. Ziel dieser Vorschläge ist es, den Gleichlauf der Haftung der Exekutivorgane (Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) und der Revisionsstelle aufzu-

brechen, da dieser für die Revisionsstelle oft negative Konsequenzen hat (vgl. hinten Rz. 319).

3. Personen, die bei der Gründung mitwirken (Gründungshaftung)

a) Der Gründungshaftung unterliegen nicht nur alle Personen, die *offiziell als Gründer* auftreten, sondern jedermann, der bei der Gründung einer Aktiengesellschaft *massgebend mitwirkt*, dagegen nicht, wer bloss untergeordnete Funktionen ausübt. 43

OR 753

Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken, werden sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, wenn sie

1. absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln;
2. absichtlich oder fahrlässig die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält;
3. wissentlich dazu beitragen, dass Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen werden.

Der Kreis der Verantwortlichen umfasst etwa:

44

- die *Gründeraktionäre im formellen Sinn*, also diejenigen, die beim Gründungsakt als Aktionäre auftreten, wobei es keine Rolle spielt, ob sie auch wirtschaftlich Anteile an der Gesellschaft übernehmen oder ob sie lediglich treuhänderisch mitwirken, um das gesetzliche Erfordernis der Mitwirkung von drei Gründern zu erfüllen (dieses Erfordernis soll übrigens in absehbarer Zeit entfallen, und es soll künftig auch in der Schweiz – wie in der EU – die Einpersonengründung zulässig sein);
- die für eine in Gründung befindliche Gesellschaft Handelnden, also neben den offiziell auftretenden Gründergesellschaftern und künftigen Organpersonen auch etwa *Anwälte oder Treuhänder*, welche die Gründung vorbereiten;
- *treuhänderisch* bei der Gründung Tätige ebenso wie der Hintermann;
- die bestellten *Organe*, v.a. die künftigen Verwaltungsratsmitglieder;

- *Geldgeber*, die den Gründern wissentlich für kurze Zeit ein Darlehen für die (Schein)Liberierung gewähren;
 - *Banken* als Depositenstellen, wenn sie bei einer *Scheinliberierung* mitwirken;
 - *Urkundspersonen* (umstritten), wobei zu betonen ist, dass ihnen nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht und -befugnis zukommt;
 - den *Handelsregisterführer*, der überdies einer allgemeinen Verschuldenshaftung nach OR 928 I untersteht, wobei auch für den Registerführer auf die stark eingeschränkte Prüfungspflicht und -befugnis hinzuweisen ist (praktische Fälle einer Haftung von Registerführern für Mängel bei der Gründung von Aktiengesellschaften sind nicht bekannt).
- 45 Voraussetzung ist stets, dass sich die Betroffenen *bewusst waren* oder zumindest *bewusst sein konnten*, an einer fehlerhaften Gründung mitzuwirken.
- 46 b) OR 753 kommt – entgegen dem zu engen Gesetzeswortlaut – auch bei *Kapitalerhöhungen* zur Anwendung.
- 47 c) Neben der Gründungshaftung nach OR 753, die – wie jede Haftung nach den Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts – stets eine Haftung für schuldhaftes Fehlverhalten und dadurch verursachten Schaden ist, trifft diejenigen, die im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt haben, auch eine direkte *persönliche Haftung für alle im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen*. Von dieser können sich die Handelnden nur befreien, wenn die Gesellschaft nach ihrer Entstehung die Verpflichtungen übernimmt.

OR 645

Ist vor der Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Wurden solche Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft.

- 48 Werden für eine Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung im Handelsregister Verträge abgeschlossen, empfiehlt es sich daher, diese unter der Bedingung einzugehen, dass die Gründung erfolgreich abgeschlossen wird und die Gesellschaft nach ihrer Entstehung die Verträge genehmigt – es sei denn, die Handelnden hätten die Willensbildung in der künftigen Gesellschaft in der Hand, was bei Einpersonengesellschaften

der Fall ist, aber auch dann, wenn die Handelnden die Mehrheit des künftigen Verwaltungsrates stellen.

4. Personen, die an der Ausgabe eines Prospektes mitwirken (Prospekthaftung)

a) Wenn sich eine Aktiengesellschaft bei ihrer Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung an das breite Publikum wendet, wenn sie Anleiheobligationen ausgibt oder andere Wertrechte öffentlich zur Zeichnung anbietet, ist ein *Prospekt* nach OR oder dem Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX erforderlich. Zum Schutz des Vertrauens der Investoren auf die in Prospekten vermittelten Informationen sieht das Gesetz eine spezielle Prospekthaftung vor:

OR 752

Sind bei der Gründung einer Gesellschaft oder bei der Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet worden, so haftet jeder, der absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, den Erwerbenden der Titel für den dadurch verursachten Schaden.

Der Begriff «*ähnliche Mitteilungen*» lässt weiten Raum für Interpretation. Prospektähnliche und somit haftungsbegründende Mitteilungen können sich auch auf Websites befinden, wobei der Anwendungsbereich der Prospekthaftung auf neue Medien noch nicht vollends geklärt ist. Nach unserer Ansicht sollten nur solche «*ähnlichen Mitteilungen*» unter den Anwendungsbereich von OR 752 fallen, die dazu bestimmt und geeignet sind, potentiellen Erwerbenden Informationen für ihren Kaufentscheid zu liefern.

b) Der Prospekthaftung unterliegen alle Personen, die an der Abfassung oder Verbreitung eines Prospekts oder entsprechender Mitteilungen – dazu gehören wie erwähnt sämtliche Informations- und Werbemittel, die geeignet sind, den Kaufentscheid zu beeinflussen – «mitwirken». Der in OR 752 umschriebene Personenkreis umfasst daher etwa:

- die formellen Gründer;
- die *Organe* der Gesellschaft bzw. die bestellten Organe der in Entstehung begriffenen Gesellschaft, insbesondere den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle;

- die *Unterzeichner von Prospekten* und ähnlichen Mitteilungen;
- *Banken* und andere Stellen, die sich mit der Platzierung befassen;
- *Berater*, insbesondere Anwälte;
- *Urkundspersonen und Zeichnungsstellen* (umstritten);
- *jedermann*, der an der Verbreitung von Informationen im Zusammenhang mit der Platzierung der neu auszugebenden Papiere beteiligt ist.

5. Personen, die sich mit Umstrukturierungen befassen

- 52 Für die an einer Umstrukturierung mitwirkenden Personen sieht das Fusionsgesetz eine Verantwortlichkeitsnorm vor, die der aktienrechtlichen nachempfunden ist und die zum Teil auch auf das Aktienrecht verweist.

Alle mit der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung befassten Personen sind sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie den Gläubigerinnen und Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Verantwortung der Gründerinnen und Gründer bleibt vorbehalten.

FusG
108 I-III

Alle mit der Prüfung der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung befassten Personen sind sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie Gläubigerinnen und Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Artikel 756, 759 und 760 des Obligationenrechts finden Anwendung. Im Fall des Konkurses einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft gelten die Artikel 757, 764 Absatz 2, 827 und 920 des Obligationenrechts sinngemäss.

- 53 Dazu ist zu ergänzen, dass unter den Begriff «befasste Personen» nach herrschender und unseres Erachtens richtiger Ansicht nicht alle an einer Umstrukturierung Mitwirkenden fallen, sondern *nur diejenigen, denen massgebende Funktionen zukommen*. Dies im Einklang mit der aktienrechtlichen Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung, die auch auf die obersten Hierarchiestufen beschränkt ist oder zumindest sein sollte (dazu Rz. 17). Auch muss eine Aufgabe nach Fusionsgesetz zur Diskussion stehen: Personen, die im Zuge einer Fusion Prüfungsaufgaben erfüllen, insbesondere die besonders befähigten Revisoren (vgl. u.a. FusG 15, 40, 62, 81, 92), werden nach FusG 108 II verantwortlich. Eine

Revisionsstelle, die im Zuge einer Übernahme eine sog. «fairness opinion» abgibt, handelt dagegen weder in organtypischer Funktion (siehe Rz. 38) noch als Prüferin gemäss Fusionsgesetz, weshalb sich ihre allfällige Haftung nach allgemeinem Auftragsrecht und nicht nach aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht bestimmt.

6. Besonderheiten der Bankaktiengesellschaft

Unter dem vor 1992 geltenden Aktienrecht war die inhaltliche Übereinstimmung der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche in Lehre und Praxis unbestritten. Dies änderte sich mit der Aktienrechtsreform, hatte es der Gesetzgeber doch unterlassen, mit dem Aktienrecht gleichzeitig auch die Bestimmungen des BankG anzupassen, weshalb die 1992 eingeführten Änderungen der Bankaktiengesellschaft zumindest formell versagt blieben. In der Folge arbeiteten Lehre und Rechtsprechung daran, die entstandenen Differenzen durch Auslegung zu reduzieren. Die verbleibenden Unsicherheiten hat der Gesetzgeber nun durch eine Revision von BankG 39, welche seit dem 1. Juli 2004 in Kraft ist, zu beseitigen versucht. 54

Die Verantwortlichkeit der Gründer einer Bank, der Organe für die Geschäftsführung, Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie der von der Bank ernannten Liquidatoren und Revisionsstellen richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752-760 des Obligationenrechts).

BankG 39

Das Gleiche gilt für die von der Bankenkommission:

- a. eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, Sanierungsbeauftragten, Liquidatoren;
- b. mit einer ausserordentlichen Revision betrauten Revisionsstellen.

Die Grundlage für Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Organen einer Bank findet sich daher unter geltendem Recht nicht mehr im BankG, sondern – aufgrund der Verweisung von BankG 39 – im *Aktienrecht*. Aus dem BankG ergibt sich aber der *Kreis der Verantwortlichen*, der im Vergleich zur früheren Ordnung erweitert worden ist: 55

Weil für alle in BankG 39 Genannten *auf die Regelung des Aktienrechts verwiesen* wird, unterstehen neu auch die bankengesetzliche Revisionsstelle und die von der Bankenkommission eingesetzten Sonderbeauftragten (Untersuchungsbeauftragte, Sanierungsbeauftragte, Liquidator, 56

ausserordentlicher Revisor) den Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

- 57 In der Lehre wurde bereits auf die mit der pauschalen Verweisung auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen neu entstandenen Probleme hingewiesen, doch sollte es mit systemkompatiblen Anpassungen möglich sein, diese zu überwinden.

7. Haftung nach aktienrechtlichen Regeln bei anderen Gesellschaften

- 58 a) Die aktienrechtlichen Bestimmungen finden für die Verantwortlichkeit im Rahmen von *Banken* auch dann Anwendung, wenn diese nicht als Aktiengesellschaft organisiert sind (vgl. den Gesetzestext vorn Rz. 54).
- 59 b) Kraft Verweisung findet das Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch Anwendung im Rahmen der *GmbH* und bei *Kreditgenossenschaften* sowie *konzessionierten Versicherungsgenossenschaften*:

OR 827

Für die Verantwortlichkeit der bei der Gesellschaftsgründung [einer GmbH] beteiligten und der mit der Geschäftsführung und der Kontrolle betrauten Personen sowie der Liquidatoren gelten die Bestimmungen des Aktienrechts.

OR 920

Bei Kreditgenossenschaften und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften richtet sich die Verantwortlichkeit nach den Bestimmungen des Aktienrechts.

- 60 c) Wie vorn erwähnt (Rz. 52) verweist das *Fusionsgesetz* in FusG 108 auf Bestimmungen des Aktienrechts. Da gemäss FusG 1 dieses Gesetz für Kapitalgesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen und Einzelfirmen gilt, kommen aktienrechtliche Bestimmungen über die Verantwortlichkeit im Umstrukturierungsrecht kraft Verweisung bei all diesen Rechtsformen zur Anwendung.
- 61 Nachzutragen ist, dass in der bevorstehenden Reform des Rechts der GmbH die Verweisung auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht unverändert beibehalten werden soll und dass für «gewöhnliche»

Genossenschaften spezielle, den aktienrechtlichen Bestimmungen nachempfundene Regeln gelten (OR 916–919).

8. Exkurs I: Haftung des Sonderprüfers

Nicht von der aktienrechtlichen Ordnung erfasst wird der *Sonderprüfer*, 62 der bestimmte Geschäftsvorfälle aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung oder richterlicher Anweisung zu prüfen hat (vgl. OR 697a–697g). Der Sonderprüfer kann jedoch nach *Auftragsrecht* gegenüber der Gesellschaft verantwortlich werden (vgl. OR 398 II: Haftung für getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäftes, dazu Rz. 19). Gegenüber den Aktionären sowie den Gläubigern ist die Haftungslage nicht restlos geklärt, doch wird man im Regelfall eine Haftung verneinen.

9. Exkurs II: Haftung von externen Beratern

Neben den in den Haftungstatbeständen von OR 754 genannten haben 63 auch andere Personen – zumindest indirekt – Einfluss auf Verwaltung und Geschäftsführung. Zu denken ist insbesondere an externe Berater, welche die Entscheidungsgrundlagen für die Organe vorbereiten, an der Entscheidung selbst aber nicht mitwirken.

Solche Experten haften grundsätzlich aus dem zwischen ihnen und der 64 Gesellschaft vorliegenden Rechtsverhältnis, also in der Regel nach *Auftragsrecht* (vgl. vorn Rz. 19). Eine Haftung nach aktienrechtlicher Verantwortlichkeit kann jedoch in Betracht kommen, wenn der Berater versucht, nicht nur Grundlagen für die Entscheidungsfindung vorzulegen, sondern auch Entscheide aktiv zu beeinflussen: Der Berater kann so zum *materiellen Organ* werden (vgl. vorn Rz. 16). Entsprechend verhält es sich, wenn er nach aussen den Anschein erweckt, eine Organfunktion inne zu haben (so etwa, wenn er von sich behauptet, «stiller» Verwaltungsrat zu sein). Es kann dies zu einer *Organstellung durch Kundgabe* führen (vgl. vorn Rz. 25).

10. Exkurs III: Haftung der Mitglieder von Beiräten

- 65 Die Haftung der Mitglieder von Beiräten (*advisory boards*) richtet sich nach den soeben in Rz. 64 geschilderten Regeln: Haftung grundsätzlich (nur) nach *Auftragsrecht*, wobei die Haftung vertraglich eingeschränkt werden kann. Allenfalls besteht eine weitergehende Haftung nach aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, wenn sich die Beiratsmitglieder wie materielle Organe verhalten. Die Bekanntgabe der Mitwirkung in einem Beirat gegenüber Dritten begründet *keine Organverantwortlichkeit infolge Kundgabe*, da klar ist, dass Beiräten keine Entscheidungsfunktion zukommt.

11. Exkurs IV: Haftung von Sachbearbeitern

- 66 Sachbearbeiter haften – auch wenn sie faktisch auf die Entscheidung grossen Einfluss haben mögen – ebenfalls nicht nach aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht. Anders verhält es sich, wenn ihr Einfluss aus *organtypischer Stellung* heraus erfolgt, wenn sie also selbst Entscheidungen treffen und sich ihr Einfluss nicht auf das Gewicht ihrer Argumente beschränkt. Diesfalls können sie zu materiellen Organen werden (vgl. Rz. 23).
- 67 Sachbearbeiter können ferner aufgrund des *Arbeitsrechts* verantwortlich sein, dazu vorn Rz. 18.

III. Haftungsvoraussetzungen

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist *rein persönlich*. So trifft sie – wie oben erwähnt – nicht den Verwaltungsrat oder die Direktion als Gremium, sondern die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder oder Direktoren. Dabei ist allenfalls zu differenzieren: 68

Es kann sein (und ist eher die Regel als die Ausnahme), dass einzelne Organpersonen einen Schaden verursacht haben, andere dagegen nicht oder zumindest nicht in der gesamten Höhe. (So hat die Revisionsstelle, die meist nur einmal pro Jahr prüft, den im Zeitpunkt ihrer Prüfung bzw. Berichterstattung bereits eingetretenen Schaden nicht [mit]verursacht, sondern nur dessen Vergrößerung vom Zeitpunkt der Prüfung bzw. Berichterstattung an, vgl. Rz. 162 f). Und bei den Personen, die pflichtwidrig gehandelt haben, ist zumeist die Höhe des Verschuldens und damit auch der Umfang der Ersatzpflicht unterschiedlich: Der kriminell handelnde Direktor haftet für den ganzen Schaden; das an sich redliche, aber seiner Aufgabe nicht gewachsene Verwaltungsratsmitglied, welches die kriminellen Machenschaften nicht entdeckt hat, kann allenfalls eine Reduktion wegen nur geringen Verschuldens in Anspruch nehmen (dazu hinten Rz. 162), die Revisionsstelle ebenso. 69

Die Haftungsvoraussetzungen (vgl. Rz. 2 und ausführlich sogleich nachstehend) sind daher *für jede involvierte* – natürliche oder juristische – *Person gesondert* zu prüfen, wobei juristischen Personen das Verhalten ihrer Organe und allenfalls auch ihrer Hilfspersonen anzulasten ist. 70

Es müssen folgende Voraussetzungen *kumulativ erfüllt* sein, damit eine Person haftbar wird: 71

1. Schaden

a) Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist ein Schaden, d.h. eine *finanzielle Einbusse*. Ist kein Schaden feststellbar, sind Verantwortlichkeitsansprüche schlechthin ausgeschlossen. 72

Dies ist der Hauptgrund dafür, dass Verwaltungsratsmitglieder von Konzerntochtergesellschaften oder auch von Gesellschaften, die von 73

einem geschäftsführenden Alleinaktionär beherrscht werden, zumeist auch dann keine finanziellen Konsequenzen zu tragen haben, wenn sie ihre gesetzlichen Pflichten sträflich missachtet haben: Die im Konzern Zuständigen oder auch der Hauptaktionär höchstpersönlich haben durch ihren Einfluss die Gesellschaft vor Schaden bewahrt.

- 74 Das Fehlen eines Schadens ist auch die Erklärung dafür, dass die zwar rechtlich untersagten, aber in der Praxis noch immer häufig tätigen – oder auch untätigen – Laien-Revisoren trotz Unfähigkeit ungeschoren davon kommen.
- 75 Eine weitere Erklärung dafür, dass in der Praxis auch schwerste Pflichtverletzungen und vor allem Untätigkeit ohne Konsequenzen bleiben, liegt – dies sei hier vorweggenommen (Näheres hinten Rz. 198) – darin, dass die Gläubiger einer Aktiengesellschaft erst dann geschädigt – und folgerichtig auch erst dann klageberechtigt – sind, wenn die Gesellschaft *überschuldet* ist. Vor diesem Zeitpunkt sind nur die Gesellschaft und ihre Aktionäre zur Klage legitimiert. Diese haben aber die Untätigkeit oder Willfährigkeit der Organe häufig gewollt, weshalb sie nicht willens und auch nicht legitimiert (dazu Rz. 180) sind, Klage zu erheben.
- 76 b) Das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht geht grundsätzlich vom Schadensbegriff aus, der im schweizerischen Privatrecht *allgemein* gilt. Das Bundesgericht hat jedoch für das Aktienrecht *Sonderregeln* entwickelt, die zwar dogmatisch kaum haltbar, mittlerweile aber fest etabliert und letztlich praktikabel sind. Die folgende Darstellung beruht auf der (wiederholt bestätigten) neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts.

1.1. Begriff

- 77 Der Schaden entspricht der *Differenz* zwischen dem *gegenwärtigen Stand des Vermögens* eines Geschädigten und dem *Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte* (BGE 127 III 76). Aktienrechtlich relevant ist aller Schaden, sowohl der *eingetretene Verlust* (sog. *damnum emergens*) wie auch der *entgangene Gewinn* (sog. *lucrum cessans*). Immaterielle Unbill ist dagegen in der Regel nicht zu berücksichtigen; die Zusprechung von «Schmerzensgeld» (Genugtuung) ist in Verantwortlichkeitsprozessen nicht bekannt.

Unwesentlich ist, ob der Verantwortliche durch die Schädigung einen eigenen Vorteil erlangt hat oder auch nur erlangen wollte. Irrelevant ist auch, ob er selbst ebenfalls zu den Geschädigten gehört. Ebenso ist schliesslich belanglos, ob er im Übrigen pflichtgemäss gehandelt hat. Es ist auch nicht möglich, die Schädigung durch pflichtwidriges Verhalten mit besonderen Verdiensten um die Gesellschaft «aufzurechnen». 78

1.2. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Durch pflichtwidriges Verhalten können sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre und die Gläubiger geschädigt werden. Dabei ist zu unterscheiden: 79

a) Als *unmittelbar* oder *direkt* wird der Schaden bezeichnet, den die Gesellschaft, der Aktionär oder Gläubiger *selbst individuell* erleiden (BGE 110 II 393). Dies ist etwa der Fall beim Gläubiger, der einer überschuldeten Gesellschaft aufgrund einer falschen Bilanz Kredit gewährt hat, oder beim Aktionär, der sich aufgrund eines irreführenden Prospektes an einer Kapitalerhöhung beteiligt hat. 80

Eine unmittelbare Schädigung von Aktionären oder Gläubigern ist in der Praxis selten. Regelmässig treffen die Folgen pflichtwidrigen Verhaltens zunächst einmal die Gesellschaft, ist also *ihr* Vermögen unmittelbar betroffen. 81

b) Durch die unmittelbare Schädigung der Gesellschaft erleiden die *Aktionäre* zwar ebenfalls einen Schaden, aber nur *mittelbar, indirekt*: Weil die Gesellschaft einen Vermögensverlust erlitten hat, verliert die Beteiligung des Aktionärs an Wert. Führt die Vermögenseinbusse gar zur Zahlungsunfähigkeit und zum Konkurs der Gesellschaft, werden auch ihre *Gläubiger* geschädigt, weil sie den ganzen oder teilweisen Ausfall ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft hinnehmen müssen. Eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft bedeutet also stets eine mittelbare Schädigung der Aktionäre. Die Gläubiger werden dagegen nur dann mittelbar geschädigt, wenn die Gesellschaft Konkurs geht und ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. 82

c) Während *die Gesellschaft* nur *unmittelbar* geschädigt werden kann, können *Aktionäre und Gläubiger* also *sowohl unmittelbar als auch mittelbar* Schaden erleiden. Ihre Klagemöglichkeiten sind je nach Schadensart unterschiedlich (vgl. Ziff. IV, Rz. 185 ff). 83

- 84 d) Nach der hier geschilderten, im allgemeinen Haftpflichtrecht und bis vor kurzem auch im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht unbestrittenen Ansicht muss also die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden danach getroffen werden, *ob die Vermögensverminderung direkt in der Vermögensmasse des Anspruchsberechtigten eingetreten ist oder ob dieser nur indirekt geschädigt worden ist*, dadurch, dass der innere Wert seiner Aktien wegen der von der Gesellschaft erlittenen Verluste gesunken ist oder dass die Gesellschaft wegen Verlusten nicht mehr in der Lage ist, ihren Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nachzukommen (vgl. etwa BGE 110 II 393).
- 85 In seiner neueren Praxis ist das *Bundesgericht von diesem Abgrenzungskriterium abgewichen* in Prozessen, in welchen Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft klagten. Massgebend soll nach neuer Bundesgerichtspraxis nicht mehr sein, welche *Vermögensmasse* – die der Gesellschaft oder die des Gläubigers – unmittelbar eine *Verminderung* erlitten hat, sondern es soll auf die *Rechtsgrundlage* der jeweiligen Schadenersatzpflicht ankommen. Ziel dieser inzwischen etablierten Praxis ist es, *Einzelklagen von Gläubigern im Konkurs einer Aktiengesellschaft möglichst einzuschränken*, zugunsten einer einheitlichen Klage der Konkursverwaltung, von deren Ergebnis dann alle Gläubiger in gleicher Weise profitieren sollen. Damit geht es eigentlich – entgegen der verfehlten Terminologie des Bundesgerichts – nicht um eine Frage der Schadensart, sondern vielmehr um die *Legitimation zur Klage* (so wohl nun auch das Bundesgericht im sog. Biber-Entscheid, Urteil 4C.111/2004). Darauf wird in Ziff. IV, Rz. 185 ff eingegangen.

1.3. Schadensberechnung

- 86 a) *Vorbemerkung*: Es ist zu unterscheiden zwischen der Berechnung des *Schadens* und der *Schadenersatzbemessung*: Ausgangspunkt der Erwägungen ist stets der erlittene Schaden. Der Geschädigte erhält nie mehr als vollen Schadenersatz. (Dies im Gegensatz namentlich zum amerikanischen Recht, wo der Schadenersatzpflicht auch eine pönale Komponente zukommen kann, indem der Schädiger verpflichtet wird, ein Mehrfaches der Schadenssumme zu bezahlen.) Allenfalls wird der Schädiger aber nur für einen *Teil* des verursachten Schadens *ersatzpflichtig*, weil der Richter aus einer Reihe von Gründen die Ersatzpflicht mindern kann. Näheres dazu hinten Rz. 212 ff.

b) Eine Schadenersatzpflicht besteht nur insoweit, als jemand *durch sein eigenes pflichtwidriges Verhalten* eine Schädigung verursacht hat (dazu Näheres hinten Rz. 133 ff). Schaden, auf dessen Eintritt eine Person keinen Einfluss hatte, muss von ihr nicht ersetzt werden. Diese Selbstverständlichkeit wird in OR 759 I für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich festgehalten: 87

OR 759 I

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen [nur] insoweit [...] haftbar, als ihr der Schaden [...] persönlich zurechenbar ist.

Diese Einschränkung ist insbesondere wesentlich im *Verhältnis von Verwaltungsrat und Revisionsstelle*: Die Revisionsstelle wird in der Regel nur einmal pro Jahr aktiv, bei der Prüfung der Jahresrechnung nach Abschluss des Geschäftsjahres. Sie kann daher nicht für Schaden verantwortlich gemacht werden, der im Zeitpunkt ihrer Prüfung bzw. Berichterstattung bereits eingetreten ist. Wichtig ist dies vor allem, wenn gerügt wird, die Revisionsstelle habe den Eintritt der Überschuldung zu spät festgestellt. Sie kann dann nicht für den gesamten Schaden verantwortlich gemacht werden, sondern nur für die *Schadensvergrößerung* von dem Zeitpunkt an, in welchem die Überschuldung bei pflichtgemäßem Verhalten hätte festgestellt und gerügt werden müssen, also erst ab dem Zeitpunkt der Prüfung bzw. Berichterstattung, in welchem die Überschuldung allenfalls schon längere Zeit bestanden und die Gesellschaft laufend an Wert verloren hat. 88

Aber auch im *Verhältnis von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung* kann die zu verantwortende Schadenshöhe unterschiedlich sein, weil der Verwaltungsrat nur periodisch zusammentritt, während die Geschäftsleitung in der Regel vollamtlich tätig ist. 89

2. Pflichtwidriges Verhalten

Unter pflichtwidrigem Verhalten versteht man die *Missachtung von Pflichten*, welche Personen, die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt sind, durch Gesetz oder Statuten auferlegt sind. 90

2.1. Haftung der Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsorgane im Allgemeinen

- 91 Die Pflichten der mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassten Personen sind im Verantwortlichkeitsrecht nicht näher umschrieben. OR 754 I spricht allgemein vom Schaden, den diese Personen «durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen». Damit wird auf andernorts gesetzlich oder statutarisch festgelegte Pflichten verwiesen; vgl. für den Verwaltungsrat und die Geschäftsführung OR 716 ff, für die Liquidatoren OR 742 ff.
- 92 a) OR 717 auferlegt den Verwaltungsratsmitgliedern (zusätzlich zur Pflicht, alle Aktionäre gleich zu behandeln) eine *allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht*. Leitlinie der Treuepflicht ist das Gesellschaftsinteresse, welches aufgrund der Zielsetzung einer Gesellschaft und der konkreten Umstände jeweils individuell zu bestimmen ist. Allgemein lässt sich sagen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates keinesfalls den Interessen anderer – ihren eigenen Interessen, denjenigen einzelner Aktionäre oder denen Dritter – den Vorrang gegenüber den Gesellschaftsinteressen einräumen dürfen.
- 93 Diese Treuepflicht gilt auch im *Konzern*, was die Verwaltungsratsmitglieder von Konzerntochtergesellschaften in letztlich unlösbare Loyalitätskonflikte bringen kann: Begriffsmerkmal des Konzerns ist die einheitliche Leitung und damit die Unterordnung der einzelnen Gesellschaft unter das Interesse der Gruppe. Dem steht aber die Treuepflicht gegenüber der eigenen Gesellschaft entgegen.
- 94 b) Eine Liste besonders wichtiger Pflichten enthält OR 716a (vgl. hinten Rz. 111), welcher unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates aufzählt. Diesen Katalog hat sich jedes Verwaltungsratsmitglied bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe stets vor Augen zu halten.
- 95 c) Nach der Gerichtspraxis und der herrschenden Lehre verhält sich ein Verwaltungsratsmitglied pflichtwidrig, wenn es:
- der Gesellschaft *Vermögenswerte entzieht*, ohne sicherzustellen, dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhält, oder wenn sie die durch eine verdeckte Gewinnausschüttung entstandene Rückforderung nicht geltend macht;
 - ein Darlehen zurückzahlt, das zur *Scheinliberierung* des Aktienkapitals verwendet worden ist;

- vier Fünftel des Gesellschaftsvermögens in eine *hochspekulative Anlage* investiert (pflichtwidrig ist dies selbst dann, wenn man sich auf den Rat von Fachleuten verlassen hat, und es hilft auch nichts, dass man mit derselben Fehl-investition auch persönlich Verluste erlitten hat);
- nicht auf eine angemessene Risikoverteilung achtet (*Klumpenrisiken* sind selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn die Bonität des Schuldners nicht in Frage steht);
- das Gesellschaftsvermögen – soweit es nicht zur Abwicklung anderer Rechtsgeschäfte benötigt wird – nicht zinstragend anlegt;
- nicht nur freie Aktiven, sondern auch die zur Erfüllung von fälligen Verbindlichkeiten im Inland benötigten *Mittel der Gesellschaft ins Ausland abschiebt* (eine weitere Pflichtverletzung ist darin zu sehen, dass die Überweisung an eine wenig vertrauenswürdige Bank und ausserdem im Alleininteresse eines Aktionärs erfolgte);
- mit den Mehrheitsaktionären Geschäfte tätigt, die für die Gesellschaft und die Minderheitsaktionäre nachteilig sind, indem es z.B. zugunsten der Mehrheitsaktionäre bewusst zweifelhafte Schulden in die Bilanz aufnimmt;
- mit von der Gesellschaft gewährten Krediten *spekuliert* und den Kreditkonten der Gesellschaft nicht die nötige Aufmerksamkeit zuwendet;
- einen Schuldbrief auf Immobilien der Gesellschaft *für persönliche Verbindlichkeiten verpfändet*;
- von ihm gezeichnete Aktien *nicht* zum Zeitpunkt und in der Höhe, wie dies Prospekt und Statuten vorsehen, *liberiert* und es zudem zulässt, dass weitere Aktionäre, namentlich die Direktoren, ebenso verfahren, so dass der Gesellschaft von Anfang an nur die Hälfte der zgedachten Mittel zur Verfügung steht;
- im *Konzern* die Interessen der Muttergesellschaft statt derjenigen der Tochtergesellschaft, für die es tätig ist, in den Vordergrund stellt (dazu Näheres vorne Rz. 92 f);
- trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzelner Verwaltungsratsmitglieder, die den übrigen bekannt sein müssen, keine Untersuchungen und weitere Massnahmen veranlasst;
- bei einer Gesellschaft in prekärer Lage 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 einhält;
- einen Direktor, der durch schuldhaftes Verhalten die Gesellschaft schädigt, nicht entfernt;
- die notwendigen *Abschreibungen nicht vornimmt*, so dass die gesetzlich zulässige Höchstbewertung weit überschritten wird;
- weder selbst ein *Budget* aufstellt und eine seriöse Finanzplanung einrichtet noch dies – bei Delegation der Geschäftsführung – anordnet;

- eine *ordnungsgemäße Rechnungslegung* unterlässt (dazu gehört nicht nur die Erstellung des Geschäftsberichtes und dessen Prüfung durch die Revisionsstelle, sondern auch die Aufbewahrung der Geschäftsbücher während zehn Jahren, OR 962 I);
 - die Vorschriften von OR 725 II (*Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung*) missachtet, obwohl es über die bestehende Überschuldung im Bilde ist oder sein müsste. Zulässig ist es dagegen, bei allfälliger Überschuldung zunächst zu prüfen, ob konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen, die es rechtfertigen, von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters abzusehen; und weitergehend muss es nach unserer Meinung zulässig sein, auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten, solange mit den Hauptgläubigern erfolversprechende Gespräche über eine Sanierung geführt werden. Die Frage ist aber umstritten;
 - im Wissen um die Überschuldung der Gesellschaft zu deren Lasten neue Verpflichtungen einget;
 - sich trotz *Unerfahrenheit* nicht von einem Spezialisten beraten lässt;
 - ein Mandat angenommen hat, obwohl ihm die dafür notwendigen Kenntnisse fehlen (sog. *Übernahmeverschulden*);
 - die erforderlichen organisatorischen Massnahmen zur Verhinderung von *Insiderdelikten* unterlässt oder seine diesbezüglichen Überwachungspflichten nicht erfüllt;
 - sich durch Verwertung oder Weitergabe von Informationen eines Insidervergehens strafbar macht.
- 96 d) Als Pflichtverletzung von *Liquidatoren* wurde in der Gerichtspraxis etwa eingestuft, dass sie einen Gläubiger versehentlich nicht in die Verteilungsliste aufgenommen oder dass sie die Verwertungsverhandlungen verzögert hatten. Die Liquidatoren können ferner für die im Liquidationsstadium begründeten Schulden verantwortlich gemacht werden, falls diese nicht geschäftlich gerechtfertigt sind.

2.2. Verantwortlichkeit bei Kompetenzdelegation insbesondere

- 97 a) Der Verwaltungsrat ist das Organ der Aktiengesellschaft, welchem der Gesetzgeber die *Exekutivaufgaben* zugewiesen hat. Darüber hinaus gilt von Gesetzes wegen eine *Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates*: Er ist für alle Aufgaben zuständig, die nicht gesetzlich der Generalversammlung oder der Revisionsstelle zugewiesen sind:

OR 716 I

Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind.

Das Gesetz erwähnt nur die Generalversammlung. Dass der Gesetzgeber aber auch der Revisionsstelle gewisse Aufgaben zwingend zugewiesen hat, ergibt sich schon daraus, dass die Revisionsstelle auch im Interesse der Allgemeinheit und insbesondere der Gläubiger tätig ist (BGE 106 II 235). 98

b) Das Gesetz verlangt jedoch vom Verwaltungsrat nicht, dass er alles und jedes selber macht. Vielmehr erlaubt der Gesetzgeber die *Delegation der Geschäftsführung*: 99

OR 716 II

Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.

Die Delegation von Geschäftsführungskompetenzen ist für den Verwaltungsrat nicht nur ein *Recht*, sondern allenfalls eine *Pflicht*, dann nämlich, wenn er nicht in der Lage ist, die Geschäftsführungsaufgaben selbst sorgfältig auszuüben. 100

Doch werden für die Kompetenzdelegation vom Gesetz *formelle Schranken* aufgestellt (dazu Rz. 105 ff), und sie ist auch *materiell nicht unbeschränkt zulässig* (dazu Rz. 111 ff). Unter Beachtung der formellen Voraussetzungen und der materiellen Schranken einer Delegation kann der Verwaltungsrat jedoch Kompetenzen sowohl *intern* an mehrere Mitglieder (*Ausschüsse*) bzw. an einzelne von ihnen (*Delegierte*) oder auch *extern* an Dritte (*Direktoren*, Mitglieder der *Geschäfts-* oder der *Konzernleitung*) übertragen. 101

c) Durch eine korrekte Kompetenzdelegation wird das *Haftungsrisiko* der Mitglieder des Verwaltungsrates stark reduziert: 102

OR 754 II

Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen 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.

Der Wortlaut von OR 754 II betont die trotz Delegation verbleibende *Resthaftung*. Wichtiger ist aber die in diesem Absatz vorgesehene *Haftungsbefreiung*: Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise überträgt, *haftet* für einen vom Delegationsempfänger verursachten Schaden *nicht*, wenn er darlegen kann, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung dieser Person die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (sog. *cura in eligendo, instruendo et custodien-* 103

do). Richtigerweise muss eine solche Haftungsbefreiung auch bei einer Übertragung auf Hilfspersonen oder nicht der Gesellschaft angehörige Dritte möglich sein und nicht nur – wie der Gesetzestext zu eng formuliert – bei einer Übertragung auf ein anderes Organ.

104 Wie weit die drei verbleibenden Sorgfaltspflichten gehen, richtet sich nicht nur nach dem Schwierigkeitsgrad und der Bedeutung der delegierten Aufgabe, sondern es besteht zwischen den drei Pflichten auch eine *Interdependenz*: Eine hoch qualifizierte Person, die im Spezialgebiet, das ihr zugewiesen wird, den Mitgliedern des Verwaltungsrates weit überlegen ist, braucht kaum Instruktionen, und die Überwachung wird sich auf eine periodische Berichterstattung beschränken können. Ist dagegen fraglich, ob der Delegationsempfänger aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung für die ihm zugewiesene Aufgabe befähigt ist, dann ist die Einführung in seine Arbeit und deren Überwachung wichtig.

105 d) OR 716b I regelt die *formellen Voraussetzungen* der Kompetenzdelegation:

OR 716b I

Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.

106 Erforderlich sind demnach:

107 – eine *statutarische Grundlage*, in welcher der Verwaltungsrat ermächtigt wird, die Geschäftsführung – generell oder innerhalb bestimmter Grenzen – zu delegieren. Ohne eine solche Basis muss der Verwaltungsrat die Exekutivaufgaben selbst erfüllen, und zwar als *Kollegialorgan*.

OR 716b III

Soweit die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist, steht sie allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu.

108 Delegiert der Verwaltungsrat Kompetenzen trotz Fehlens einer statutarischen Basis, bleibt er grundsätzlich verantwortlich. Doch kann allenfalls argumentiert werden, die Delegation habe im Interesse einer sorgfältigen Geschäftsführung gelegen und es könnten daher die Mitglieder des Verwaltungsrates nicht haftbar gemacht werden. Die Frage ist deshalb kaum von praktischer Bedeutung, weil sich eine Ermächtigung zur Delegation aufgrund der üblicherweise verwendeten Musterstatuten bei praktisch allen Gesellschaften findet;

- ein vom Verwaltungsrat beschlossenes *Organisationsreglement*, das eine Delegation im Rahmen der statutarischen Ermächtigung und der gesetzlichen Schranken (dazu Rz. 111 ff) vorsieht. Der Verwaltungsrat hat also nicht die Möglichkeit, Kompetenzen formfrei oder gar durch blosses Gewährenlassen zu delegieren, sondern er kann dies nur durch eine entsprechende Bestimmung in seinem Organisationsreglement tun. 109

Erforderlich für eine Delegation von Kompetenzen mit haftungsbefreiender Wirkung ist somit ein *Zusammenspiel von Generalversammlung und Verwaltungsrat*: Jene legt den Rahmen fest, innerhalb welchem delegiert werden kann. Doch kann sie weder die Delegation selbst erlassen noch den Verwaltungsrat verpflichten, Aufgaben zu delegieren. Vielmehr entscheidet der Verwaltungsrat selbständig, inwieweit er von den ihm eingeräumten Delegationsmöglichkeiten Gebrauch machen oder Kompetenzen in seiner Hand behalten will. 110

e) Die Geschäftsführung kann ganz oder zum Teil übertragen werden (OR 716b I, vgl. vorn Rz. 105). Doch ist der Verwaltungsrat *nicht frei, sich all seiner Aufgaben durch Delegation zu entledigen* und sich auf eine reine Überwachungsfunktion – etwa nach dem Vorbild des deutschen Aufsichtsrates – zurückzuziehen. *OR 716a I* enthält nämlich eine (gehaltvolle) Liste von *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates: 111

OR 716a I

Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen;
5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;
6. die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;
7. die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.

112 Die Liste war vom Gesetzgeber abschliessend gedacht, was freilich nicht voll gelungen ist, weist doch das OR *an anderer Stelle* dem Verwaltungsrat weitere undelegierbare Aufgaben zu. Zu nennen sind die folgenden:

- Einforderungen der Leistungen auf nicht voll liberierte Aktien, OR 634a I:

OR 634a I

Der Verwaltungsrat beschliesst die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien.

- Feststellung des Vollzugs der ordentlichen Kapitalerhöhung, OR 652g I:

OR 652g I

Liegen der Kapitalerhöhungsbericht und, sofern erforderlich, die Prüfungsbestätigung vor, so ändert der Verwaltungsrat die Statuten und stellt dabei fest: [...]

- Beschlussfassung über die Erhöhung des Aktienkapitals bei genehmigter Kapitalerhöhung, OR 651 IV:

OR 651 IV

Im Rahmen der Ermächtigung kann der Verwaltungsrat Erhöhungen des Aktienkapitals durchführen. Dabei erlässt er die notwendigen Bestimmungen, soweit sie nicht schon im Beschluss der Generalversammlung enthalten sind.

- Anpassung der Statuten bei bedingter Kapitalerhöhung, OR 653g I:

OR 653g I

Nach Eingang der Prüfungsbestätigung stellt der Verwaltungsrat in öffentlicher Urkunde Anzahl, Nennwert und Art der neu ausgegebenen Aktien sowie die Vorrechte einzelner Kategorien und den Stand des Aktienkapitals am Schluss des Geschäftsjahres oder im Zeitpunkt der Prüfung fest. Er nimmt die nötigen Statutenanpassungen vor.

- Einräumung der Unterschriftsberechtigung, so der Wortlaut von OR 721:

OR 721

Der Verwaltungsrat kann Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen.

113 Nach heute wohl herrschender Lehre kann freilich die Wahl und Aberufung von Prokuristen und anderen Bevollmächtigten trotz der an sich klaren (aber bei Gesellschaften mit zahlreichen Arbeitnehmern

nicht sinnvollen) gesetzlichen Regel delegiert werden. Die Bestellung der Personen auf höherer Hierarchiestufe verbleibt dagegen unübertragbar dem Verwaltungsrat, OR 716a I Ziff. 4.

- Massnahmen bei hälftigem Kapitalverlust, OR 725 I:

OR 725 I

Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

- Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, OR 706 I:

OR 706 I

Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten.

- Überprüfung der Qualifikation besonders befähigter Revisoren, Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren vom 15. Juni 1992, Art. 3 I:

V über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren Art. 3 I.

Hat die Generalversammlung einen oder mehrere besonders befähigte Revisoren als Revisionsstelle zu wählen, so klärt der Verwaltungsrat ab, ob die Revisionsstelle, die er zur Wahl vorschlägt, den Anforderungen dieser Verordnung genügt. Er erstattet der Generalversammlung darüber Bericht.

Ausblick: Die Pflicht zur Prüfung der fachlichen Qualifikation der Revisionsstelle dürfte auch nach Einführung der Neuordnung der Revisionspflicht bestehen bleiben (vgl. dazu auch Rz. 40).

- Abberufung bzw. Funktionsenthebung von Ausschüssen, Delegierten, Direktoren und anderen Bevollmächtigten und Beauftragten, OR 726 I:

OR 726 I

Der Verwaltungsrat kann die von ihm bestellten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen.

f) Das *Börsengesetz* auferlegt dem Verwaltungsrat weitere Pflichten. Seine unübertragbare Aufgabe ist es insbesondere, im Falle eines Übernahmeangebots zu diesem in einem Bericht Stellung zu nehmen, BEHG 29 I. 114

BEHG 29 I

Der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft (Art. 22 Abs. 1) legt den Inhabern von Beteiligungspapieren einen Bericht vor, in dem er zum Angebot Stellung nimmt. Die von der Zielgesellschaft abgegebenen Informationen müssen wahr und vollständig sein. Der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft veröffentlicht den Bericht.

- 115 g) Zusätzliche unübertragbare Aufgaben wurden – nach freilich nicht unumstrittener Auffassung – durch das *Fusionsgesetz* eingeführt: Nach FusG 12 I muss der Fusionsvertrag bei *Fusionen* von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen einer Gesellschaft – bei der Aktiengesellschaft also vom Verwaltungsrat – abgeschlossen werden. Nach FusG 36 I gilt dasselbe für den Spaltungsvertrag bei *Spaltungen*, und FusG 59 I verlangt, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Umwandlungsplan bei *Umwandlungen* erstellt. Nach FusG 70 I schliesslich muss der sog. Übertragungsvertrag bei *Vermögensübertragungen* von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen abgeschlossen werden.

FusG 12 I

Der Fusionsvertrag muss von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften abgeschlossen werden.

FusG 36 I

Überträgt eine Gesellschaft durch Spaltung Vermögensteile auf bestehende Gesellschaften, so schliessen die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften einen Spaltungsvertrag.

FusG 59 I

Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan erstellt einen Umwandlungsplan.

FusG 70 I

Der Übertragungsvertrag muss von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden.

- 116 h) Diese materiellen Grenzen der Delegationsmöglichkeit sind stets zu beachten, d.h. im so abgesteckten Kompetenzbereich bleibt der Verwaltungsrat in der Verantwortung, und seine Mitglieder können bei unsorgfältiger Pflichterfüllung persönlich haftbar werden.
- 117 Immerhin ist es auch in diesem nicht delegierbaren Bereich zulässig – und dann, wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates die nötige Zeit nicht aufbringen können, auch geboten –, Vorbereitungs-, Ausführungs-

und Überwachungsfunktionen *einzelnen Mitgliedern* oder *Ausschüssen* zuzuweisen:

OR 716a II

Der Verwaltungsrat kann die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen. Er hat für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen.

Einer Grundlage in den Statuten oder im Organisationsreglement bedarf es dafür nicht. 118

Ebenso ist der Verwaltungsrat auch ohne eine formale Ermächtigung befugt – und allenfalls im Interesse einer sorgfältigen Geschäftsführung gehalten –, *für Hilfsfunktionen Dritte beizuziehen*. 119

i) Die gesetzlichen Schranken der Delegation schaffen – wie erwähnt (vorn Rz. 93) – in *Konzernverhältnissen* Probleme, weil es kaum möglich ist, mehrere Gesellschaften als Konzern und damit einheitlich zu führen, wenn die Verwaltungsräte der Einzelgesellschaften darauf bestehen, die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben selbst materiell wahrzunehmen. 120

2.3. Revisionshaftung

a) Auch die den Revisoren obliegenden Pflichten werden in den Bestimmungen zur Verantwortlichkeit nicht explizit aufgeführt (vgl. OR 755, vorn Rz. 35). Sie finden sich insbesondere in OR 728 ff, wo die Pflichten der Revisionsstelle zur Prüfung, Berichterstattung und – bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft – zur Benachrichtigung des Richters geregelt sind. 121

b) Die Revisionsstelle begeht nach der Gerichtspraxis eine Pflichtverletzung, wenn sie 122

- es unterlässt, die ausgewiesenen *Gesellschaftsaktiven auf ihren tatsächlichen Bestand zu überprüfen*, wobei sich die Prüfungspflicht nicht bloss auf das Anlage- und Umlaufvermögen erstreckt, sondern auch auf die Forderungen (dabei muss freilich eine materielle Überprüfung der wichtigsten Bilanzpositionen und bei zahlreichen Einzelposten eine Stichprobenkontrolle ausreichen);
- sich nicht vergewissert, ob die gesetzlich vorgeschriebene *Höchstbewertung bei der Bilanzierung der ständigen Anlagen eingehalten*, die notwendigen *Abreibungen vorgenommen* (bzw. Vorräte nach dem in OR 666 niedergelegten Niedrigstwertprinzip bilanziert) und die Aktiven richtig bewertet worden sind;

- angesichts eines Darlehens in beträchtlicher Höhe (Klumpenrisiko) an einen mit der Aktiengesellschaft wirtschaftlich verflochtenen Darlehensnehmer davon absieht, die *Bonität* des Schuldners zu prüfen;
- den *Dividendenantrag* des Verwaltungsrates nicht auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten überprüft;
- die bei ihrer Tätigkeit wahrgenommenen *Mängel nicht* den zuständigen Instanzen *meldet* und in ihren Berichten an Generalversammlung und Verwaltungsrat keinen Vorbehalt wegen fragwürdiger Geschäftsführung des Verwaltungsrates anbringt;
- 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 (dieser unter früherem Recht ergangene Entscheid ist nur insofern überholt, als die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung seit 1992 ein gesetzliches Erfordernis – OR 663e ff – ist);
- die *Generalversammlung nicht selbst einberuft*, obwohl der Verwaltungsrat die erforderliche Einberufung ohne stichhaltigen Grund unterlässt (vgl. OR 699 I, wo eine subsidiäre Einberufungspflicht festgelegt ist);
- es versäumt, rechtzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, nachdem das einzige Verwaltungsratsmitglied verstorben ist;
- bei kritischer Vermögenslage keine *Bilanz zu Veräußerungswerten* erstellt und die Generalversammlung nicht über die kritische finanzielle Lage der Gesellschaft informiert (der Entscheid erging unter früherem Aktienrecht; nach heutigem Recht genügt es, wenn nach Fortführungswerten keine Überschuldung besteht);
- 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;
- der Generalversammlung nicht mitteilt, dass es der Verwaltungsrat trotz *Überschuldung* der Gesellschaft unterlassen hat, den Richter zu benachrichtigen, und ihr keine entsprechende Beschlussfassung beantragt (diese Entscheidung ist heute insofern überholt, als nach geltendem Recht die Revisionsstelle auch pflichtwidrig handelt, wenn sie bei offensichtlicher Überschuldung nicht selbst den Richter benachrichtigt, falls der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt [OR 729b II]);
- gestützt auf Patronatserklärungen – welche keine Alternativen zum Rangrücktritt darstellen – auf eine Anzeige der Überschuldung an den Richter nach OR 725 verzichtet;
- trotz *fehlender Fachkenntnisse* ihr Mandat annimmt bzw. dieses nicht niederlegt und auch keine Fachperson beizieht;
- trotz *fehlender Unabhängigkeit* das Amt annimmt.

c) Wichtig ist, dass der Prüfungsauftrag der Revisionsstelle *beschränkt* ist, vgl. OR 728 I: 123

OR 728 I

Die Revisionsstelle prüft, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen.

Zur Prüfung der Ertragslage, der Liquidität, der Finanzpolitik und ganz allgemein der *wirtschaftlichen Lebens- und Tragfähigkeit* und zur Berichterstattung zu diesen Punkten ist die Revisionsstelle gesetzlich *nicht verpflichtet*. Investoren und künftige Aktionäre stellen daher oft zu hohe Erwartungen an die Aussagekraft von Revisionsberichten (sog. *expectation gap*), was zu ungerechtfertigten Vorwürfen der Pflichtverletzung führt. 124

d) *Ausblick*: Die Bestimmungen zur Revisionsstelle sollen in absehbarer Zeit geändert und für alle Unternehmensformen vereinheitlicht werden, wobei – falls sich der vom Bundesrat unterbreitete Vorschlag grundsätzlich durchsetzt, was zu erwarten ist – die Aufgaben bei Publikumsgesellschaften und anderen volkswirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften erweitert, bei den übrigen Gesellschaften dagegen reduziert werden sollen. Kleingesellschaften (weniger als zehn Mitarbeiter) sollen auf die Revision ganz verzichten können, wenn sämtliche Aktionäre einverstanden sind. Das künftige Recht könnte bei Grossgesellschaften zu einer Verschärfung, bei kleineren Gesellschaften zu einer Erleichterung der Haftung führen (vgl. Bundesrätliche Botschaft vom 23. Juni 2004). Der Nationalrat hat die Vorlage am 2. März 2005 ohne Gegenstimme angenommen. Da der Ständerat in seiner Sitzung vom 15. März 2005 in verschiedenen unwesentlichen Punkten vom Vorschlag des Nationalrats abwich, kommt es zu einem Differenzbereinungsverfahren. Mit der Annahme der Revision im Herbst 2005 darf aber gerechnet werden. 125

2.4. Gründungshaftung

a) Die Tatbestände der Gründungshaftung sind in OR 753 im Einzelnen umschrieben. Die Gründer haben insbesondere ein korrektes Vorgehen sicherzustellen bei der sog. qualifizierten Gründung (d.h. etwa dann, wenn die Liberierung der Aktien nicht in bar, sondern durch Sacheinlagen erfolgt oder wenn bereits im Gründungsstadium die 126

Übernahme bestimmter grösserer Sachwerte fest geplant ist), bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und bei der Annahme von Zeichnungsverpflichtungen:

OR 753

Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken, werden sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, wenn sie

1. absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln;
2. absichtlich oder fahrlässig die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält;
3. wissentlich dazu beitragen, dass Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen werden.

- 127 b) Die Regeln über die Gründungshaftung finden – allenfalls sinngemäss – auch Anwendung auf die *Kapitalerhöhung*, was in OR 753 nur unvollkommen zum Ausdruck kommt (vgl. immerhin OR 753 Ziff. 1, wo der Kapitalerhöhungsbericht ausdrücklich erwähnt wird).
- 128 Die Gründer handeln etwa pflichtwidrig, wenn sie:
- eine *Bargründung vortäuschen*, der Gesellschaft aber in Tat und Wahrheit Sachwerte zuführen (unmittelbar nach der Gründung – und im Voraus geplant – wird das im Zuge der Liberierung einbezahlte Bargeld ganz oder zum Teil für den Erwerb von Sachwerten verwendet, wodurch die strengeren Vorschriften für die qualifizierte Gründung umgangen werden sollen);
 - eine geplante *Sachübernahme verschweigen* (geplant ist eine solche nicht nur, wenn im Gründungsstadium bereits formelle Verträge abgeschlossen worden sind, sondern auch schon dann, wenn die feste Absicht besteht, grössere Sachwerte zu übernehmen);
 - Sacheinlagen überbewerten;
 - an einer *Scheineinzahlung* des Aktienkapitals mitwirken;
 - ein kurzfristiges *Darlehen zur Scheineinzahlung aufnehmen* (weiss der Darlehensgeber von der Verwendung des aufgenommenen Geldbetrags, haftet er gleichermassen, da die Gründungshaftung nicht nur die Gründer im formellen Sinn, sondern alle an der Gründung Mitwirkenden erfasst, vgl. vorn Rz. 43 ff).

Verantwortlich aufgrund der Gründungshaftung wird auch etwa der *Notar*, der eine Verrechnungsliberierung nicht als solche verurkundet, ebenso der Präsident des Verwaltungsrates, der eine Kapitalerhöhung im Handelsregister eintragen lässt, obwohl er von einer Scheinliberierung Kenntnis hat (eine Haftung besteht für diesen auch aufgrund von OR 754, vgl. vorn Rz. 8). 129

2.5. Prospekthaftung

a) Die der Prospekthaftung zugrundeliegenden Pflichtwidrigkeiten sind in OR 752 (vgl. vorn Rz. 49) umschrieben: Haftungsbegründender Tatbestand ist das Aufstellen oder Verbreiten von unrichtigen, irreführenden oder unvollständigen Angaben in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen. 130

b) Der Tatbestand ist etwa erfüllt, wenn 131

- ein Prospekt, Zirkular oder eine andere Kundgebung *unrichtige Angaben* enthält oder wenn darin *wesentliche Angaben verschwiegen* werden, so dass die Ausführungen unvollständig sind;
- die erforderlichen Angaben zwar richtig, aber *in täuschender Weise unübersichtlich* aufgeführt sind;
- der Prospekt *übertriebene*, leichtfertig aufgestellte *Erfolgsprognosen* enthält;
- ein «falscher» Prospekt eingesetzt wird, um potentielle Käufer zum Kauf zu bewegen;
- *gar kein Prospekt* aufgestellt wird, obwohl Prospektzwang besteht. (Dies ist umstritten. Es wird auch die Ansicht vertreten, OR 752 setze ein aktives Verhalten voraus. Bei Kapitalerhöhungen kann aber eine solche Unterlassung jedenfalls als Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrates zu einer Haftung seiner Mitglieder nach OR 754 führen.)

2.6. Haftung nach Fusionsgesetz

Die Pflichten und Pflichtwidrigkeiten nach Fusionsgesetz variieren je nach Art der Umstrukturierung. Gerichtsentscheide zu Pflichtverletzungen sind bis heute keine bekannt. 132

3. Verschulden

3.1. Allgemeines

- 133 a) Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist *keine Kausal-, sondern eine Verschuldenshaftung*. Hat eine Person nicht schuldhaft gehandelt, kann sie auch dann nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn Schaden entstanden ist. Doch reicht für eine Haftung nach den Bestimmungen von OR 752 ff jedes Verschulden, auch *leichte Fahrlässigkeit* (immerhin kann die Geringfügigkeit des Verschuldens zu einer Reduktion der Ersatzpflicht führen, vgl. Rz. 217 ff). Eine Beschränkung auf *willentliches Fehlverhalten* sieht lediglich OR 753 Ziff. 3 vor für den Fall der Annahme von Zeichnungen seitens zahlungsunfähiger Personen bei der Gründung bzw. bei Kapitalerhöhung.
- 134 b) Fahrlässigkeit setzt voraus, dass das schädigende Ereignis für den Schädiger *voraussehbar* gewesen ist. Dabei genügt, wenn er sich nach der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete *Gefahr der Schädigung*.
- 135 c) Die Frage des Verschuldens ist nicht pauschal zu beurteilen, sondern *für jede potentiell haftpflichtige Person individuell*.
- 136 Die zu beurteilenden Handlungen und Unterlassungen müssen aufgrund der Kenntnisse und Umstände *zur Zeit ihres Geschehens* beurteilt werden. Es genügt also für die Haftung nicht, dass ein Verhalten im Rückblick – *ex post* betrachtet – als falsch erscheint.

3.2. Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt

- 137 a) Zugrunde zu legen ist nach herrschender Lehre und konstanter Gerichtspraxis ein *objektivierter Verschuldensmassstab* (vgl. BGE 113 II 56, 99 II 180): Ob ein Verschulden vorliegt, wird danach bemessen, wie sich eine *vernünftige und korrekte Person* unter den gegebenen Umständen hätte verhalten müssen. Verbindlich als Massstab sind daher etwa für die Revisionsstelle das Verhalten eines sorgfältigen, unabhängigen und sachkundigen Revisors, für das Mitglied des Verwaltungsrates die Sorgfalt einer geschäftserfahrenen und pflichtbewussten Person.

- Aus dieser Objektivierung folgt zweierlei: 138
- Einmal kann die *subjektive Entschuldbarkeit* – etwa wegen Zeitmangels, Unkenntnis oder Unfähigkeit – keine Rolle spielen. (Derjenige, der ein Mandat übernimmt, obwohl ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Zeit fehlen, handelt schon dadurch schuldhaft, es trifft ihn ein sog. *Übernahmeverschulden*.) 139
 - Sodann sind stets die *konkreten Umstände* zu berücksichtigen, etwa die Rechtfertigung, besondere Risiken einzugehen, weil sich dies aus dem spezifischen Gesellschaftszweck ergibt, oder umgekehrt der Umstand, dass sich aufgrund bestimmter Anzeichen besondere Vorsicht aufgedrängt hätte. 140
- b) Lehre und Rechtsprechung halten in diesem Zusammenhang fest: 141
- An die Sorgfalt sind *um so höhere Anforderungen* zu stellen, je *verantwortungsvoller* die Tätigkeit der grundsätzlich verantwortlichen Person ist.
 - Von Organpersonen mit *besonderen fachlichen Qualifikationen* darf man in ihrem Fachbereich ein besonderes Mass an Sorgfalt verlangen.
 - Die Komplexität einer Tätigkeit kann die Mitwirkung von oder die Beratung durch Drittpersonen notwendig machen, so dass der Verzicht auf Beratung ein Verschulden bedeuten kann. Umgekehrt gilt, dass man sich grundsätzlich auf den Rat von anerkannten *Fachleuten* verlassen darf, es sei denn, aufgrund der Umstände ist besonderes Misstrauen angebracht.
 - Der Haftpflichtige vermag sich nicht dadurch zu exkulpieren, dass er nachweist, die *gleiche Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten* aufgewendet zu haben.
 - Ein besonders strenger Massstab ist bei potentiellen *Interessenkonflikten* anzulegen, also dann, wenn die Schädigung durch eine Handlung erfolgt, welche die Organperson zu ihrem eigenen persönlichen Vorteil oder zum Vorteil von Drittpersonen vornimmt.
 - *Zeitmangel* stellt keinen Exkulpationsgrund dar.
 - Ungerechtfertigte *Abwesenheit* vermag die Haftung nicht zu reduzieren. (In der Literatur umstritten sind dagegen die Folgen entschuldigter Abwesenheit. Zum Teil wird verlangt, es habe sich der entschuldigt Abwesende nötigenfalls im Nachhinein darum zu bemühen, eine Fehlentscheidung rückgängig zu machen.)
 - Auch eine lediglich *treuhänderische Tätigkeit* begründet volle Verantwortlichkeit. Strohmänner haften also, wie wenn sie aus eigenem Recht gehandelt hätten. Dies ist insbesondere in *Konzernverhältnissen* zu beachten: Das Mitglied des Verwaltungsrates einer Konzerntochtergesellschaft kann sich nicht unter Berufung auf Weisungen der Muttergesellschaft exkulpieren. (Dagegen kann es sich ausbedingen, von der Muttergesellschaft schadlos gehalten zu werden, wenn es wegen der Befolgung von Weisungen verantwortlich gemacht

wird. Solche Erklärungen der Schadloshaltung sind in der Praxis in Konzern- und Treuhandverhältnissen üblich, aber nur dann hilfreich, wenn der Treugeber bzw. der Konzern zahlungsfähig bleiben, vgl. hinten Rz. 243 ff.)

- Stillschweigen, Stimmhaltung und anderes *passives Verhalten* schliessen die Haftung nicht ohne Weiteres aus; notwendig ist vielmehr eine – den Umständen entsprechende – aktive, manifeste *Opposition* gegen pflichtwidriges Verhalten.
- Die bloss *interne Kompetenzaufteilung* (z.B. auf Verwaltungsratsausschüsse im Sinne einer Zuweisung der Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung von Geschäften, OR 716a II, vgl. vorn Rz. 117) bewirkt – im Gegensatz zur formell und materiell korrekten Delegation der Entscheidungskompetenz (vgl. vorn Rz. 102 ff) – grundsätzlich *keine Entlastung*. Sie kann aber eine gerechtfertigte organisatorische Massnahme sein, so dass allenfalls trotz Eintritts eines Schadens den Mitgliedern des Gesamtorgans keine Nachlässigkeit vorwerfbar ist.

- 142 c) Der objektive Massstab des sorgfältigen Geschäftsmannes kann im Hinblick auf Personen problematisch sein, die aufgrund ihrer *Spezialkenntnisse* in den Verwaltungsrat gewählt worden sind (wie etwa der anerkannte Naturwissenschaftler, der von Buchführung kaum etwas versteht, aber trotzdem im Verwaltungsrat eines Pharmaunternehmens wertvolle Dienste leistet). Obwohl das Gesetz hierfür keine Anhaltspunkte bietet, sollte einer solchen Spezialisierung angemessen Rechnung getragen werden. Grundlegende Kenntnisse in der Rechnungslegung müssen aber nach geltendem Recht von allen Verwaltungsratsmitgliedern verlangt werden. Wer über solche nicht verfügt, sollte sich auf eine *Beratungstätigkeit* beschränken und auf den Einsitz im Exekutivorgan verzichten. (Dies ist auch ein Grund dafür, dass Aktiengesellschaften vereinzelt dazu übergegangen sind, neben Verwaltungsräten auch *Beiräte* ohne Entscheidungskompetenz zu bestellen.)
- 143 d) Übt eine *juristische Person* in einer Aktiengesellschaft ein Mandat aus, wie dies bei der Revisionsstelle üblich ist (OR 727d I), dann ist ihr das Verschulden ihrer *Organe* anzurechnen:

OR 722

Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung begeht.

- 144 Darüber hinaus haftet die juristische Person grundsätzlich auch für ihre Hilfspersonen (also für Personen, die untergeordnete Aufgaben zu erfüllen haben). Denkbar sind gewisse Entlastungsmöglichkeiten, doch sind solche unseres Wissens in der Praxis bisher nicht geltend gemacht worden.

3.3. Kein Verschulden bei sorgfältig gefassten, aber unrichtigen Geschäftsführungsentscheiden

Unternehmerische Tätigkeit beinhaltet stets auch das Eingehen von *Risiken*, da solche mit der Wahrnehmung von *Geschäftschancen* praktisch immer verbunden sind. Deshalb ist es wichtig, dass den Verantwortlichen kein Verschulden angelastet wird, falls sie ihre Entscheide mit der nötigen Sorgfalt getroffen haben, selbst dann nicht, wenn sich diese im Nachhinein als falsch erweisen. Dabei ist anerkannt, dass dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung ein *weiter Ermessensspielraum* eingeräumt werden muss. 145

3.4. Die Business Judgment Rule als Mittel zur Objektivierung des Verantwortlichkeitsrechts

a) Zur Eingrenzung der Haftung und zum Schutz von Organpersonen, die in guten Treuen und trotz angemessener Sorgfalt Fehlentscheide getroffen haben, wird in neuerer Zeit mehr und mehr auf die aus den USA stammende sog. *Business Judgment Rule* abgestellt. Nach dieser sind zunächst und in erster Linie *formale Kriterien* ausschlaggebend: 146

- Es muss eine *Geschäftsentscheidung* vorliegen, also ein förmlicher Entscheid (der freilich auch darin gipfeln kann, dass nichts unternommen wird) und nicht bloss ein passives Verhalten.
- Dieser Entscheid muss von *unbefangenen Organen* getroffen worden sein.
- Die Organe müssen bei der Entscheidfindung *sorgfältig vorgegangen* sein. Sie müssen für ausreichende *Information* gesorgt und allenfalls *Alternativen* geprüft haben.
- Das Verfahren für die Entscheidfindung muss *korrekt* abgelaufen sein (formgültige Einladung zur Sitzung, geordneter Sitzungsverlauf, ausreichend Zeit für die Diskussion etc.).
- Die Organe müssen *in guten Treuen gehandelt* haben, wogegen spricht, wenn ein Entscheid «offensichtlich unvernünftig» ist. Ein besonders strenger Massstab gilt diesbezüglich bei allfälligen Interessenkonflikten.

Sind die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, kann und soll der Richter darauf verzichten, eine Entscheidung der betroffenen Organe inhaltlich zu überprüfen. 147

- 148 b) Die Business Judgment Rule ist ein zweckmässiges Instrument zur *Objektivierung der Entscheidungsfindung*, das sich sowohl auf die Beurteilung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten wie auch eines allfälligen Verschuldens auswirkt. Sie dürfte in den meisten Fällen einer Anwendung von OR 754 zu einem angemessenen Resultat führen.
- 149 Der Blick auf die Praxis zeigt denn auch, dass *schuldhaftes Verhalten häufig mit der Missachtung formeller Pflichten* einhergeht: Sitzungen werden nicht oder nur pro forma durchgeführt, eindeutige Regeln der Bilanzierung werden nicht eingehalten, die bei der qualifizierten Gründung bzw. Kapitalerhöhung erforderlichen Dokumente werden nicht erstellt oder sind fehlerhaft, die bei Kapitalzerfall zu beachtenden Vorschriften werden ignoriert. Solches *Fehlverhalten im Formellen* ist denn auch weit überwiegend die Basis für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen.
- 150 c) Es ist zu hoffen, dass die Business Judgment Rule künftig noch vermehrt zur Beurteilung des Verhaltens von Organpersonen eingesetzt wird, da sich dadurch eine objektivere und besser vorhersehbare Judikatur in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfragen ergeben dürfte. Es stimmt zuversichtlich, dass sie bereits in die Rechtsprechung des Bundesgerichts Eingang gefunden hat.
- 151 d) An die Adresse von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ist freilich ein *Vorbehalt* auszusprechen: Die Business Judgment Rule darf nicht dazu führen, dass die Arbeit der Exekutivorgane zu einem blossen *box ticking* verkommt, nämlich dazu, dass der Fokus sich darauf richtet, Checklists abzuarbeiten und *formell* alles richtig zu machen. Im Zentrum der Verwaltungs- und Geschäftsführungstätigkeit müssen nach wie vor die *Inhalte* stehen. Als Basis für eine rationale Entscheidungsfindung und für die Beurteilung der getroffenen Entscheide in Verantwortlichkeitsprozessen ist aber die durch die Business Judgment Rule angestrebte Objektivierung erwünscht.

3.5. Verwischung der Konturen zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden

- 152 a) Die Objektivierung des Verschuldensmassstabes hat dazu geführt, dass die in der Theorie scharf zu ziehende Grenze zwischen der Sorgfaltspflicht einerseits und dem Verschulden andererseits weitgehend entfallen ist. In der Praxis werden denn auch Pflichtverletzung und Ver-

schulden oft kaum auseinander gehalten. Die Business Judgment Rule, die weitestgehend auf die Einhaltung formeller Sorgfaltspflichten abstellt, verstärkt diese Konvergenz. In der Praxis wird *bei einer Verletzung von Sorgfaltspflichten auch das Verschulden regelmässig bejaht*.

b) Daher spielt es in Prozessen kaum mehr eine Rolle, ob – was je nach der Person, die Ansprüche geltend macht, unterschiedlich zu beantworten und übrigens nicht restlos geklärt ist – das Verschulden vom Kläger zu beweisen ist oder ob umgekehrt eine eingeklagte Organperson nachzuweisen hat, dass sie kein Verschulden trifft. Eine Sorgfaltspflichtsverletzung wird – zumindest implizit – als *Verschuldensvermutung* gewertet. 153

4. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten

a) Zwischen pflichtwidrig schuldhaftem Verhalten und Schaden muss ein *Kausalzusammenhang* bestehen: Die in Frage stehende Handlung oder Unterlassung muss *eine* (aber *nicht notwendigerweise die einzige*) *Ursache* der eingetretenen Schädigung sein – oder anders ausgedrückt: ohne die schuldhafte Pflichtwidrigkeit wäre kein Schaden entstanden. 154

Ein Kausalzusammenhang fehlt trotz pflichtwidrigen Verhaltens dann, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können. 155

So hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid das Bestehen eines Kausalzusammenhangs verneint zwischen dem Fehlverhalten einer Revisionsstelle, die festgestellte Mängel zu Unrecht nicht in ihrem Revisionsbericht erwähnte, und dem durch verspätete Anmeldung des Konkurses eingetretenen Schaden (BGE 119 II 259). Dies, weil es davon ausging, dass der Alleinaktionär, der über die Missstände bestens im Bild war, sich von einem kritischen Revisionsbericht nicht hätte beeinflussen lassen. (In einem älteren Entscheid hatte das Bundesgericht dagegen in derselben Konstellation die Kausalität der Unterlassung der Berichterstattung für eingetretenen Schaden bejaht [BGE 86 II 183 f].) 156

b) Haftungs begründend ist – wie allgemein im Haftpflichtrecht – nicht jeder natürliche Kausalzusammenhang; vielmehr wird ein sog. *adäquater* Kausalzusammenhang verlangt. Das bedeutet nach der Standardfor- 157

mel des Bundesgerichts, dass die in Frage stehende Pflichtwidrigkeit *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge* und *nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens* geeignet sein musste, einen Erfolg (Schaden) von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis als allgemein begünstigt erscheint (BGE 123 III 112, 113 II 57).

- 158 Durch das Erfordernis der Adäquanz wird die *natürliche Kausalität*, die dem naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff entspricht, *für die Bedürfnisse des Rechts eingeschränkt*, um die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu machen und eine vernünftige Begrenzung der Haftung zu ermöglichen.
- 159 c) OR 759 stellt klar, dass ein Haftpflichtiger nur für den Schaden einzustehen hat, der eine adäquat kausale *Folge seines eigenen* pflichtwidrigen und schuldhaften *Verhaltens* ist (vgl. OR 759 I), und nicht für den Teil des Gesamtschadens (zu diesem vgl. OR 759 II), der *ausschliesslich durch andere Beteiligte* verursacht worden ist:

OR 759 I, II

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.

Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.

- 160 Diese Abgrenzung ist vor allem wichtig im Verhältnis von Verwaltungsrat und Revisionsstelle: Erleidet eine Gesellschaft aufgrund passiven Verhaltens des Verwaltungsrates Verluste und führen diese schliesslich zum Konkurs, dann kann die Revisionsstelle für den Teil des Schadens nicht haftbar gemacht werden, der bereits vor Durchführung der Revision entstanden war (vgl. dazu vorn Rz. 88).
- 161 d) Nicht zu entlasten vermag sich der Haftpflichtige aber unter Berufung darauf, dass auch *andere Ursachen* (z.B. Pflichtverletzungen anderer Gesellschaftsorgane) Einfluss auf die Schadensentwicklung hatten. Vielmehr ist es geradezu *typisch, dass ein Schaden aufgrund des Fehlverhaltens mehrerer Personen entsteht*, was die folgenden Beispiele illustrieren:

- Ein Direktor schädigt die Gesellschaft durch kriminelles Verhalten, der Verwaltungsrat übersieht dies, weil er seine Überwachungsaufgabe nicht genügend wahrnimmt, und die Revisionsstelle unterlässt die sorgfältige Prüfung der Buchführung, weshalb auch ihr die Verfehlungen des Direktors entgehen. Die Schadenersatzpflicht trifft dann alle Beteiligten – aber in unterschiedlicher Höhe: Der Direktor, welcher die Gesellschaft bewusst geschädigt hat, haftet für den ganzen Schaden. Die Verwaltungsratsmitglieder haften ebenfalls, sie können aber geltend machen, dass auch ein korrektes Verhalten von ihrer Seite den Schaden nur teilweise hätte verhindern können. Die Revisionsstelle schliesslich haftet nur für den Schaden, der nach ihrer Prüfung zusätzlich entstanden ist, denn die im Zeitpunkt der Prüfungstätigkeit bereits erfolgte Schädigung konnte sie nicht verhindern. 162
- Eine Revisionsstelle, die es trotz Überschuldung unterlässt, die Benachrichtigung des Richters zu veranlassen, haftet nicht schlechthin für den ursprünglich durch den Verwaltungsrat verursachten Schaden, sondern nur für seine Fortdauer und Vergrösserung zufolge mangelhafter Orientierung der Generalversammlung. 163

5. Kein Anspruchsuntergangs- oder Klageausschlussgrund

Ein Schadenersatzanspruch kann aus verschiedenen Gründen untergehen, oder es kann zumindest das Recht der Geschädigten ausgeschlossen sein, Schadenersatzrechte durch Klage zwangsweise durchzusetzen. Zu den wichtigsten dieser Gründe zählen die Entlastung (Décharge), Urteil und Vergleich, Zeitablauf (Verjährung und Verwirkung) sowie das Handeln aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses bzw. mit Zustimmung aller Aktionäre. 164

5.1. Entlastung

a) Die Erteilung der Entlastung (Décharge) lässt unter bestimmten Voraussetzungen gewisse – aber nicht alle – Schadenersatzforderungen untergehen: 165

OR 758

Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Das Klagerecht der übrigen Aktionäre erlischt sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss.

- 166 b) Die Beschlussfassung über die Erteilung der Entlastung gehört zu den unübertragbaren Aufgaben der *Generalversammlung*, welche diese grundsätzlich alljährlich an ihrer ordentlichen Sitzung wahrzunehmen hat:

OR 698

Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre.

Ihr stehen folgende unübertragbaren Befugnisse zu:

...

5. die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates;

...

- 167 Bei der Abstimmung «haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht» (OR 695 I). Diese Bestimmung ist extensiv auszulegen. Sie gilt auch für nicht direkt von der Abstimmung betroffene Personen, soweit sie an der Geschäftsführung teilgenommen haben. Die in kleineren Gesellschaften übliche gegenseitige Déchargeerteilung von Aktionären, die zugleich im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsführung tätig sind – je unter Stimmenthaltung für sich selbst –, begründet keine gültige Décharge. Ist eine Person vom Stimmrecht ausgeschlossen, so sind es auch ihre Vertreter, ebenso die Erben.

- 168 c) Der *gültige Décharge*-Beschluss:

- lässt allfällige Schadenersatzforderungen der Gesellschaft untergehen (OR 758 I);
- lässt die Ansprüche auf Ersatz mittelbaren Schadens der zustimmenden Aktionäre untergehen, ebenso derjenigen, welche ihre Aktien später, in Kenntnis des Beschlusses, erworben haben (OR 758 I);
- verkürzt das Klagerecht der übrigen Aktionäre aus mittelbarer Schädigung auf einen Zeitraum von sechs Monaten (OR 758 III; vgl. vorne Rz. 165);
- hat dagegen keine Wirkung auf das Klagerecht der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung;
- kann insbesondere der Klage der Gläubigergesamtheit nach Konkurseröffnung nicht entgegengehalten werden;
- hat zudem keinen Einfluss auf die Ansprüche von Aktionären und Gläubigern auf Ersatz unmittelbaren Schadens.

d) Die Wirkungen des Entlastungsbeschlusses werden aus zwei Gründen oft *überschätzt*: 169

- Der Entlastungsbeschluss wirkt nur für «bekanntgegebene Tatsachen». Ein Organ, das pflichtwidrig gehandelt hat, wird aber sein Verhalten meist nicht an die grosse Glocke hängen, sondern nach Möglichkeit verschweigen. Damit bleibt der Entlastungsbeschluss wirkungslos.
- Vor allem aber werden die weitaus meisten Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs durch die Konkursverwaltung (bzw. nach Massgabe von OR 757 II [vgl. Rz. 200] durch einzelne Gläubiger) geltend gemacht, und gegen deren Ansprüche schützt die Entlastung nicht.

5.2. Urteil und Vergleich

Die Wirkungen von Urteil und Vergleich auf Verantwortlichkeitsansprüche sind in der Doktrin umstritten und durch die Judikatur nur zum Teil geklärt. Die Frage, ob und welche Ansprüche durch ein Urteil oder einen Vergleich untergehen, bedarf stets der *Prüfung im Einzelfall*. Insbesondere ist bei einem Vergleich jeweils zu prüfen (und nicht selten unklar), ob es der Wille der Parteien war, die Ersatzansprüche ein für allemal zu erledigen oder ob Ansprüche gegen Personen, die am Vergleich nicht mitgewirkt haben, vorbehalten bleiben sollten. 170

Immerhin lässt sich für den weitaus häufigsten Fall der Geltendmachung von Ansprüchen durch die Konkursverwaltung festhalten, dass das *Urteil* in solchen Prozessen sowohl die Aktionäre wie auch die Gläubiger bindet und damit die Verfahren abschliesst, mit dem Vorbehalt der seltenen Klagen aus einer im Sinne des Bundesgerichts unmittelbaren Schädigung von Aktionären bzw. Gläubigern. 171

5.3. Verjährung und Verwirkung

a) OR 760 regelt die *Verjährung* der Verantwortlichkeitsansprüche einheitlich, unabhängig von der Art des Schadens und der rechtlichen Grundlage. Diese verjähren in *fünf Jahren* ab Kenntnisnahme des Geschädigten von der Existenz und der Höhe des Schadens, der Person des Ersatzpflichtigen und der Tatsachen, welche die Ersatzpflicht begründen (relative Verjährungsfrist), spätestens aber in *zehn Jahren* (absolute Verjährungsfrist). 172

- 173 Leitet sich die Klage aus einer strafbaren Handlung ab, so verjährt nach OR 760 II die zivilrechtliche Forderung nicht vor dem Strafanspruch, falls für diesen gesetzlich eine längere Verjährungsfrist vorgesehen ist.

OR 760

Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet.

Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.

- 174 Die Verjährung kann gemäss OR 135 mit dem Willen oder gegen den Willen des Schuldners unterbrochen werden.

OR 135

Die Verjährung wird unterbrochen:

1. durch Anerkennung der Forderung von seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand- und Bürgschaftsbestellung;
2. durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gerichte oder Schiedsgerichte sowie durch Eingabe im Konkurse und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch.

- 175 Der Eintritt der Verjährung steht zwar einer klageweisen Durchsetzung des Schadenersatzanspruches entgegen, *führt aber nicht zu dessen Untergang*. Insbesondere kann auch ein verjährter Ersatzanspruch mit Forderungen der Schadenersatzpflichtigen verrechnet werden, was bei Klagen der Gesellschaft gegen frühere Organe, die ihrerseits behaupten, gegenüber der Gesellschaft Ansprüche namentlich aus Arbeitsvertrag zu haben, von Bedeutung sein kann.
- 176 b) Ein gültiger Entlastungsbeschluss der Generalversammlung beschränkt das Klagerecht der (nicht zustimmenden) Aktionäre zeitlich auf sechs Monate (OR 758 II, vgl. vorn Rz. 165).
- 177 Bei dieser Frist handelt es sich um eine *Verwirkungsfrist*, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann und die nur eingehalten ist, wenn die Klage innert dieser sechs Monate beim zuständigen Gericht angehoben wird. Je nach Ausgestaltung der anwendbaren kantonalen Zivilprozessordnung (zur künftigen eidgenössischen Regelung vgl. hin-

ten Rz. 261) wird die Frist durch Einreichung der Klage beim Sühnbeamten (Friedensrichter) gewahrt oder durch Einreichung beim Gericht.

Im Gegensatz zur Verjährung bewirkt die Verwirkung den *Untergang* 178 der Forderung und nicht nur den Wegfall der Möglichkeit, diese durch Klage zwangsweise durchzusetzen. Eine verwirkte Forderung kann also auch nicht mehr verrechnungsweise geltend gemacht werden.

c) Zu beachten ist, dass die Verwirkungsfrist von OR 758 II – anders 179 als die Verjährung – nie das Klagerecht der Gläubiger betrifft.

5.4. Handeln aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses oder mit Zustimmung aller Aktionäre

a) Die *Gesellschaft* kann nach dem Grundsatz «volenti non fit iniuria» 180 (demjenigen, der mit einem Verhalten einverstanden ist, erwächst daraus kein [rechtlich relevanter] Schaden) keinen Ersatz verlangen, wenn Organpersonen durch die Ausführung rechtmässiger oder nicht angefochtener Generalversammlungsbeschlüsse Schaden verursacht haben. Auch ein nichtiger Beschluss der Generalversammlung dürfte das Klagerecht der Gesellschaft ausschliessen, sofern sämtliche Aktionäre zugestimmt haben. Dieselbe Wirkung dürfte die informelle Zustimmung aller Gesellschafter oder des Alleinaktionärs zu schadenstiftenden Handlungen von Gesellschaftsorganen haben. Analoges gilt, wenn sämtliche Gründer oder sämtliche Aktionäre die Schädigung verursacht haben.

b) *Aktionäre*, welche weder Schädigungshandlungen zugestimmt oder 181 solche toleriert noch nichtige Generalversammlungsbeschlüsse gutgeheissen haben, sind in ihrem Klagerecht aus mittelbarer Schädigung nicht tangiert.

c) Den Ansprüchen der *Gläubiger* stehen weder Beschlüsse der Generalversammlung noch die Zustimmung der Aktionäre oder Gründer entgegen; dies auch dann nicht, wenn die Konkursverwaltung (an ihrer Stelle) Ansprüche geltend macht. 182

d) Der Umstand, dass Aktionäre dann nicht klageberechtigt sind, wenn sie ein pflichtwidriges Verhalten bewusst toleriert oder sogar veranlasst haben, ist vor allem in *Konzernverhältnissen* bedeutsam: Die Mitglieder des Verwaltungsrates einer zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft können Weisungen der Muttergesellschaft selbst dann beachten, 183

wenn dadurch die Sorgfaltspflicht gegenüber der Tochtergesellschaft missachtet wird. Sie verletzen dann zwar bewusst die vom Gesetz auferlegten Pflichten, doch ist dies solange belanglos, als die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft nicht auf dem Spiel steht: Diesfalls ist eine Klage der (Allein-)Aktionärin wie auch der Gesellschaft selbst ausgeschlossen, und die Gläubiger wären nur im Konkurs klageberechtigt. Als Faustregel kann daher gelten, dass Mitglieder des Verwaltungsrates einer Konzerntochtergesellschaft letztlich nur (aber immerhin) dafür zu sorgen haben, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber Dritten nachkommen kann und dass sie keine Handlungen begeht, die gegen die guten Sitten verstossen.

- 184 Anders verhält es sich aber, wenn an einer Konzerntochtergesellschaft auch aussenstehende *Minderheitsaktionäre* beteiligt sind. Diese haben einen Anspruch darauf, dass die Interessen der eigenen Gesellschaft den Vorrang haben. Dabei ist freilich oft schwer auszumachen, welches die Eigeninteressen einer Konzerntochtergesellschaft sind, da deren Schicksal meist mit dem des Konzerns untrennbar verbunden ist.

IV. Die Geltendmachung von Ansprüchen

Gemäss OR 753 I, 754 1 und 755 (vgl. vorn Rz. 43, 8 und 35) haben 185
Anspruch auf Schadenersatz die *Gesellschaft* selbst, die einzelnen *Aktionäre* – ihnen gleichgestellt sind in den seltenen Fällen, in denen eine Aktiengesellschaft neben dem Aktien- auch ein Partizipationskapital aufweist, die Partizipanten – und die *Gesellschaftsgläubiger*.

Bei der *Prospekthaftung* nach OR 752 (vgl. vorn Rz. 49) sind neben den 186
zeichnenden Aktionären oder Gläubigern auch spätere Erwerber der Titel klageberechtigt, aber nur, wenn sie glaubhaft machen können, dass sie die Papiere gestützt auf die unkorrekten oder unvollständigen Informationen erworben haben und wenn zwischen der Auflage der Informationen und dem Titelerwerb eine kurze Zeitspanne liegt. Nicht klageberechtigt sind bei der Prospekthaftung hingegen die Gesellschaft oder andere Aktionäre bzw. Gläubiger, da ihnen kein Schaden erwachsen ist.

Der Kreis der Anspruchsberechtigten nach *Fusionsgesetz* erstreckt sich 187
wie bei der Gründungs-, Verwaltungs- und Revisionsstellenhaftung auf die Gesellschaft, die Gesellschafter und die Gläubiger.

Im Einzelnen ist hinsichtlich des Klagerechts zu unterscheiden zwischen 188
der Situation bei einer Gesellschaft, die zahlungsfähig ist (dazu Ziff. 1, Rz. 189 ff), und einer solchen, die sich im Konkurs befindet (dazu Ziff. 2, Rz. 200 ff). Gleichzustellen mit der Situation im Konkurs ist nach bundesgerichtlicher Praxis diejenige im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 122 III 166), während bei den übrigen Insolvenzverfahren – insbesondere solchen, die auf eine Sanierung ausgerichtet sind – die nachfolgend in Ziff. 1 gemachten Ausführungen gelten.

1. Geltendmachung ausser Konkurs

Klagen gegen Organe von Aktiengesellschaften, die aufrecht stehen 189
(also zahlungsfähig sind), sind in der Praxis äusserst selten. In Betracht kommen Klagen der Gesellschaft aus unmittelbarer sowie solche von Aktionären aus mittelbarer oder unmittelbarer Schädigung.

1.1. Die Gesellschaft

- 190 Die Entscheidung, Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gerichtlich geltend zu machen, liegt grundsätzlich in der Kompetenz des Verwaltungsrates. Richtet sich die Klage gegen sämtliche Verwaltungsratsmitglieder oder deren Mehrheit, ist ein Beschluss der Generalversammlung erforderlich bzw. zumindest anzustreben. Auch wird in solchen Fällen die Generalversammlung den amtierenden Verwaltungsrat tunlichst ersetzen.

1.2. Die Aktionäre (und Partizipanten)

- 191 a) *Unmittelbarer*, d.h. direkt im Vermögen eines einzelnen Aktionärs eingetretener Schaden (vgl. Rz. 80) kann im Rahmen der Verjährungsfrist von OR 760 durch jeden Betroffenen selbständig gerichtlich geltend gemacht werden. Das Klagerecht steht also *individuell* jedem einzelnen Aktionär zu und ist unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen anderer Aktionäre oder der Gesellschaft.
- 192 Die Klage richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen von OR 41 ff.

OR 41 I

Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

- 193 Es sind jedoch die besonderen Bestimmungen des OR bzw. des Gerichtsstandsgesetzes (GestG) betreffend Verjährung (vgl. vorn Rz. 172 ff) und Gerichtsstand (vgl. hinten Rz. 263 ff) anwendbar.
- 194 Die Aktionäreigenschaft muss im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht (mehr) gegeben sein, und es ist theoretisch denkbar, dass mehrere aufeinanderfolgende Eigentümer derselben Aktien nebeneinander auf Ersatz des je unmittelbar erlittenen Schadens klagen. (Einschlägige Fälle sind freilich nicht bekannt.)
- 195 b) Bei *mittelbarer* Schädigung (also dann, wenn der Aktionär nur deshalb einen Schaden erlitten hat, weil die Gesellschaft geschädigt worden ist und daher seine Aktien an Wert verloren haben, vgl. Rz. 82) gilt OR 756:

OR 756 I

Neben der Gesellschaft sind auch die einzelnen Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft.

Diese Bestimmung verleiht jedem Aktionär unabhängig von der Höhe seiner Kapitalbeteiligung ein selbständiges Klagerecht. 196

Der geltend gemachte *indirekte Schaden wird indirekt ersetzt*, d.h. der Prozessserlös fliesst in die Gesellschaft und nicht in die Tasche des Aktionärs. Der Kläger partizipiert daher am Prozessserfolg nur in Höhe seiner Beteiligungsquote. Aus diesem Grund ist die Anhebung einer Klage aus mittelbarer Schädigung für kleinere Aktionäre denkbar unattraktiv, und die wenigen Aktionärsklagen nach OR 756 I aus den letzten drei Jahrzehnten wurden unseres Wissens durchwegs aus anderen Gründen angestrengt als denen, Schaden ersetzt zu bekommen. 197

1.3. Die Gläubiger

a) Solange die Gesellschaft zahlungsfähig ist und ihre Forderungen erfüllen kann, sind die Gläubiger *weder unmittelbar noch mittelbar geschädigt*. Es kommt ihnen daher *kein Klagerecht* zu. 198

b) Argumentiert werden könnte, ein Gläubiger sei deshalb *unmittelbar geschädigt*, weil seine Forderung wegen eines durch die Gesellschaft erlittenen Bonitätsverlusts einen Minderwert aufweise. Theoretisch könnte darauf basierend eine Klage in Erwägung gezogen werden. Praktische Fälle sind jedoch keine bekannt und wohl auch nicht zu erwarten. 199

2. Geltendmachung im Konkurs

200

OR 757

Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.

Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Artikel 260 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.

201 Das Gesetz und die neuere Praxis des Bundesgerichtes verändern die Rechtslage bei Konkurseintritt und im – gleich zu behandelnden – Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung folgendermassen:

2.1. Vorbemerkung: Einschränkung des Klagerechts von Gläubigern (und allenfalls auch Aktionären) durch die neuere Bundesgerichtspraxis

- 202 a) Bei der neueren – in der Lehre kritisierten, mittlerweile aber etablierten – Praxis des Bundesgerichts (dazu Rz. 85) geht es entgegen der vom Bundesgericht benutzten Terminologie nicht um den Schadensbegriff, sondern um das *Klagerecht der geschädigten Gläubiger*:
- 203 Ein solches (bzw. in der Terminologie des Bundesgerichts ein unmittelbarer Schaden) soll nur vorliegen, wenn das Verhalten eines Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die *ausschliesslich dem Gläubigerschutz* dienen, oder wenn es sich um ein widerrechtliches Verhalten im Sinne von OR 41 oder einen Tatbestand der sog. culpa in contrahendo (d.h. eines gegen Treu und Glauben verstossenden Verhaltens während der Vertragsverhandlungen) handelt (BGE 125 III 88, 127 III 377).
- 204 Dabei wird der Kreis von Normen, die *ausschliesslich* dem Gläubigerschutz dienen sollen, in der Gerichtspraxis eng gefasst. Nach der Auffassung des Bundesgerichtes dient z.B. auch die Kapitalschutzbestimmung von OR 725 (Pflicht zur Benachrichtigung des Richters/Bilanzhinterlegung bei Überschuldung) nicht ausschliesslich dem Gläubigerschutz, was zur Konsequenz hat, dass Schäden, die durch eine Verletzung dieser Pflicht entstanden sind, keine unmittelbare Schädigung der Gläubiger im Sinne der Bundesgerichtspraxis bewirken und daher den geschädigten Gläubigern kein selbständiges Klagerecht vermitteln.
- 205 Die durch eine Praxisänderung im Jahre 1996 initiierte Rechtsprechung zielt darauf ab, im Konkursfall möglichst viele Ansprüche gegen die konkursite Gesellschaft in einem *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit* zu bündeln, so die Gleichbehandlung der Gläubiger zu sichern und einem Klagewettlauf vorzubeugen (vgl. BGE 122 III 189 ff, 125 III 88 und BGE 128 III 183). Dieses in praktischer Hinsicht sinnvolle Ziel wird erreicht, freilich mit dogmatisch fragwürdigen Mitteln. In neuesten Entscheiden hat das Bundesgericht korrekt festgestellt, dass diese Praxis eine Einschränkung der Aktivlegitimation be-

deutet und nur bei konkurrierenden Ansprüchen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zum Tragen kommt (Urteil 4C.48/2005 und 4C.111/2004).

b) In der Lehre wird angenommen, dass die entsprechende Einschränkung des Klagerechts auch für *Aktionäre* gilt. (Einschlägige Entscheide fehlen bis anhin, da Aktionärsklagen im Konkurs äusserst selten sind, vgl. Rz. 208.) 206

2.2. Die Gesellschaft

Im Konkurs der Gesellschaft steht der Entscheid über Verantwortlichkeitsklagen der *Konkursverwaltung* und – falls ein solcher eingesetzt ist – dem Gläubigerausschuss zu, und die Forderung aus dem Recht der Gesellschaft geht im Anspruch der durch die Konkursorgane vertretenen *Gläubigergesamtheit* auf. 207

2.3. Die Aktionäre (und Partizipanten)

Neben den im Lichte der Bundesgerichtspraxis wenigen praktisch vorstellbaren Konstellationen der unmittelbaren Schädigung eines Aktionärs, die weiterhin – auch im Konkurs – von den Aktionären selbständig eingeklagt werden kann, fallen sämtliche Ansprüche in den einheitlichen Anspruch, der von der Konkursverwaltung geltend zu machen ist (vgl. Rz. 205). Verzichtet diese auf eine Klage, «so ist hierzu jeder Aktionär [...] berechtigt» (OR 757 II, vgl. Rz. 200). Das Ergebnis dient gemäss derselben Bestimmung vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger. Nur ein Überschuss – nach vollständiger Deckung aller gleichzeitig klagenden Gläubiger – käme den klagenden Aktionären zugute, und da ein solcher in aller Regel nicht zu erwarten ist, sind Aktionäre kaum je an Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs interessiert. 208

2.4. Die Gläubiger

Anders als vor dem Konkurs der Gesellschaft sind die Gläubiger nach dessen Eintritt berechtigt, Schadenersatz zu verlangen (vgl. vorn Rz. 198). 209

Abgesehen von den wenigen denkbaren Fällen, in denen auch nach neuer Bundesgerichtspraxis ein unmittelbarer Gläubigerschaden vor- 210

liegt (vgl. Rz. 203), werden sämtliche Ansprüche der Gläubiger in einem *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit* zusammengefasst (vgl. BGE 117 II 435 ff, bestätigt etwa in BGE 122 III 168 f, 189 f, 201). Dieser Anspruch wird durch die Konkursverwaltung geltend gemacht (OR 757 I, vgl. Rz. 200), und allfällige Schadenersatzleistungen fallen in die Konkursmasse, womit sie zur partiellen Befriedigung aller Gläubiger nach den Regeln des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) einzusetzen sind. Vgl. dazu SchKG 219, wo die Rangordnung der Gläubiger – zunächst zu befriedigen sind pfandgesicherte Forderungen, dann die nicht pfandgesicherten Forderungen gemäss der gesetzlich bestimmten Einteilung in Klassen – geregelt ist.

- 211 Verzichtet die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung der Ansprüche, so ist jeder einzelne Gläubiger hierzu berechtigt (OR 757 II). Er kann die Abtretung nach SchKG 260 verlangen. Mehrere Abtretungsgläubiger bilden diesfalls eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft (BGE 121 III 494). Dabei wird ihnen das Recht gewährt, unabhängig voneinander Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten oder auf eine Weiterführung des Prozesses ohne Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger zu verzichten. Die Gläubiger, welche einen Anspruch klageweise durchsetzen wollen, haben sich abzusprechen. Stehen verschiedene Gerichtsstände zur Verfügung oder vermögen sich die prozesswilligen Abtretungsgläubiger auf ein prozessual abgestimmtes Vorgehen nicht zu einigen, so ist es Sache der Konkursverwaltung, auf entsprechendes Begehren eines Gläubigers die erforderlichen Weisungen zu erteilen, um ein gemeinsames prozessuales Vorgehen sicherzustellen. Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob der Gläubiger, der im Konkurs der Gesellschaft den mittelbaren Schaden klageweise geltend machen will, den Anspruch gestützt auf OR 757 II direkt, d.h. ohne Abtretung nach SchKG 260 geltend machen kann. Auch hier dürfte es Sache der Konkursverwaltung sein, auf Antrag bei mehreren prozesswilligen Gläubigern ein gemeinsames prozessuales Vorgehen sicherzustellen.

V. Wer hat welchen Schaden zu ersetzen?

1. Schadenersatzbemessung

Das schweizerische Recht – und insbesondere auch das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht – geht vom Grundsatz aus, dass ein Haftpflichtiger den *ganzen Schaden* (aber auch nur diesen und nicht mehr, vgl. vorn Rz. 86) zu ersetzen hat. Doch gibt es eine Reihe von Gründen, die zu einer *Herabsetzung der Ersatzpflicht* und damit zu einem nur teilweisen Ersatz des Schadens oder sogar zu einem Ausschluss der Schadenersatzpflicht führen können:

a) Gemäss OR 44 I kann der Richter die *Ersatzpflicht ermässigen* oder von ihr *ganz absehen*, wenn «Umstände», für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben:

OR 44

Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.

Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermässigen.

Herabsetzungsgrund nach OR 44 I ist in erster Linie das *Selbstverschulden des Geschädigten*.

Ein solches kann nicht nur zu einer Reduktion, sondern auch zum völligen Ausschluss der Schadenersatzpflicht führen. Bei Einwilligung des Geschädigten ist in aller Regel eine Ersatzpflicht zu verneinen – wenn man nicht annimmt, dass jemand, der in eine Handlung einwilligte, durch diese gar nicht geschädigt ist (vgl. vorn Rz. 180).

- Ein Gläubiger und Aktionär, der als materielles Organ um eine fiktive Liberierung des Aktienkapitals gewusst hat, kann daraus keine Schadenersatzansprüche ableiten.
- Keine Ersatzpflicht besteht gegenüber Gläubigern, die trotz Ausbleibens jeglicher Rentabilität die Gesellschaft ermunterten und damit veranlassten, den Betrieb trotz Überschuldung fortzusetzen.

- 216 Eine Herabsetzung der Ersatzpflicht kann auch erfolgen, wenn der Geschädigte nicht das ihm Zumutbare unternommen hat, um den Schaden klein zu halten oder zu vermindern (Unterlassung der sog. *Schadenminderungspflicht*).
- 217 b) Nach OR 43 I hat der Richter bei der Schadenersatzbemessung «*die Grösse des Verschuldens*» des Schädigers zu würdigen:

OR 43 I

Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.

- 218 Liegt nur *leichte Fahrlässigkeit* vor, so kann der Richter Ersatz nur für einen Teil des Schadens zusprechen.
- 219 Auf die Geringfügigkeit seines Verschuldens kann sich ein Ersatzpflichtiger unabhängig davon berufen, ob neben ihm noch weitere Personen solidarisch haftbar sind. Diese eigentlich selbstverständliche, vom Bundesgericht in seiner früheren Praxis aber abgelehnte Regel ist nun in OR 759 I (vgl. Rz. 229) explizit verankert.
- 220 c) Bei einer *unangemessen niedrigen Entschädigung* oder bei uneigennütziger Tätigkeit kann die Ersatzpflicht nach allgemeinem Haftpflichtrecht ebenfalls herabgesetzt werden:

OR 99 II

Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

- 221 Denkbar ist diese Herabsetzung allenfalls bei der Übernahme eines Verwaltungsratsmandats oder der Funktion der Revisionsstelle als Freundschaftsdienst, wie es trotz gesteigerten Risikobewusstseins noch immer vorkommt. Doch könnte die ehrenamtliche oder nicht angemessen entschädigte Ausübung des Mandats – wenn überhaupt – nur gegenüber der Gesellschaft und Aktionären, die über die besonderen Umstände informiert sind, geltend gemacht werden, nicht aber gegenüber anderen Aktionären und Gläubigern.
- 222 d) Weiter kommt eine Herabsetzung der Ersatzpflicht gemäss OR 43 I (vgl. Rz. 217) wegen *besonderer Umstände in der Person des Schädigers* (also des seinen Pflichten nicht nachkommenden Verwaltungsratsmitglieds oder Inhabers der Revisionsstellenfunktion) in Frage.

- Litt der Verantwortliche an einer Krankheit, die seine Fähigkeiten einschränkte, kommt eine Herabsetzung in Betracht.
- Allenfalls müsste auch eine Notlage i.S.v. OR 44 II, in die der Haftpflichtige durch vollen Schadenersatz versetzt würde, berücksichtigt werden. Aus der Gerichtspraxis sind keine einschlägigen Entscheide bekannt, doch ist das Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit beim Abschluss von Vergleichen vielfach ausschlaggebend: Die Schadenersatzsumme wird bei vergleichsweiser Erledigung oft so festgelegt, dass sie für die verantwortliche Person tragbar ist.
- Keine Herabsetzung soll jedoch wegen fehlender Kenntnisse, Zeitmangels oder fiduziarischer Tätigkeit erfolgen (vgl. Rz. 138 ff), wobei allenfalls eine Ausnahme im Verhältnis zur Gesellschaft und ihrem Alleinaktionär zu machen ist, da – bzw. soweit – diese um die besonderen Umstände wussten.
- Der Treugeber (Fiduziant) hat keinerlei Ersatzansprüche, soweit das treuhänderisch tätige Verwaltungsratsmitglied lediglich dessen Anweisungen folgte (vgl. Rz. 141).

e) *Drittverschulden* und *konkurrierender Zufall* stellen im allgemeinen Haftpflichtrecht nur ganz ausnahmsweise Reduktionsgründe dar. Theoretisch ist deren Berücksichtigung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit denkbar, doch scheinen in der Praxis diese Reduktionsgründe noch nie angewendet worden zu sein. 223

Das Mitverschulden eines *anderen solidarisch Haftpflichtigen* bildet in aller Regel keinen Reduktionsgrund. Vielmehr trifft die solidarisch Haftpflichtigen je individuell eine Ersatzpflicht in der Höhe ihrer Verursachung und unter Berücksichtigung ihres (eigenen) Verschuldens. (Theorie geblieben ist im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht auch die in der Literatur diskutierte Möglichkeit, eine Ersatzpflicht gänzlich zu verneinen, weil das Verschulden eines anderen derart überwog, dass der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen wurde.) 224

f) Die vorstehend beschriebenen Möglichkeiten einer Reduktion der Schadenersatzpflicht sind zwar theoretisch bedeutsam, doch *wirken sie sich in der Praxis oft nicht aus*, weil der *Schaden derart hoch* ist, dass auch eine allfällige Reduktion die Schadenersatzpflicht nicht auf ein erträgliches Mass zurückführen würde. Die Höhe der Leistung der Schadenersatzpflichtigen bestimmt sich daher vielfach weniger aufgrund der erwähnten Kriterien, sondern nach ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit. Dabei spielt nicht selten (und bei Revisionsgesellschaften regelmässig) die Höhe der *Versicherungsdeckung* eine zentrale Rolle. 225

2. Solidarität und Rückgriff

- 226 Die Ersatzpflicht mehrerer Schädiger gegenüber den Geschädigten – im *Aussenverhältnis* also – bestimmt sich nach den Regeln der *Solidarität* (dazu Ziff. 2.1, Rz. 229). Davon zu unterscheiden ist die definitive Verteilung der Ersatzleistungen auf die Schädiger im Verhältnis untereinander, dem *Innenverhältnis*. Diese kann zu einer Korrektur der im Aussenverhältnis erbrachten Leistungen durch *Rückgriffsrechte* führen (dazu Ziff. 2.3, Rz. 234 ff).
- 227 Die solidarische Haftung, wie sie im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht vorgesehen ist, hat zum Ziel, die *Gläubiger bestmöglich zu schützen*. Diese können sich aus mehreren Schuldnern den zahlungskräftigsten aussuchen und von diesem den Ersatz des *Gesamtschadens* verlangen (soweit er nicht eine Reduktion seiner Schadenersatzpflicht aufgrund der vorstehend in Rz. 213 ff skizzierten Regeln verlangen kann). Sie haben aber auch die Möglichkeit, gegen mehrere oder alle solidarisch Haftpflichtigen vorzugehen und von jedem von ihnen Zahlungen (im Rahmen seiner Möglichkeiten) zu verlangen, bis der Gesamtschaden gedeckt ist.
- 228 Mittels *Rückgriffs* können die in Anspruch Genommenen von den übrigen Haftpflichtigen diejenigen Beträge zurückverlangen, die sie über den ihnen aufgrund der Umstände und der Höhe ihres Verschuldens intern anzulastenden Anteil hinaus bezahlt haben.

2.1. Solidarität im Aussenverhältnis

- 229 Mehrere aus aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht Ersatzpflichtige haften solidarisch. Das heisst, dass jeder Verantwortliche für den gesamten Ersatzanspruch einstehen muss, soweit er ihn adäquat kausal (mit)verursacht hat und er sich nicht auf sein geringes Verschulden berufen kann.

OR 759 I

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.

2.2. Geltendmachung des Gesamtschadens

Eine weitere, aktienrechtsspezifische Erleichterung des Klagerechts 230
findet sich in OR 759 II:

OR 759 II

Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtscha-
den einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren
die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.

Der Kläger braucht sich also nicht darum zu kümmern, dass die einzel- 231
nen solidarisch Haftpflichtigen allenfalls wegen Unterschieden in der
Kausalität und im Verschulden in unterschiedlicher Höhe ersatzpflich-
tig sind. Vielmehr kann er mehrere Beteiligte gemeinsam für den *Ge-
samtschaden* einklagen, den diese *insgesamt* verursacht haben. Es ob-
liegt dann dem Richter zu entscheiden, bis zu welchem Betrag jeder
einzelne Haftpflichtige gegenüber dem Kläger ersatzpflichtig ist.

Folge der Solidarität ist es, dass womöglich insgesamt mehr als der 232
Gesamtschaden zugesprochen wird. Der Kläger kann dann jeden Haft-
pflichtigen bis zu der für ihn vom Richter festgelegten Summe verfol-
gen, insgesamt aber immer nur die Begleichung des Gesamtschadens
verlangen. Ist dieser gedeckt, kann er die weiteren ihm zugesprochenen
Ersatzansprüche nicht mehr geltend machen.

Beispiel: Die Höhe des Gesamtschadens beträgt 100. Der Richter bestimmt, dass 233
aufgrund ihres jeweiligen Verschuldens und des Kausalzusammenhangs der
kriminelle Direktor A für 100, das seiner Aufgabe nicht gewachsene Verwaltungs-
ratsmitglied B für 60 und schliesslich die gleichermassen fahrlässig agierende
Revisionsstelle C für 40 haftbar gemacht werden können. Da der Geschädigte ins-
gesamt nur 100 ersetzt erhält, wird er der Einfachheit halber die Durchsetzung des
Urteils gegenüber A (allein) erzwingen, falls dieser zahlungsfähig ist. Ist A mittel-
los, wird er gegenüber B und C vorgehen und von ihnen die jeweils geschuldeten
Beträge einfordern. Ist die Zahlungsfähigkeit aller drei Haftpflichtigen fragwür-
dig, wird der Geschädigte versuchen, durch Zwangsvollstreckung gegen alle drei
Haftpflichtige insgesamt ein Optimum zu erzielen.

2.3. Rückgriff im Innenverhältnis

Die Privilegierung der Geschädigten hat zur Folge, dass einzelne Haft- 234
pflichtige allenfalls mehr leisten müssen als den Anteil, der ihnen im
Kreise der Schädiger fairerweise zuzuweisen ist, während andere nicht
zur Kasse gebeten werden – sei es, weil der Geschädigte darauf ver-

zichtet hat, sie einzuklagen, sei es, weil es nicht zur Vollstreckung des Urteils kommt, weil der Schaden durch die Leistungen anderer Haftpflichtiger bereits voll gedeckt worden ist. Es muss daher ein Ausgleich im Innenverhältnis stattfinden, was auf dem Wege des sog. *Rückgriffs* oder *Regresses* geschieht. Dazu bestimmt OR 759 III:

OR 759 III

Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt.

- 235 Der Richter hat also die Schadenersatzleistung intern auf die verschiedenen Haftpflichtigen zu verteilen. Wer *extern* – aufgrund der Regeln der Solidarität – mehr bezahlt hat, als *intern* – im Kreise der Haftpflichtigen – seinem Anteil entspricht, kann von den übrigen Haftpflichtigen den von ihm zuviel bezahlten Betrag fordern.
- 236 Der Richter hat – entsprechend allgemeinem Haftpflichtrecht – «in Würdigung aller Umstände» zu entscheiden. Massgebend sind in erster Linie die Grösse des Verschuldens, daneben auch etwa die Honorierung, die hierarchische Stellung und die damit verbundenen Anforderungen an die einzelnen Verantwortlichen. Als absolute Grenze steht stets fest, dass kein Ersatzpflichtiger mehr zu leisten hat, als er an Schaden durch sein eigenes Verhalten adäquat kausal verursacht hat (vgl. Rz. 229).
- 237 Im Beispiel von Rz. 233 wird der Richter dem B und dem C ein Rückgriffsrecht im vollen Betrag der von ihnen erbrachten Leistungen gegenüber A einräumen, da dieser absichtlich, B und C dagegen nur fahrlässig gehandelt haben. A wird dagegen in keinem Fall Rückgriff auf B und C nehmen können, da es im Innenverhältnis nicht angemessen wäre, wenn diese den durch kriminelles Verhalten des A verursachten Schaden mittragen müssten. Ist A zahlungsunfähig oder nicht auffindbar und haben B und C im Aussenverhältnis 60 bzw. 40 bezahlt, gibt es keine Rückgriffsmöglichkeiten, da beide den ihnen anzulastenden Maximalbetrag geleistet haben.
- 238 Ist ein solidarisch Haftpflichtiger zahlungsunfähig, dann müssen die anderen den Ausfall entsprechend dem ihnen zukommenden Anteil tragen (vgl. das Beispiel gemäss vorstehender Rz.).

2.4. Würdigung

- 239 Im Ergebnis führt das Zusammenspiel von Solidarität und Rückgriff theoretisch dazu, dass jede verantwortliche Person diejenige Quote des

Schadens tragen muss, die ihrem Anteil aufgrund der Umstände und insbesondere der Höhe ihres Verschuldens entspricht. Doch werden die Geschädigten in zweierlei Hinsicht begünstigt:

- Sie brauchen sich nicht um die internen Verhältnisse unter den Verantwortlichen zu kümmern. Es steht ihnen frei, alle oder auch nur einzelne bzw. einen von ihnen für den vollen Schaden einzuklagen (letzteres freilich mit dem Risiko, dass der Eingeklagte erfolgreich eine Minderung seiner Schadenersatzpflicht geltend macht). 240
- Das Risiko der Zahlungsunfähigkeit einzelner Schädiger wird von den Geschädigten auf die Gruppe der Schädigenden verlagert (vgl. das Beispiel in Rz. 233). 241

3. Exkurs: Überwälzung des Haftungsrisikos

Mittlerweile ist – zumindest in den einschlägigen Kreisen – allgemein bekannt, dass die Übernahme eines Verwaltungsrats- oder Revisionsstellenmandats keine Sinekure ist, sondern dass sie erhebliche Risiken mit sich bringt. Der gesteigerten Sensibilität entspricht ein erhöhtes Bedürfnis nach Absicherung. Dafür gibt es insbesondere die beiden Möglichkeiten 242

- einer Schadloshaltungserklärung (vgl. Ziff. 3.1, Rz. 243 ff) und
- der Versicherungsdeckung (vgl. Ziff. 3.2, Rz. 249 ff).

3.1. Schadloshaltungsklauseln

a) In der Praxis werden – insbesondere von fiduziarisch tätigen Verwaltungsratsmitgliedern – Treuhandverträge abgeschlossen, die eine *Schadloshaltungsklausel* enthalten. Darin verpflichtet sich der Auftraggeber – etwa die Muttergesellschaft in einem Konzern oder der Alleinaktionär in einer Einpersonengesellschaft –, die Organperson schadlos zu halten, falls sie verantwortlich gemacht werden sollte. 243

Beispiel: «Der Beauftragte hat bei der Ausübung seines Mandats als Mitglied des Verwaltungsrates der XY-Gesellschaft die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, soweit sie nicht Gesetz oder guten Sitten widersprechen. 244

Der Auftraggeber wird den Beauftragten vollständig schadlos halten von allen Ansprüchen, welche gegen den Beauftragten im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat der XY-Gesellschaft erhoben werden, und er wird den Beauftragten für alle Kosten, Verluste und Schäden entschädigen, welche dem Beauftragten im Zusammenhang mit der vertragsgemässen Ausübung des Mandats entstehen.»

- 245 b) Solche Verpflichtungen zur Schadloshaltung sind grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien wirksam. Bei Einpersonengesellschaften und insbesondere bei zu 100% beherrschten Konzerntochtergesellschaften dürften sie auch gegen Ansprüche der Gesellschaft schützen (dazu vorn Rz. 180, 183). Keine Wirkung entfalten sie dagegen nach aussen – gegenüber nicht zum Konzern gehörenden Aktionären und insbesondere gegenüber den Gläubigern. Diese können bei schuldhafter Pflichtverletzung unverändert Ansprüche geltend machen (vgl. Rz. 181 f).
- 246 Die Organperson bleibt also verantwortlich und – bei schuldhafter Pflichtverletzung – schadenersatzpflichtig, doch kann sie aufgrund der Freistellungsklausel vom Treugeber verlangen, dass dieser die Schadenersatzforderung und die Kosten der Abwehr von Ansprüchen übernimmt. Damit ist auch offenkundig, dass eine solche Klausel nur dann etwas nützt, wenn der *Garant selber zahlungsfähig* ist. Gerade im Konkurs einer Gesellschaft – und damit in der Konstellation, in welcher Verantwortlichkeitsansprüche in aller Regel geltend gemacht werden – ist aber oft auch der Auftraggeber selbst überschuldet. Die Schadloshaltungsklausel ist dann wertlos.
- 247 c) Vereinzelt werden Schadloshaltungserklärungen auch *von der Gesellschaft selbst*, in der jemand als Organperson tätig ist, abgegeben. Solche Klauseln sind *unwirksam*, da sie gegen zwingendes Verantwortlichkeitsrecht (vgl. Rz. 5) verstossen.
- 248 Wirksam ist dagegen – nach freilich nicht ganz unbestrittener Auffassung – die Verpflichtung der Gesellschaft, die Kosten für die Abwehr von Ansprüchen Dritter zu tragen. Zulässig ist es nach absolut herrschender Ansicht auch, dass die Gesellschaft ihre Organpersonen gegen Verantwortlichkeitsansprüche versichert:

3.2. Versicherungsdeckung

a) Aufgrund der gestiegenen Haftungsrisiken – und vor allem des erhöhten *Bewusstseins* solcher Risiken – hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten die Nachfrage nach Versicherungsdeckung massiv erhöht. 249

b) Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, die Haftungsrisiken durch eine *Vermögensschaden-Haftpflicht-Versicherung* abzudecken: 250

- Die Gesellschaft schliesst für alle ihre Führungsorgane pauschal eine *Organhaftpflicht-Versicherung* («Directors' and Officers' Liability Insurance», «D&O-Versicherung») ab. Diese Versicherung zeichnet sich durch grosse Flexibilität und weitreichenden Versicherungsschutz aus. Allein der schweizerische Versicherungsmarkt kann für internationale Konzerne Versicherungssummen von über CHF 100 Millionen bereitstellen.
- Einzelne Mandate können durch *individuelle Verträge* abgedeckt werden: Meistens sind dies Erweiterungen zu einer Berufshaftpflicht-Versicherung für Anwälte, Notare oder Treuhänder. Die Deckungssummen bewegen sich im einstelligen Millionenbereich. Zudem enthalten sie Einschränkungen, die in einer pauschalen D&O-Versicherung nicht enthalten sind.
- Wirtschaftsprüfer bzw. Revisoren versichern ihre Risiken durch umfassende *Berufshaftpflicht-Versicherungen*. Diese können sich bei international tätigen Wirtschaftsprüfern auf über CHF 100 Millionen erstrecken.

Ergänzt sei, dass sich die Mitglieder von Stiftungsräten von Personalvorsorgestiftungen nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) in neuerer Zeit – wegen der sinkenden Deckungsgrade von Personalvorsorgeeinrichtungen und des deshalb als höher empfundenen Risikos – ebenfalls häufiger versichern lassen. Sie können sich in der Organhaftpflicht-Versicherung der Arbeitgebergesellschaft mitversichern lassen oder eine eigene pauschale Versicherung abschliessen. 251

Die *Organhaftpflicht-Versicherung* (D&O-Versicherung) ist die gebräuchlichste Form der Versicherung aus aktienrechtlicher Haftung. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf diese. 252

- 253 c) D&O-Versicherungen werden von der *Gesellschaft* abgeschlossen. Diese ist also *Versicherungsnehmerin*, und sie bezahlt die Prämien, womit auch schon der Kernpunkt der gelegentlich geäusserten Kritik angesprochen ist:
- 254 Es sind dies dogmatische Bedenken, denn letztlich führt dieses Konzept dazu, dass die Aktionäre die finanziellen Konsequenzen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Organen tragen, obwohl das Gesetz die Organpersonen persönlich haftbar macht. Doch ist heute weit überwiegend anerkannt, dass die Bezahlung des Risikotransfers durch die Gesellschaft (und damit indirekt durch die Aktionäre) auch der Gesellschaft selbst und dem Aktionariat zugute kommt und somit die *Kritik am Abschluss von D&O-Versicherungen verfehlt* ist:
- Hochqualifizierte Personen können sich zur Übernahme eines Mandats als Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates allenfalls nur dann bereit erklären, wenn ihnen Versicherungsschutz gewährt wird. Dies trifft vor allem für international tätige Unternehmen zu, bei welchen ein Risiko besteht, nach einem nicht bekannten ausländischen Recht eingeklagt zu werden. Ohne angemessenen Risikoschutz kann es auch schwierig sein, geeignete Personen für Mandate in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen von Tochtergesellschaften im Ausland zu finden.
 - Stellt die Gesellschaft Versicherungsschutz nicht zur Verfügung, dann werden sich die Mitglieder des Verwaltungsrates und allenfalls auch der Geschäfts- bzw. Konzernleitung veranlasst fühlen, sich durch den Abschluss von Individualversicherungen selbst zu schützen. Dies ist teurer, und die entsprechenden Kosten würden – durch Erhöhung der Entschädigung – letztlich doch *auf die Gesellschaft überwälzt*. Auch sind solche Versicherungen nur beschränkt erhältlich.
 - Fehlt ein Schutz gegen (oft als ungerecht empfundene) Risiken, dann könnten sich Geschäftsleitung und Verwaltungsrat *übermässig risikoavers* verhalten und so aus persönlichem Interesse attraktive Geschäftschancen nicht wahrnehmen.
- 255 d) Es wurden vereinzelt auch Zweifel angebracht, ob die für die Gesellschaft handelnden Organe überhaupt befugt sind, eine D&O-Versicherung für sich selber abzuschliessen. Kritisch wurde vorgetragen, es könnte dies *vom Gesellschaftszweck nicht gedeckt* sein oder es liege letztlich ein *unzulässiges Selbstkontrahieren* vor.

Die Kompetenz zum Abschluss einer D&O-Versicherung ist unseres Erachtens jedoch bereits in der Befugnis des Verwaltungsrates enthalten, die Entschädigung seiner Mitglieder in eigener Kompetenz festzusetzen. (Zwar können die Statuten festlegen, dass die Vergütung des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung zu beschliessen ist. Von dieser Möglichkeit wird aber kaum je Gebrauch gemacht, weshalb die Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates – dazu vorn Rz. 97 – Anwendung findet.) Die Bezahlung der Versicherungsprämie kann als Teil der Entschädigung der Führungsorgane betrachtet werden, müsste doch ohne Versicherungsschutz eine «Risikoprämie» bezahlt werden. Soweit die D&O-Versicherung die Mitglieder der Geschäfts- oder Konzernleitung deckt, liegt ohnehin kein Selbstkontrahieren vor. Und dass die Bereitstellung eines angemessenen Schutzes vor Risiken zugunsten der Organe zum – nach unbestrittener Ansicht weit zu verstehenden – Gesellschaftszweck einer AG gehört, versteht sich eigentlich von selbst.

e) Die Merkmale einer D&O-Versicherung sind:

256

- Versichert sind meist alle *ehemaligen, gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder* der Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen sowie «De facto»-Organe der Mutter- sowie aller Tochtergesellschaften weltweit.
- Der Vertrag beruht auf dem «*Claims-made*»-Prinzip, d.h. alle während der Versicherungsdauer geltend gemachten Ansprüche sind versichert. Der Zeitpunkt der fehlerhaften Handlung oder Unterlassung ist unerheblich, sofern der Versicherungsnehmer auf die lückenlose Kontinuität des Vertrags achtet.
- *Abwehrkosten* werden meistens durch den Versicherer vorgeschossen.
- Von der Versicherung ausgeschlossen werden grundsätzlich Ansprüche aufgrund vorsätzlicher oder wissentlicher Verletzung gesetzlicher Bestimmungen oder aufgrund der unrechtmässigen Erlangung von Vorteilen.
Weitere individuelle Ausschlüsse betreffen Umweltrisiken, Personalvorsorgeeinrichtungen oder Ansprüche im Zusammenhang mit Diskriminierung oder unrechtmässiger Entlassung von Angestellten.
- Je nach Konzept übernimmt der Versicherer die Verteidigung des Anspruchs, oder aber die Pflicht zur Verteidigung obliegt dem Versi-

cherten selbst. Die Versicherten sind in jedem Fall verpflichtet, mit dem Versicherer eng zusammenzuarbeiten und das Vorgehen im Schadenfall mit ihm abzusprechen.

- Die Berechnungsgrundlagen für die Prämienhöhe sind Grösse und Tätigkeit der Gesellschaft, deren Exponiertheit in den USA bezüglich Niederlassungen sowie allfällig in den USA ausgegebener Wertpapiere. Von grosser Wichtigkeit sind zudem die Liquidität, Profitabilität und Stabilität der Gesellschaft. Weiter spielen die Eigentumsverhältnisse sowie der organisatorische Aufbau der Gesellschaft eine Rolle.

257 Ergänzt seien die folgenden praktischen Hinweise:

- In der Praxis oft vernachlässigt, jedoch von hoher Bedeutung ist die sorgfältige Vervollständigung des Antrags sowie die Unterbreitung aller für die Versicherung relevanten Unterlagen. Sind die Angaben bzw. Unterlagen nicht vollständig oder entsprechen sie nicht der Wahrheit, so kann der Versicherer die Deckung ganz oder teilweise für ungültig erklären. Der dem Antrag beizulegende Geschäftsbericht erlangt in diesem Zusammenhang eine zentrale Bedeutung.
- Die versicherten Organpersonen sollten auf dem Recht bestehen, Ansprüche selbst anzeigen zu können, da im Schadenfall die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin ein Interesse daran haben kann, die Meldung zu vermeiden, weil eine solche zu einer Verteuerung des Versicherungsschutzes führen kann.
- Es ist zweckmässig, für den Vertragsabschluss einen (der wenigen) auf D&O-Versicherungen spezialisierten *Broker* beizuziehen. Davon unabhängig sollten die Vertragsbedingungen in *rechtlicher Hinsicht* sorgfältig überprüft werden.
- Vermehrt bestehen die Versicherer auf jährlich wiederkehrenden Treffen mit dem Chief Executive Officer oder Chief Financial Officer der Versicherungsnehmerin, um Informationen zu unternehmenswichtigen Aspekten wie Corporate Governance, Rechnungsführung sowie strategische Ausrichtung zu erhalten.

258 h) Wegen der Haftungsausschlüsse verbleiben – worüber sich die Versicherten oft nicht im Klaren sind – trotz einer D&O-Versicherung *Restrisiken*, für die kein Versicherungsschutz besteht und die folglich von den Verantwortlichen selbst zu tragen sind. Insbesondere ist das

klassische «Unternehmerrisiko» nicht versicherbar. Trotzdem liegt der Abschluss einer D&O-Versicherung zweifellos im Interesse der Führungsorgane und zumeist auch in dem der Gesellschaft und ihrer Aktionäre.

i) Die *Kosten der Versicherungsdeckung* widerspiegeln das erhöhte Haftungsrisiko: Die Prämien sind in den letzten Jahren im Vergleich zu anderen Versicherungen stark angestiegen. Auch kann es in Grossunternehmen schwierig sein, überhaupt angemessene Versicherungsdeckung zu erhalten. 259

VI. Prozessuales

Prozessuale Bestimmungen zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht sind teils im Obligationenrecht, teils im Gerichtsstandsgesetz (GestG) enthalten. 260

Im Übrigen finden bis auf weiteres – d.h. bis in einigen Jahren die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft treten wird – die kantonalen Zivilprozessordnungen Anwendung. 261

In internationalen Verhältnissen sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) und des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) zu beachten. 262

1. Gerichtsstand

1.1. National

a) Die Bestimmung von Art. 29 des Gerichtsstandsgesetzes ersetzt den bisherigen OR 761, der mit dem Inkrafttreten des GestG aufgehoben worden ist, und lässt dem Kläger die Wahl, Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Schadenersatzpflichtigen entweder an deren Wohnsitz bzw. Sitz oder am Sitz der Aktiengesellschaft anhängig zu machen. 263

GestG 29

Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig.

In der Praxis dürfte die Klageanhebung am Sitz der Gesellschaft die Regel bleiben, namentlich bei einer Mehrzahl von Beklagten, obwohl das Gerichtsstandsgesetz neue Möglichkeiten eröffnet. 264

GestG 7 I

Richtet sich die Klage gegen mehrere Streitgenossen, so ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig.

GestG 7 I ermöglicht es dem Kläger – zusätzlich zu den in GestG 29 gewährten Möglichkeiten –, am Wohnsitz oder Sitz *eines* Haftpflichtigen auch *weitere* Haftpflichtige ins Recht zu fassen. 265

- 266 b) GestG 29 ist nicht zwingendes Recht. Es kann daher – durch statutarische oder vertragliche Bestimmung – auch ein vom Gesetz abweichender Gerichtsstand festgelegt werden. Umstritten ist jedoch, wieweit solche Gerichtsstandsklauseln Aktionäre, Gesellschaftsgläubiger und die Konkursverwaltung binden.
- 267 c) Sodann können Verantwortlichkeitsklagen unter bestimmten Voraussetzungen auch einer *schiedsgerichtlichen Entscheidung* unterworfen werden.
- 268 d) Eine besondere Regelung gilt für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen aus Umstrukturierungen:

GestG 29a Für Klagen, die sich auf das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 stützen, ist das Gericht am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger zuständig.

1.2. International

- 269 a) Soweit kein eurointernationales Verhältnis vorliegt (d.h. in Fällen, wo das LugÜ keine Anwendung findet), sind für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit alternativ die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz (bzw. am gewöhnlichen Aufenthaltsort) des Beklagten zuständig (IPRG 151 I und II). Da dem IPRG der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft fremd ist, können am letzteren Gerichtsstand weitere Beklagte mit Wohnsitz im Ausland nicht eingeklagt werden.
- 270 b) Das im eurointernationalen Verhältnis Anwendung findende LugÜ enthält keine besondere Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft. Massgeblich sind daher die allgemeinen Zuständigkeitsgründe gemäss LugÜ 2 ff. Anders als das IPRG stellt LugÜ 6 Nr. 1 für den eurointernationalen Bereich einen gemeinsamen Gerichtsstand am Wohnsitz eines Streitgenossen zur Verfügung, so dass im Regelfall ein Gerichtsstand in der Schweiz zur Einklagung aller Haftpflichtigen gegeben ist.

2. Streitwert und Kostenfolgen

- 271 a) Da sich die Verfahrenskosten nach dem *Streitwert* – und damit bei bloss mittelbarer Schädigung nach dem eingeklagten Gesamtschaden und nicht nach dem für den Kläger letztlich zu erwartenden Vermö-

gensvorteil (dazu vorn Rz. 197) – bemessen, ist das Kostenrisiko des klagenden Aktionärs erheblich und steht oft in keinem vernünftigen Verhältnis zu seinen Chancen. Dem sucht der Gesetzgeber dadurch zu begegnen, dass der Richter die Kosten – entgegen der allgemeinen Regel, wonach die unterliegende Partei kostenpflichtig wird – allenfalls nach seinem Ermessen der Gesellschaft auferlegen kann, wenn die Klage abgewiesen wird:

OR 756 II

Hatte der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft.

Diese Bestimmung kommt nur bei Klagen aus mittelbarer Schädigung – mit Leistung an die Gesellschaft – zum Zug. Sie erfasst nach herrschender, aber nicht unbestrittener Ansicht nicht nur die Gerichtsgebühr, sondern auch Prozessentschädigungen für die Parteien. «Begründeten Anlass zur Klage» hat ein Aktionär nur, wenn er vorgängig die aktienrechtlichen Rechtsbehelfe – besonders sein Recht auf Information (OR 696 ff) – angemessen ausgeschöpft hat. 272

b) Die Ausnahmeregel ist gut gemeint, in der Praxis aber von geringer Bedeutung: Da dem Richter Ermessensfreiheit zusteht, bleibt es bei der Unsicherheit über die zu erwartenden Kosten, zumal es noch keine etablierte Praxis gibt. Und zudem besteht zumindest für Kleinaktionäre auch weiterhin ein Missverhältnis zwischen Kostenrisiko und Ertragschancen. 273

Wer nur ein Promille der Aktien in seiner Hand hält – und in grossen Gesellschaften bedeutet dies eine Investition in Millionenhöhe – und wer daher (mittelbar) auch nur mit einem Promille am Prozesserlös partizipiert, dem ist nicht geholfen mit der Hoffnung, im Falle des Unterliegens die Kosten nur zur Hälfte, zu einem Drittel oder vielleicht gar nicht tragen zu müssen. 274

Verantwortlichkeitsklagen von Kleinaktionären werden daher auch künftig aus anderen Gründen als denen der Schadensdeckung angestrengt werden (vgl. vorn Rz. 197). Es ist dies wohl auch richtig, um eine – sowohl für die einzelnen Unternehmen wie auch die Volkswirtschaft insgesamt unerwünschte – Verschiebung der Gewichte von der unternehmerischen zur rechtlichen Ebene verhindern zu können. 275

c) Im Konkurs – und damit in den weitaus meisten Verantwortlichkeitsprozessen – ist OR 756 II bedeutungslos. 276

VII. Exkurs I: Verantwortlichkeit im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht

Ein Blick auf die Praxis zeigt, dass das wohl grösste Haftungsrisiko für 277
Verwaltungsratsmitglieder und allenfalls auch für Inhaber von Revisionsstellenmandaten zumindest bei den zahlenmässig überwiegenden kleineren und mittleren Unternehmen nicht der privatrechtlichen Verantwortung nach Aktienrecht, sondern öffentlich-rechtlichen Haftungsnormen – und zwar besonders der Haftung für Sozialabgaben und Steuern – entspringt. Zudem können Organpersonen auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

In der Tat sind Strafanzeigen gegen ehemalige Organpersonen nicht selten, wobei in aller Regel die Strafanzeige nicht Selbstzweck ist, sondern es darum geht, die Betroffenen unter Druck zu setzen und so die Einwilligung in Schadenersatzzahlungen zu erreichen. Wird dann auf privatrechtlicher Ebene eine Einigung erzielt, dann wird jeweils gegenüber den Strafverfolgungsbehörden eine sog. «Desinteresseerklärung» abgegeben, worauf diese in der Regel das Verfahren einstellen. Trotzdem ist (auch) die strafrechtliche Verantwortlichkeit ernst zu nehmen. 278

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die Verletzung besonders wichtiger aktienrechtlicher Pflichten unterstellt der Gesetzgeber auch einer strafrechtlichen Verantwortung. Diese ist in erster Linie im Strafgesetzbuch (StGB) verankert, daneben auch in Spezialgesetzen. Zu erwähnen sind insbesondere: 279

- Verletzungen der Pflicht des Verwaltungsrates zur Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzplanung können zu einer Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (StGB 158 Ziff. 1), Misswirtschaft (StGB 165 Ziff. 1), Unterlassung der Buchführung (StGB 166), ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher (StGB 325 I) und Urkundendelikten (StGB 251) führen.
- Im Zusammenhang mit der Erstellung des Geschäfts- bzw. des Revisionsberichtes können der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle wegen unwahrer Angaben über kaufmännische Gewerbe (StGB 152), allfälliger Urkundendelikte (StGB 251) sowie wegen ordnungswidri-

ger Führung der Geschäftsbücher (StGB 325 I) strafbar werden.

- Der Verwaltungsrat hat die Aufgabe, eintragungspflichtige Tatsachen dem Handelsregister ordnungsgemäss zu melden. Verfehlungen in diesem Zusammenhang können zu einer Strafbarkeit wegen Erschleichung einer falschen Beurkundung (StGB 253) oder wegen unwahrer Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden (StGB 153) führen. Die Revisionsstelle kann an diesen Delikten in strafbarer Weise teilnehmen.
- Im Konkursfall kommt eine Strafbarkeit des Verwaltungsrates und eine Mitverantwortung der Revisionsstelle aufgrund von speziellen Konkursdelikten (StGB 163–167) in Betracht.
- Die Verletzung von Geheimhaltungspflichten kann eine Strafbarkeit der Revisionsstelle oder des Verwaltungsrates nach einer Vielzahl von Strafbestimmungen zur Folge haben (vgl. insbes. StGB 162, 321, BankG 47).
- Organe börsenkotierter Gesellschaften können sich aufgrund einer Reihe von weiteren Tatbeständen strafbar machen. Neben dem Insiderhandel (StGB 161) und der Kursmanipulation (StGB 161^{bis}) können die verantwortlichen Organe gemäss Börsengesetz auch wegen Verletzung von Meldepflichten (BEHG 41) und Berufsgeheimnissen (BEHG 43) und wegen Verletzungen von Pflichten im Zusammenhang mit öffentlichen Kaufangeboten (BEHG 42) strafbar werden. Zudem stellt der Emissionsprospekt eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne dar, weshalb weitere Delikte in Frage kommen (Urkundendelikte, Betrug).
- Neben der Verletzung des Bankgeheimnisses sanktioniert das Bankengesetz auch die Verletzung weiterer Pflichten durch Organe von Banken mit strafrechtlicher Verantwortung (vgl. BankG 46 ff).
- In diversen Nebengesetzen finden sich Straftatbestände, die Organe von Aktiengesellschaften in Ausübung ihres Amtes erfüllen können (z.B. Delikte nach AFG 69 ff sowie Delikte im Bereich des Steuerrechts und des Sozialversicherungsrechts).

2. Haftung nach Sozialversicherungsrecht

a) Die zentrale Haftungsnorm des Sozialversicherungsrechts ist Art. 280 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG). Diese Bestimmung gilt aufgrund von Verweisungen auch im Bereich der Invalidenversicherung, der Erwerbsersatzordnung, der Familienzulagen in der Landwirtschaft sowie der Arbeitslosenversicherung.

AHVG 52 I

Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen.

Aus dieser Norm hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in einer 281 unseres Erachtens weltfremden und mit dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbarenden, aber hartnäckig bestätigten Praxis faktisch eine *Kausalhaftung für Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer sowie weitere Personen* entwickelt, indem die gesetzliche Regelung in zweierlei Hinsicht erweitert wurde:

- bezüglich der Normadressaten (vgl. lit. b), Rz. 282 f)
- und mit Bezug auf die Einschränkung der Haftpflicht auf Grobfahrlässigkeit (vgl. lit. c), Rz. 284 f): 282

b) Als *Arbeitgeber* und somit *haftpflichtige Personen* gelten nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts auch im Handelsregister eingetragene Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer mit Zeichnungsbefugnis, ja selbst ein Mehrheitsaktionär, der dem Verwaltungsrat Weisungen erteilt. (Eine Haftung des Prokuristen käme nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung je nach den konkreten Obliegenheiten im Innenverhältnis theoretisch ebenfalls in Frage, dürfte aber vom Eidgenössischen Versicherungsgericht nicht bejaht werden. Eine Haftung der Revisionsstelle wird verneint.)

Ohne sich mit der Frage näher auseinandergesetzt zu haben, qualifiziert 283 das Eidgenössische Versicherungsgericht damit Organpersonen als Arbeitgeber, obwohl die Arbeitsverträge nicht mit diesen Personen individuell, sondern mit der Gesellschaft abgeschlossen wurden.

c) Obwohl nach dem Wortlaut von AHVG 52 I eine Haftung nur für *absichtliches* und *grobfahrlässiges Verhalten* besteht, wendet das Eidge- 284

nössische Versicherungsgericht diese Norm faktisch als *Kausalhaftung* an (vgl. BGE 108 V 203, BGE 112 V 159). Grobfahrlässig handelt nach seiner Rechtsprechung,

- wer als einziges Verwaltungsratsmitglied einer kleinen Gesellschaft mit einfacher Verwaltungsstruktur die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge nicht persönlich überwacht;
- ein Verwaltungsratspräsident, der nicht dafür sorgt, dass mit den Löhnen auch die AHV-Beiträge bezahlt werden, wobei das Gericht den Einwand ablehnt, bezüglich der AHV-Abrechnungspflicht seien andere zuständig gewesen;
- wer die AHV-Beiträge zwar vom Lohn abzieht, diese aber nicht abliefert;
- wer sich nicht über die Abrechnungspflicht vergewissert, obwohl dies nach den konkreten Umständen geboten gewesen wäre;
- ein Strohmann in einem Verwaltungsrat, der seine Kontrollpflichten vernachlässigt und sich nicht um die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten (einschliesslich der Pflicht, die Sozialversicherungsbeiträge abzuliefern) kümmert;
- das Mitglied des Verwaltungsrates, das wegen seiner Funktion als Verwaltungsratssekretärin den Geschäftsgang gekannt hat und im Stande gewesen sein musste, die Rechnungen und Berichte zu beurteilen;
- ein Direktor und zugleich Mitglied des Verwaltungsrates einer konkursiten Gesellschaft, der sich nicht um Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gekümmert hat, weil seine Stellung in einer solchen Situation ein Minimum an Aufmerksamkeit und Wachsamkeit erfordere;
- ein ausschliesslich für kaufmännische Belange zuständiges Verwaltungsratsmitglied einer konkursiten Gesellschaft, wenn es keinerlei Massnahmen trifft, die AHV-Beiträge zu bezahlen.

285 Zumindest einzelne der skizzierten Entscheide zeugen von einer Ver-
kennung der unternehmerischen Realität und der Aufgaben des Verwal-
tungsrates. Doch muss mit der etablierten Praxis des Gerichts gelebt
werden, zumal sich dieses aufgrund von Stellungnahmen des Bundes-
rates und einer nationalrätlichen Kommission in seiner bisherigen Pra-
xis bestätigt sieht, obwohl der Gesetzgeber diese nicht in das Gesetz
übernommen hat (BGE 129 V 11). Immerhin ist in einem neuesten Ent-
scheid eine gewisse Einschränkung und die Annäherung an allgemein
geltende Haftpflichtgrundsätze festzustellen. Es bleibt zu hoffen, dass
es sich dabei nicht um einen Einzelfall handelt, sondern um ein Indiz
dafür, dass das Eidgenössische Versicherungsgericht seine – unseres
Erachtens – unhaltbare Position überdenkt (Urteil H 273/03 vom 4. Ok-
tober 2004).

d) Es bleibt zu erwähnen, dass zu dieser ausserordentlich strengen, vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckten zivilrechtlichen Haftung auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit kommen kann (vgl. AHVG 87 ff, BVG 75 ff und AVIG 105 ff). 286

3. Steuerrechtliche Verantwortlichkeit

a) Zur Absicherung der Steuerforderungen bei drohendem Verlust von 287
Steuersubstrat statuieren verschiedene Bundesgesetze in gewissen Fällen eine *solidarische Mithaftung* von Organpersonen für ausstehende Steuerschulden der Gesellschaft, nämlich dann,

- wenn eine juristische Person aufgelöst wird (Haftung der Liquidatoren für geschuldete Abgaben bis zum Betrag des Liquidationsüberschusses),
- wenn die Gesellschaft ihren Sitz ins Ausland verlegt (Haftung der Organe bis zum Betrag des Reinvermögens der Gesellschaft).

Diese solidarische Mithaftung ist in folgenden Erlassen vorgesehen: 288

- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer Art. 55 I;
- Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer Art. 15;
- Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer Art. 32;
- Automobilsteuergesetz Art. 11;
- Verordnung über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe Art. 36;
- Mineralölsteuergesetz Art. 11;
- Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung Art. 8.

Neben diesen Bundesgesetzen sehen auch kantonale Steuergesetze eine analoge Regelung vor (z.B. Steuergesetz des Kantons Zürich § 60). 289

Die erwähnten Bestimmungen sind weitgehend identisch. Unterschiede bestehen darin, dass oft, aber nicht immer die Konkursverwaltungen und Liquidatoren in Konkurs- und Nachlassverfahren mithaften, während andernorts die Haftung bei Sitzverlegung auf die geschäftsführenden Organe beschränkt wird. 290

Gemeinsam ist den Haftungsregelungen, dass sie als *Kausalhaftungen* konzipiert sind und somit kein Verschulden der verantwortlichen Perso- 291

nen voraussetzen. Haftpflichtige können sich jedoch nach einigen Ordnungen von der Haftung befreien, falls ihnen der Nachweis gelingt, alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderungen getan zu haben.

- 292 Das Bundesgesetz über die Stempelabgaben sieht in Art. 10 I ebenfalls eine solidarische Mithaftung vor: Der Veräußerer von Beteiligungsrechten im Mantelhandel (Veräußerung der Aktien einer faktisch, nicht aber rechtlich liquidierten Gesellschaft, also einer Hülle ohne wirtschaftliches Substrat – ein Vorgang, der steuerrechtlich wie eine Neugründung behandelt wird) ist solidarisch zur Entrichtung der Emissionsabgabe verpflichtet, soweit eine solche anfallen sollte.
- 293 b) Zusätzlich zu dieser solidarischen Mithaftung für ausstehende Steuern können die verantwortlichen Personen nach allen Steuergesetzen für gravierende Verfehlungen allenfalls auch *strafrechtlich* zur Verantwortung gezogen werden.

VIII. Exkurs II: Das Verhältnis der persönlichen Verantwortlichkeit von Organpersonen zur Haftung der Aktiengesellschaft selbst

Unsicherheit besteht gelegentlich mit Bezug auf das Verhältnis zwischen den Verpflichtungen der Aktiengesellschaft selbst und der Haftung ihrer Organpersonen. Dazu in Kürze Folgendes: 294

1. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

a) Juristische Personen werden durch ihre Organe verpflichtet. Dies ist selbstverständlich, solange die Organe *rechtmässig* handeln. Ihr Handeln wird als *Handeln der juristischen Person selbst betrachtet*. 295

Aufgrund der sog. *Realitätstheorie* (nach dieser Theorie werden Organpersonen als Teil der juristischen Person und nicht nur als deren Stellvertreter verstanden) gilt dies aber auch für *rechtswidrige* Handlungen von Organpersonen: Soweit diese «in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen» (und damit im Rahmen ihrer – weit verstandenen – angestammten Aufgaben) tätig sind, verpflichten sie direkt die juristische Person, OR 722: 296

OR 722

Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht.

Aufgrund dieser Bestimmung ist etwa eine Aktiengesellschaft für im Namen der Gesellschaft getätigte Wechselfälschungen eines Finanzdirektors (BGE 105 II 291 ff) oder für betrügerische Machenschaften eines stellvertretenden Direktors (BGE 121 III 179 ff) haftbar gemacht worden. 297

b) Die rechtliche Bindung der Aktiengesellschaft gegenüber Dritten ändert nichts daran, dass die fehlbaren Organpersonen *der Gesellschaft gegenüber haftbar* werden, ja es ist dies ein geradezu typischer Fall aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, weil die Gesellschaft wegen der unerlaubten Handlung Verpflichtungen erfüllen muss und damit Vermögens-einbussen erleidet. Klagen können – entsprechend den allgemeinen Re- 298

geln – auch die Aktionäre, die Gläubiger dagegen nur, wenn die Gesellschaft aufgrund der unerlaubten Handlung in Konkurs gerät. Näheres vorn Ziff. IV, Rz. 185 ff.

2. Haftung für Sozialabgaben und Steuern

- 299 Die persönliche Verantwortung von Organpersonen für öffentlich-rechtliche Abgaben ist subsidiär zur Leistungspflicht der Gesellschaft selbst: Solange die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommt, entsteht keine Haftung der Organpersonen. Leistet die Gesellschaft nicht (und kann sie zufolge ihres Konkurses nicht leisten bzw. zufolge einer Sitzverlegung ins Ausland nicht mehr ohne weiteres belangt werden), dann können Organpersonen allenfalls in die Pflicht genommen werden, vgl. vorn Rz. 287.

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

- 300 a) Nach traditionellem Verständnis können nur natürliche Personen strafbar werden, da nur sie schuldhaft handeln können.
- 301 b) Ausserhalb des im StGB verankerten Kernstrafrechts gab es aber schon bisher Bestimmungen, die eine *Bestrafung der juristischen Person* vorsehen.
- 302 So legt das Bundesgesetz über das *Verwaltungsstrafrecht* vom 22. März 1974 (VStrR) fest, dass anstelle der verantwortlichen natürlichen Person die juristische Person bestraft werden kann, wenn lediglich eine Busse von höchstens CHF 5'000.– in Betracht kommt und die Ermittlung der strafbaren natürlichen Personen unverhältnismässigen Aufwand bedingen würde:

VStrR 7 I

Fällt eine Busse von höchstens 5'000 Franken in Betracht und würde die Ermittlung der [...] strafbaren Person Untersuchungsmassnahmen bedingen, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, so kann von einer Verfolgung dieser Person Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person [...] zur Bezahlung der Busse verurteilt werden.

Als weiteres Beispiel sei das Bundesgesetz über die *direkte Bundessteuer* vom 14. Dezember 1990 (DBG) genannt: 303

DBG 181 I

Werden mit Wirkung für eine juristische Person Verfahrenspflichten verletzt, Steuern hinterzogen oder Steuern zu hinterziehen versucht, so wird die juristische Person gebüsst.

c) Durch eine Revision des *Strafgesetzbuches*, die am 1. Oktober 2003 in Kraft getreten ist, wird nun generell eine subsidiäre, und ausnahmsweise sogar eine primäre strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen eingeführt. 304

StGB

100^{quater} I, II

Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} oder 322^{septies}, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Die Bestimmungen, auf die in Abs. 2 von StGB 100^{quater} (im Rahmen der primären strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens bzw. der Aktiengesellschaft also) verwiesen wird, betreffen Delikte wie Geldwäscherei und Korruption. 305

d) Die persönliche Strafbarkeit der handelnden natürlichen Personen bleibt in der Regel bestehen. 306

IX. Internationale Verhältnisse

1. Allgemeines

Diese Publikation bezieht sich – wie schon aus dem Titel hervorgeht – 307 auf Fälle, in denen das *schweizerische* Aktienrecht zur Anwendung gelangt. Die Ausführungen gelten daher zunächst einmal (vgl. aber Rz. 309 ff) nur für Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht gegründet worden bzw. die – ein anderes Kriterium, das zum gleichen Resultat führt – im schweizerischen Handelsregister als Aktiengesellschaft eingetragen sind. Denn grundsätzlich wenden die Schweizer Gerichte (zu deren Zuständigkeit vgl. Rz. 260 ff) in internationalen Verhältnissen auf eine Gesellschaft dasjenige Recht an, nach dem eine Gesellschaft gegründet wurde, also Schweizer Recht auf schweizerische Aktiengesellschaften und nur auf diese.

IPRG 154 I

Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben.

Nach dieser sog. *Gründungs- oder Inkorporationstheorie* ist daher 308 grundsätzlich das Recht des Staates anwendbar, in welchem und nach dessen Regeln eine Gesellschaft entstanden ist, unabhängig davon, wo sie ihre geschäftlichen Aktivitäten entfaltet.

2. Persönliche Verantwortlichkeit bei Tätigkeit für eine ausländische Gesellschaft

Nach dem soeben beschriebenen Grundsatz sollte sich die persönliche 309 Verantwortlichkeit bei Gesellschaften, die im Ausland gegründet wurden, nach dem entsprechenden ausländischen Recht bestimmen. Zum Schutze des inländischen Rechtsverkehrs ist der Schweizer Gesetzgeber jedoch von der allgemeinen Regel abgewichen und hat eine *Ausnahme zugunsten des schweizerischen Rechts* stipuliert:

Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht.

- 310 Der Wortlaut dieser Bestimmung wirft zahlreiche Fragen auf, die hier nicht näher beleuchtet werden können. Erwähnt sei nur, dass nach wohl herrschender Lehre diese Bestimmung nur Anwendung findet, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:
- Die Gesellschaft ist nach ausländischem Recht gegründet worden und untersteht grundsätzlich ausländischem Recht;
 - sie betreibt regelmässig rechtsgeschäftliche oder verwaltende Tätigkeiten in der Schweiz oder von der Schweiz aus, die einen bedeutenden Teil ihrer gesamten Tätigkeiten ausmachen; und
 - sie erweckt bei Gläubigern (gegenüber Aktionären und der Gesellschaft selbst kann ein solcher Anschein nicht erweckt werden) durch ihr Geschäftsgebaren den Anschein, es handle sich bei ihr um eine Schweizer Gesellschaft.
- 311 Liegen diese drei Voraussetzungen vor, dann wird ausnahmsweise von der Gründungstheorie abgewichen und *Schweizer Recht* auch für die Beurteilung der Haftung von Personen angewendet, die für eine *ausländische Aktiengesellschaft* tätig waren. Dem Schutznormcharakter entsprechend ist diese Bestimmung als *Wahlrecht des Klägers* ausgestaltet. Ist der angerufene Schweizer Richter sowohl nach IPRG 151 als auch nach IPRG 152 zuständig, so kann das allenfalls vorteilhaftere ausländische Recht gewählt werden, während sich der Kläger auf Schweizer Recht berufen wird, wenn dieses für ihn günstiger ist.
- 312 Handeln Organe schweizerischer Aktiengesellschaften für diese im Ausland, dann richtet sich die Verantwortlichkeit – jedenfalls in Verfahren vor schweizerischen Gerichten – nach Schweizer Recht.

3. Prospekthaftung ausländischer Emittenten

- 313 Eine Spezialbestimmung gilt für Haftungsansprüche, die aus der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren oder Anleihen eines ausländischen Emittenten herrühren. Dem Geschädigten steht ein Wahlrecht zu:

IPRG 156

Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen können nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates geltend gemacht werden, in dem die Ausgabe erfolgt ist.

Der Geschädigte kann also in Fällen, in denen Beteiligungspapiere oder Anleihen in der Schweiz ausgegeben wurden, entweder das *ausländische Recht*, nach welchem die emittierende Gesellschaft gegründet worden ist, oder aber *Schweizer Recht* wählen. 314

Der Ausgabeort befindet sich in der Schweiz, wenn die Beteiligungspapiere oder Anleihen in der Schweiz zur Zeichnung auflagen oder öffentlich platziert wurden. 315

X. Praktische Bedeutung und Würdigung der Verantwortlichkeitsklage

a) Ein Blick auf die Rechtswirklichkeit zeigt ein *zwiespältiges Bild*: 316

Ist eine Gesellschaft *aufrecht stehend*, dann sind Verantwortlichkeitsklagen die *seltene Ausnahme*. Zahlreiche Fälle auch grober Fahrlässigkeit bleiben folgenlos, und die Haftung der Organpersonen erweist sich als stumpfe Waffe. Dies aus verschiedenen Gründen: 317

- Die *Aktionäre* verfügen oftmals nicht über die notwendigen Informationen zur Aufdeckung allfälliger Pflichtverletzungen, oder sie verzichten aufgrund des erheblichen Aufwands und Prozessrisikos auf eine Klage.
- Die *Gesellschaft* selber dürfte in der Regel schon deshalb nicht klagen, weil ein fehlbarer Verwaltungsrat weder gegen sich selbst noch gegen eine Revisionsstelle, die auf die Verfehlungen nicht oder nur ungenügend hingewiesen hatte, vorgehen wird, ebenso wenig gegen eine Geschäftsleitung, deren Verfehlungen er übersehen hat.
- Die *Gläubiger* sind ausserhalb des Konkurses nicht klageberechtigt. 318

Fällt dagegen eine Gesellschaft in *Konkurs*, dann gehört es mittlerweile zur *Routine*, für den eingetretenen Schaden bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates und bei der Revisionsstelle – seltener dagegen bei Geschäftsleitungsmitgliedern – Ersatz zu suchen. Diejenigen, die es trifft, werden dabei häufig mit ungewöhnlicher Härte verfolgt. Die publizierten Gerichtsentscheide widerspiegeln diese Entwicklung nur unvollkommen, werden doch die weitaus meisten Auseinandersetzungen durch Vergleich erledigt – gelegentlich schon im Vorfeld der Klageeinleitung, häufig nach dem ersten, zweiten oder dritten Schlagabtausch – und gelangen somit nicht an die Öffentlichkeit.

b) Entgegen dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden und auch im Gegensatz zu den Intentionen des Gesetzgebers *entsprechen die Schadenersatzleistungen* der einzelnen Haftpflichtigen oft *nicht der Höhe ihres Verschuldens*, sondern vielfach verhält es sich genau *umgekehrt*: 319

- Diejenigen, die wegen grobfahrlässigen oder gar absichtlichen und vielleicht kriminellen Verhaltens hauptverantwortlich sind, haben

sich ins Ausland abgesetzt oder sie sind – trotz flotten Lebensstils – anscheinend mittellos. Bei ihnen ist nichts zu holen.

- Die Verwaltungsratsmitglieder, die ihre Aufgaben soweit redlich, aber eben nicht mit der nötigen Sorgfalt erfüllten, beteiligen sich an der Schadensdeckung aufgrund beschränkter finanzieller Mittel nur mit bescheidenen Beträgen.
- Am meisten zur Kasse gebeten wird die Revisionsstelle, obwohl sie in der Kette der Schadensverursacher an letzter Stelle steht. Als juristische Person erweckt sie bei Richtern und Sachwaltern kein Mitleid, und vor allem ist sie regelmässig versichert, weshalb bei ihr *deep pockets* vermutet werden.

320 c) Verantwortlichkeitsprozesse sind *kostspielig* und häufig von *übermässig langer Dauer*. Verfahren von fünf oder auch zehn Jahren sind keine Seltenheit, obwohl – wie erwähnt – die meisten Prozesse schliesslich vergleichsweise erledigt werden. Damit dauert es für die Geschädigten zu lange, bis sie schliesslich (teilweise) entschädigt werden, und das Leben der Verantwortlichen bleibt allzu lange von einem Prozess überschattet, der ihre wirtschaftliche Existenz in Frage stellt. Die übermässig lange Abwicklungsdauer bringt es auch mit sich, dass Richter und Anwälte ausgewechselt werden und dass auf Seiten der Beklagten wie der Kläger vielfach Erben an die Stelle der eigentlichen Akteure treten.

321 d) Die bestehende Ordnung wirkt sich auch *volkswirtschaftlich negativ* aus:

- Die hohen Kosten für die Versicherungsdeckung (bei den grossen Revisionsgesellschaften sollen sie mittlerweile – nach den Salären und den Mietkosten – den drittgrössten Kostenblock ausmachen) werden überwältigt und verteuern so Produkte und Dienstleistungen.
- Vor allem aber wird es aufgrund der hohen Haftungsrisiken und des aleatorischen Charakters der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei Gesellschaften, die sich in einer unsicheren Situation befinden, immer schwieriger, erfahrene Persönlichkeiten zu finden, die bereit sind, Verantwortung als Verwaltungsratsmitglied und vor allem als Präsident des Verwaltungsrates zu übernehmen.

322 e) Es besteht daher ein *Malaise*, und überdies weist das geltende Verantwortlichkeitsrecht *dogmatische Mängel* auf, die durch eine zum Teil

gewagte Bundesgerichtspraxis nur unvollkommen behoben werden konnten.

In der juristischen Literatur, aber auch in Statements von potentiell Betroffenen ist daher der Ruf nach einer *Reform des Rechts der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit* laut geworden, da trotz der – an sich zweckmässigen – Korrekturen der letzten Aktienrechtsreform viele Fragen offen geblieben sind und vor allem Unsicherheit und Zufälligkeit weiter bestehen. Vorschläge sind etwa

- die Verbesserung von Klarheit und Vorhersehbarkeit durch eine präzisere Umschreibung der Organpflichten (bezüglich der Revisionsstelle insbesondere mit Bezug auf den Tatbestand der Überschuldung),
- die Entlassung der Revisionsstelle aus der solidarischen Haftung mit Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (wegen der oft sehr hohen eingeklagten Beträge wirkt sich in der Praxis die Solidarität freilich selten aus) oder die summenmässige Begrenzung ihrer Haftung (z.B. auf ein Mehrfaches des Honorars),
- Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung (wobei hier guter Rat teuer ist),
- die Bereinigung der dogmatischen Mängel, die dem geltenden Recht innewohnen.

Von der Politik ist der Ball bisher – soweit ersichtlich – nicht aufgenommen worden, und es dürfte – im Nachgang der spektakulären Verluste und Zusammenbrüche in den letzten Jahren auch bei Schweizer Publikumsgesellschaften – schwierig sein, Mehrheiten zu finden für Vorschläge, von denen diejenigen profitieren, welche die Hebel der wirtschaftlichen Macht in der Hand halten.

* * *

Mit dem geltenden Recht und der dazu entwickelten Gerichtspraxis wird man daher auf absehbare Zeit leben müssen. Um so wichtiger, dass es möglich ist, durch die Beachtung von einigen handfesten und einleuchtenden Regeln das Haftungsrisiko markant zu reduzieren. Dazu für die Mitglieder des Verwaltungsrates – Analoges gilt auch für die Mitglieder einer Konzern- oder Geschäftsleitung – Folgendes:

XI. Zwölf goldene Regeln zur Vermeidung einer persönlichen Haftung als Verwaltungsratsmitglied

Die folgenden Ratschläge basieren auf der Analyse von publizierten und nicht publizierten Urteilen, aber auch auf eigenen Erfahrungen der Verfasser. Ihre Beachtung dürfte einen recht verlässlichen Schutz vor Verantwortlichkeitsklagen bieten. Vor allem aber gilt eine negative Garantie: Werden die Regeln missachtet, dann sind – jedenfalls im Konkurs – Verantwortlichkeitsklagen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu gewärtigen. 326

1. Das Spiel der AG spielen

- a) Das Spiel der AG muss konsequent gespielt werden, was heissen will, dass die *formellen Regeln des Aktienrechts konsequent zu beachten* sind. Wer eine Aktiengesellschaft gründet, darf nicht nur die Vorteile des Aktienrechts für sich beanspruchen, sondern muss auch die Nachteile und insbesondere die zusätzlichen Formalitäten in Kauf nehmen: 327
- Beschlüsse sind von den zuständigen Organen zu fällen und ordnungsgemäss zu protokollieren (sinnvoll ist auch die Protokollierung des Widerspruchs zu Mehrheitsbeschlüssen, und überhaupt ist der Dokumentation von Geschäftsvorfällen und Beschlüssen hohe Beachtung zu schenken);
 - Generalversammlungen sind zeitgerecht einzuberufen und korrekt abzuhalten, und es ist über alle Fragen, die der Aktionärsversammlung durch Gesetz oder Statuten vorbehalten sind, formal korrekt zu beschliessen;
 - Gewinne dürfen der Gesellschaft nur aufgrund entsprechender Beschlüsse – basierend auf einer revidierten Bilanz – entnommen werden;
 - es sind Verwaltungsratssitzungen durchzuführen (einsame Entscheidung des Allein- oder Mehrheitsaktionärs genügen nicht);
 - einzusetzen ist eine Revisionsstelle, die den gesetzlichen Anforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit entspricht.

- 328 b) Diese Grundregel muss besonders betont werden für die durch eine einzelne natürliche Person beherrschte AG: *Alleinaktionäre* haben oft wenig Verständnis dafür, dass das Vermögen der Aktiengesellschaft rechtlich nicht ihr eigenes ist und dass sie der Gesellschaft Mittel nur gestützt auf eine korrekte rechtliche Basis entnehmen dürfen:
- als *Salär* (aber nur in marktgerechter Höhe),
 - als *Spesenentschädigung* (dies jedoch nur für im Interesse der Gesellschaft getätigte Auslagen) oder auch
 - als *Dividende* (was einen entsprechenden Bilanzgewinn, die Bestätigung der Rechtmässigkeit der Gewinnentnahme durch die Revisionsstelle und einen protokollierten Generalversammlungsbeschluss voraussetzt).
- 329 Halten Gross- oder Alleinaktionäre ihr Privatvermögen und das Vermögen der Aktiengesellschaft nicht sauber auseinander (d.h. im Fall einer sog. *Sphärenvermischung*), dann dürfen sie auch nicht erwarten, dass sich im Gesellschaftskonkurs die Gläubiger die Trennung von Gesellschafts- und Privatvermögen entgegenhalten lassen müssen. Die Risikobeschränkung, die vielleicht ein Hauptgrund für die Errichtung der AG war, hält nicht Stand, und es wird auf das Privatvermögen gegriffen. Dies nicht nur mittels Verantwortlichkeitsklage, sondern etwa auch aufgrund eines sog. *Durchgriffs*, d.h. dadurch, dass die Trennwand zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär beiseite geschoben wird.
- 330 Zu den Spielregeln der AG gehört es, dass bei Verträgen zwischen der Gesellschaft und Aktionären oder ihnen nahestehenden Personen das im Steuerrecht entwickelte «*arm's length principle*» beachtet wird: Die Vertragsbedingungen sollen «at arm's length» ausgestaltet sein, so wie man sie im Vertrag mit einem Dritten, zu dem man Distanz hält und gegenüber dem die Gesellschaft ihre Eigeninteressen durchzusetzen trachtet, vorfinden würde.
- 331 c) Letztlich unmöglich ist es, in einer *Konzerntochtergesellschaft* das Spiel der AG in jeder Beziehung zu spielen: Soll der Konzern als Einheit geführt werden, können die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften nicht konsequent die Eigeninteressen ihrer Gesellschaft in den Vordergrund stellen. Aber auch wenn der Handlungsspielraum für Verwaltungsräte in Tochtergesellschaften eng ist, lässt sich einiges vornehmen, um eine persönliche Verantwortlichkeit zu vermeiden:

- Die *formellen Anforderungen* sind einzuhalten; insbesondere sind die erforderlichen Beschlüsse vom zuständigen Organ (Generalversammlung oder Verwaltungsrat) in der richtigen Form zu fassen (und zu protokollieren), auch wenn der Inhalt von der Muttergesellschaft vorgegeben worden ist.
- Es ist dafür zu sorgen, dass die *Zahlungsfähigkeit* der eigenen Gesellschaft erhalten bleibt.
- Dem Restrisiko ist durch *Treuhandverträge* (vgl. Ziff. 9, Rz. 346 ff) und *Versicherungsschutz* (vgl. Ziff. 11, Rz. 350) zu begegnen.

In Konzerntochtergesellschaften, die zu 100% in den Konzern integriert sind, dürften diese Regeln die nötige Sicherheit bieten. Schwieriger ist die Lage der leitenden Organe, wenn an der Gesellschaft noch Minderheitsaktionäre beteiligt sind (vgl. dazu Ziff. 3; Rz. 336). 332

d) Die Regeln des Spiels der AG decken sich im Wesentlichen mit der *Business Judgment Rule* (dazu vorn Rz. 146 ff). 333

2. Wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer handeln

Als weitere Grundregel mag gelten, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft so handeln soll, wie es einem *sorgfältigen und pflichtbewussten Geschäftsmann* ansteht. Dazu gehört auch die Wahrnehmung der *Informationsrechte*, damit eine informierte Entscheidung getroffen werden kann. 334

Richtschnur kann sein, dass man für das Gesellschaftsvermögen in gleicher Weise wie für das eigene Privatvermögen sorgen soll. Freilich ist dies nicht immer ausreichend: Wer das Gesellschaftsvermögen hoch spekulativ angelegt hat, kann sich seiner Verantwortung nicht durch den Nachweis entledigen, mit privaten Mitteln ebenso sorglos umgegangen zu sein. 335

3. Die Minderheit leben lassen

Vor allem dann, wenn die Aktionäre in eine Mehrheits- und eine Minderheitsgruppe gespalten sind, tun die Mehrheit und ihre Vertreter im Verwaltungsrat gut daran, auf die Interessen der Minderheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch in Konzernverhältnissen mit Bezug auf die aussenstehenden Minderheits- oder Kleinaktionäre. 336

4. Eine angemessene Organisation sicherstellen

- 337 Es ist eine *angemessene Organisation* einzuführen und aufrechtzuerhalten.
- 338 Bei korrekter *Delegation der Geschäftsführung* auf der Grundlage einer Ermächtigung in den Statuten und ihrer Konkretisierung im Organisationsreglement (vgl. Rz. 106 ff) beschränkt sich die Verantwortung auf die sorgfältige Auswahl der beauftragten Personen sowie deren angemessene Instruktion und Überwachung. Dabei besteht zwischen diesen Pflichten eine Wechselbeziehung: Je qualifizierter eine mit der Geschäftsführung oder einer anderen Aufgabe betraute Person ist, um so knapper kann die Instruktion ausfallen. Umgekehrt ist eine erhöhte Instruktions- und Überwachungspflicht dann gegeben, wenn die mit der Geschäftsführung Beauftragten relativ unerfahren sind oder sonst Vorbehalte gegen sie bestehen, etwa wegen zweifelhafter Zeugnisse.

5. Die nicht delegierbaren Aufgaben tatsächlich ausüben

- 339 Soweit Funktionen dem Verwaltungsrat unübertragbar und unentziehbar zugewiesen sind (dazu Rz. 111 ff), müssen diese tatsächlich ausgeübt werden und können sich der Verwaltungsrat und seine Mitglieder ihrer Verantwortung nicht durch Delegation oder Untätigkeit entziehen.

6. Vollmachten mit Zurückhaltung einräumen

- 340 Es empfiehlt sich nicht nur, die Vertretungsberechtigten sorgfältig auszuwählen, sondern auch, *Einzelunterschriften zu vermeiden* und im Handelsregister nur kollektive Zeichnungsberechtigungen einzutragen.
- 341 Vollmachten an Personen, denen keine formelle Organfunktion zukommt, und ganz besonders an den Alleinaktionär oder seine Vertrauensleute, sind mit Zurückhaltung einzuräumen. Dies gilt noch vermehrt, wenn diese Wohnsitz im Ausland haben.
- 342 *Bankvollmachten* sind summenmässig sachgerecht zu begrenzen.

7. Für die Einhaltung der Buchführungsvorschriften sorgen und eine sachkundige Revisionsstelle bestellen

Den *Vorschriften über die Rechnungslegung* ist sorgfältig nachzuleben. 343
Dabei ist zu beachten, dass in neuerer Zeit der Standard nicht nur durch die Aktienrechtsrevision, sondern auch durch die Anforderungen der Praxis erheblich gestiegen ist.

Die *Revisoren* müssen sich über die nötige *Befähigung und Unabhängigkeit* ausweisen, damit eine gründliche und qualifizierte Überprüfung der Rechnungslegung sichergestellt ist. Unbedingt zu vermeiden ist die *Laienrevision* durch Bekannte und Verwandte. 344

8. Fachleute beiziehen

Fühlt man sich in einer Frage überfordert, dann ist auf das Urteil von 345
Fachleuten abzustellen. Dabei sollten sich die Verwaltungsratsmitglieder – im Organisationsreglement oder auch in einem Treuhandvertrag – das Recht vorbehalten, nötigenfalls *aussenstehende* Fachleute beizuziehen, wenn die internen Auskünfte (auf die man grundsätzlich abstellen darf) nicht voll überzeugen.

9. Treuhandverhältnisse klar regeln

Bei fiduziarischer Tätigkeit ist besonders streng darauf zu achten, dass 346
die *Formalien eingehalten* werden.

Sinnvoll ist der Abschluss von *Treuhandverträgen*, doch muss man sich 347
bewusst sein, dass diese nicht vor Ansprüchen Dritter schützen. Sie schaffen zwar das Recht zum Rückgriff auf den Treugeber, doch ist dieses wertlos, wenn der Treugeber selbst zahlungsunfähig ist, was in der Stunde der Wahrheit nicht selten vorkommt.

Auch als treuhänderisch tätige Organperson muss man sich das Recht 348
vorbehalten, im Zweifel den Pflichten, die *Recht und gute Sitte* gebieten, den *Vorrang vor den Weisungen* des Treugebers einzuräumen, und nach diesem Grundsatz soll man auch handeln.

10. Die Entrichtung von öffentlichrechtlichen Abgaben und Beiträgen überprüfen

349 Weil die Gerichtspraxis eine ausserordentlich strenge Verantwortung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung im Rahmen der *Sozialabgaben* eingeführt hat (vgl. vorn Rz. 280 ff) und weil für *Steuerforderungen* allenfalls eine direkte gesetzliche Haftung von Organen besteht (vgl. vorn Rz. 287 ff), ist auf die Entrichtung öffentlichrechtlicher Abgaben und Beiträge besonders zu achten. Insbesondere in kleineren Verhältnissen ist diesbezüglich mehr zu tun, als nach gesundem Menschenverstand von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zu erwarten wäre.

11. Eine Versicherung abschliessen (lassen)

350 Durch Versicherungsdeckung – im Rahmen einer selbst abgeschlossenen Individualversicherung oder auch durch eine von der Gesellschaft bereitzustellende D&O-Versicherung – kann das persönliche Haftungsrisiko wirksam eingrenzt werden (vgl. Rz. 249 ff). Es ist jedoch zu beachten, dass die Versicherungsdeckung stets beschränkt und eine sorgfältige Überprüfung des gewählten Versicherungsschutzes nötig ist. Auch kann die eingeklagte Summe im Einzelfall die Versicherungsdeckung übersteigen. Und schliesslich schützt auch eine einwandfreie Versicherungsdeckung nicht vor der hohen zeitlichen und psychischen *Belastung* und dem *Reputationsschaden*, die ein Verantwortlichkeitsprozess mit sich bringen kann.

12. Vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen und Mandate, für welche die notwendige Ausbildung, Erfahrung oder Zeit fehlen, gar nicht erst annehmen

351 Als *ultima ratio* zur Risikobegrenzung bleibt der Rücktritt. Zwar sollte man als Mitglied des Organs einer juristischen Person – gerade im Sinne eines verantwortungsbewussten Handelns – die Flinte nicht vorzeitig ins Korn werfen. Solange man sich aktiv für die Behebung von Mängeln einsetzt, bleibt auch das Haftungsrisiko gering (dasjenige, im Kreise von Schuldigen und Unschuldigen trotzdem – wenn auch ohne

materielle Konsequenzen – eingeklagt zu werden, ist freilich nicht unerheblich!). Sollten aber Unzulänglichkeiten trotz formeller – und zu dokumentierender – Einsprache nicht behoben werden sowie allgemein dann, wenn man Geschäftspolitik und Unternehmenskultur nicht mehr mittragen kann, sind falsche Loyalität und der wehmütige Blick auf ein entwindendes Honorar fehl am Platz.

Weise handelt sodann, wer ein Verwaltungsratsmandat gar nicht erst annimmt, wenn es an den nötigen fachlichen Voraussetzungen oder an der erforderlichen Zeit für dessen Betreuung fehlt. Solcher Schwächen wird man sich freilich oft erst im Nachhinein bewusst – und dann dürften die vorstehenden Faustregeln hilfreich sein. 352

* * *

Die zwölf Regeln zeigen, dass vom Verwaltungsrat – den Bereich der Sozialabgaben und Steuerforderungen einmal ausgeklammert – nichts Unzumutbares gefordert wird. Er soll das tun, was ein sorgfältiger Einzelunternehmer auch tun würde. Verlangt wird weiter, dass auch der Haupt- oder Alleinaktionär und der in dessen Dienst treuhänderisch Tätige dem Umstand Rechnung tragen, dass die Aktiengesellschaft eine eigene (juristische) Person ist, dass also das Vermögen der Gesellschaft mit dem Privat- oder Konzernvermögen nicht vermischt werden darf. 353

Gefordert wird sodann die Einhaltung der Formalien, vor allem eine verfahrensmässig korrekte Entscheidungsfindung (Stichwort: Business Judgment Rule) und ihre Dokumentation. 354

Und endlich muss das Verwaltungsratsmitglied die obersten Funktionen in einer Gesellschaft auch tatsächlich ausüben, darf es sich also nicht darauf beschränken, seinen Namen – entgeltlich oder auch unentgeltlich – als Aushängeschild zur Verfügung zu stellen. 355

Stichwortverzeichnis

Die Verweisungen beziehen sich auf die Randziffern.

A

Abtretung

- und gültige Décharge 169
- von Aktionärsansprüchen im Konkurs 208
- von Gläubigeransprüchen im Konkurs 211

Abwesenheit

- Bedeutung für die Haftung 141
- unverschuldete 141

Adäquater Kausalzusammenhang

- Begriff 154 ff, 157
- Entlastung durch Fehlverhalten anderer 161
- Fehlen trotz Pflichtwidrigkeit 155 f
- und Geltendmachung des Gesamtschadens 159, 231
- als Grenze der Schadenersatzpflicht 236
- als Haftungsvoraussetzung 2
- und Haftung im Aussenverhältnis 229
- und Haftung mehrerer 161, Bsp. in 162 f
- und natürlicher Kausalzusammenhang 158

Advisory Board, Haftung der Mitglieder 65

Ähnliche Mitteilungen siehe *Prospekthaftung*

AHV-Gesetz 280 ff

Aktien

- Ausgabe siehe *Emission*
 - Erwerb siehe *Erwerb* von Aktien
 - innerer Wert und Schadensbegriff 84
- ### *Aktionärseigenschaft und Klagerecht* 194

Aktionärsschaden siehe *Schaden; Schaden, mittelbarer* und *Schaden, unmittelbarer*

Aktivlegitimation 185 ff

- der Aktionäre ausser Konkurs 191 ff
- der Aktionäre im Konkurs 208
- der Gesellschaft ausser Konkurs 190
- der Gesellschaft im Konkurs 207
- der Gläubiger ausser Konkurs 198 f
- der Gläubiger im Konkurs 209 ff
- der Partizipanten siehe *Aktionäre*
- und die Rechtsprechung des Bundesgerichts 202 ff, 85

Alleinaktionär

- Einhaltung der Formalitäten 327 ff
- Haftung gegenüber 14, 73, 156, 180 ff
- Organstellung 11
- Schadloshaltungsklauseln 243 ff

Anfang der Verantwortlichkeit siehe *Beginn der Verantwortlichkeit*

Anleihensobligationen 49 siehe auch *Prospekthaftung*

Anschein von Organkompetenz 12, 64 und Bsp. in 27

Anspruch der Gläubigergesamtheit 205, 207, 210 f

Anspruchsuntergang siehe *Ausschluss*

Anwalt siehe *Berater*

Arbeitslosenversicherung 280

Arbeitnehmer siehe *Haftung von Arbeitnehmern*

Arm's length principle 330

Aufgaben des Verwaltungsrates 111 ff

Aufgabenteilung siehe *Delegation*

Aufrechtstehende AG 189, 317

Aufsichtsrat 111

Auftragsrecht

- Rücktritt zur Unzeit 32
- und Sorgfaltspflicht 19

Ausgabe von Aktien, Obligationen und dgl. siehe *Emission*

Ausland

- Haftung ausländischer Emittenten 313 ff
- Haftung für ausländische Gesellschaften 309 ff

Ausscheiden aus der Organstellung siehe *Ende der Verantwortlichkeit*

Ausschluss von Verantwortlichkeitsansprüchen

- infolge Déchargeerteilung (Entlastung) 165 ff
- aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses 180
- bei Selbstverschulden 215
- infolge Urteil und Vergleich 170 f
- infolge Verjährung 172 ff
- infolge Verwirkung 176 ff
- infolge Zustimmung aller Aktionäre 181 ff

Ausschüsse des Verwaltungsrates

- Bestellung und Abberufung 113
- Definition 101
- Delegation von Vorbereitungs-, Ausführungs und Überwachungsfunktionen 117
- und Sorgfaltspflicht siehe Bsp. in 141

Aussenverhältnis

- Begriff 226
- und Solidarität 229, Bsp. in 237

B

Bank

- Banken, die nicht als AG organisiert sind 58
 - Besonderheiten 54 ff
 - Haftung der Bank als Depositenstelle, Bsp. in 44
 - Haftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle 56
 - Haftung der von der Bankenkommision eingesetzten Sonderbeauftragten 56
 - Haftung i.Z. mit einer Emission 51
- Bankgeheimnis*, strafrechtliche Verantwortlichkeit 279
- Bankvollmachten* 342

Beauftragter siehe *Haftung* des Beauftragten

Bedeutung, praktische der Verantwortlichkeitsklage 316 ff

Beginn der Verantwortlichkeit

- von Personen, die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befasst sind 28
- der Revisionsstelle 36

Beiräte, Haftung ihrer Mitglieder 65

Berater

- Haftung von externen Beratern 63 f
- und Organstellung 17, 24 f
- und Prospekthaftung Bsp. in 51

Beteiligungspapiere siehe auch *Aktien*, *Emission*

Börse, Schweizer SWX und Prospekthaftung 49

Börsengesetz

- und Pflichten des Verwaltungsrates 114
- und strafrechtliche Verantwortlichkeit 279

Broker, Versicherungsbroker 257

Buchführung, Rechnungslegung

- Kenntnisse derselben und Sorgfaltsmassstab 142
- und strafrechtliche Verantwortlichkeit 279
- Überprüfung als Aufgabe der Revisionsstelle 35
- Wichtigkeit der Einhaltung 343

Bundesgerichtspraxis, neuere zum Schadensbegriff 202 ff, 85

Business Judgment Rule 146 ff, 333

C

Culpa in contrahendo 203

D

D&O-Versicherung 249 ff

- Arten von Versicherungen 250
- Kosten 259, 321
- Kritik und deren Würdigung 252 ff
- Merkmale 256
- praktische Hinweise 257, 350

- Restrisiken 258
- Versicherungsdeckung und tatsächlicher Schadenersatz 225
- Dauer der Verantwortlichkeit* siehe *Beginn* und *Ende* derselben
- Décharge* 164 ff, 176
- Deep pocket-Theorie* 319
- Delegation von Kompetenzen* 97 ff
 - formelle Voraussetzungen 105 ff
 - Pflicht des Verwaltungsrates 100
 - Problematik im Konzern 120
- Reduktion des Haftungsrisikos 102 ff, 338
- Resthaftung 103
- undelegierbare Aufgaben 111 ff, 339
- Delegierter des Verwaltungsrates*
 - Begriff 101
 - Kompetenz zu dessen Abberufung 113
- Delikte* siehe *strafrechtliche Verantwortlichkeit*
- Depositenstellen* siehe *Banken*
- Desinteresseerklärung* 278
- Direkter Schaden* siehe *Schaden*
- Direktor, Direktion*
 - Beispiel der Haftung eines kriminellen Direktors 69, 162, 233, 237
 - als Delegierter 101
 - Haftung der AG für sein Verhalten 294 ff
 - Kompetenz zur Abberufung 113
 - Organstellung 15
 - persönliche Verantwortung 68
- Dokumentation von Geschäftsvorfällen* 327
- Domizil* siehe *Sitz*
- Drittverschulden als Reduktionsgrund* 223 f
- Durchgriff* 329

E

- Eindruck von Organkompetenz* siehe *Anschein*
- Eingeschränkte Revisionspflicht* siehe *Reform des Revisionsrechts*

- Einheitliche Klage der Gläubiger-gesamtheit* siehe *Anspruch* derselben
- Einmann-AG* siehe *Alleinaktionär*
- Eintrag* im Handelsregister und *Verantwortlichkeit* siehe *Beginn* und *Ende* derselben
- Einwilligung* des Geschädigten
 - als Herabsetzungsgrund 215
 - als Klageausschlussgrund 180 ff
- Einzelfirma* 60
- Einzelunterschrift* 340
- Entgangener Gewinn* siehe *Schaden, Begriff*
- Emission von Aktien/Obligationen und dgl.*
 - Kreis der Verantwortlichen 8 ff
 - pflichtwidriges Verhalten 91 ff
- Emissionsabgabe* 292
- Ende der Verantwortlichkeit*
 - von Personen, die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befasst sind 30
 - der Revisionsstelle 36
 - bei Verletzung von Pflichten des Sozialversicherungsrechts 31
- Entgangener Gewinn* siehe *Schaden, Begriff*
- Entlastung* siehe *Décharge*
- Entschädigung* und *Umfang* des *Schadenersatzes* 14, 220
- Entschädigung* und *Bezahlung* von *Versicherungsprämien* 252 ff
- Entscheid zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen*
 - der Gesellschaft ausser Konkurs 190
 - der Gesellschaft im Konkurs 207
- Erläuterungsbericht* und *Revisionshaftung* 37
- Ermessensspielraum von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung* 145
- Ermessen*, richterliches bei der *Verteilung* von *Verfahrenskosten* 271 ff
- Erwerb* von *Aktien*
 - und *Prospekthaftung* 186
 - *Wirkung* der *Décharge* 165 ff
- Expectation gap* 124
- Externe Berater* siehe *Berater*

F

Fachleute, Beizug bei Komplexität 141, 345

Fahrlässigkeit

- allgemein 133 ff
- keine Haftung trotz Fahrlässigkeit 317 ff
- bei Haftung aus Sozialversicherungsrecht 280 ff
- i.Z. mit Schadenersatzbemessung 217 ff

Fairness Opinion 53

Faktisches Organ siehe *Organstellung*, *materielle*

Familien-AG, Organstellung des langjährigen Mitarbeiters 23

Fiduziarische Tätigkeit siehe *treuhänderische Tätigkeit*

Formelle Organstellung siehe *Organstellung*, *formelle*

Funktionelles Organ siehe *Organstellung*, *materielle*

Fusion

- Gerichtsstand nach Fusionsgesetz 268
- Kreis der Anspruchsberechtigten nach Fusionsgesetz 187
- Kreis der Verantwortlichen nach Fusionsgesetz 52 f, 60
- Pflichtwidrigkeiten bei Umstrukturierungen 132
- unübertragbare Aufgaben nach Fusionsgesetz 115

G

Generalversammlung, Zusammenspiel mit Verwaltungsrat bei Delegation 110

Generalversammlungsbeschluss als Klageausschlussgrund 180 ff

Genossenschaft 60 f

Genugtuung 77

Gerichtsstand siehe auch *Fusion*

- Gerichtsstand im internationalen Verhältnis 269 f
- Gerichtsstand im nationalen Verhältnis 263 ff

Gesamtschaden

- Geltendmachung 230 ff
- und Solidarität 227
- und Streitwert 271

Geschäftsführungsentscheide

- Delegation siehe dort
- Ermessensspielraum 145
- können nicht mehr mitgetragen werden 33

Geschäftsführungshaftung

- Kreis der Verantwortlichen 8 ff
- pflichtwidriges Verhalten 91 ff

Gesellschaft, deren Haftung im Verhältnis zur Haftung der Organe 294 ff

Geltungsbereich der aktienrechtlichen Bestimmungen 58 ff, 307 ff

Gewinn, entgangener 77

Gläubiger

- Aktivlegitimation siehe dort
- Schaden siehe dort

Gläubigergesamtheit siehe *Anspruch der Gläubigergesamtheit*

Gläubigerschaden siehe *Schaden*; *Schaden*, *mittelbarer* und *Schaden*, *unmittelbarer*

GmbH 59, 61

Grenze der Haftpflicht 236

Gründungshaftung

- Haftung für Verträge, die vor der Gründung eingegangen wurden 47 f
- Kreis der Verantwortlichen 43 ff
- pflichtwidriges Verhalten 126 ff

H

Haftung siehe auch *Verantwortlichkeit*

- allgemeine Voraussetzungen 2, 68 ff
- des Aktionärs 26
- des Arbeitnehmers 18
- des Beauftragten 19
- der Direktoren 15
- des externen Beraters 63 f
- der grauen Eminenz bzw. des Hintermannes 27
- der Gründer 43 ff
- des Handelsregisterführers 44
- des Haupt-, Alleinaktionärs und der Muttergesellschaft 11, 22

- der Konzernleitung 15
- der Liquidatoren 8 ff
- der Mitglieder von Beiräten 65
- des Notars 129
- des Proforma-Verwaltungsratsmitgliedes 14
- der Revisoren 35 ff
- des Sachbearbeiters 66 f
- des Sachwalters 27
- des Sonderprüfers 62
- des stillen Verwaltungsrates 25
- der mit einer Umstrukturierung befassten Personen 52 f
- der Personen, die sich mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassen 8
- Haftungsrisiko, Überwälzung* 242 ff
- Handeln aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses* 180 ff
- Hauptaktionär* siehe *Alleinaktionär, Konzern*
- Herabsetzung der Schadenersatzpflicht* 212 ff
- Hilfspersonen* 39, 70, 103, 144 siehe auch *Sachbearbeiter*
- Höhe des einklagbaren Schadens bei mittelbarer Schädigung* 196 f

I

- Immaterielle Unbill* 77
- Indirekter Schaden* siehe *Schaden, mittelbarer*
- Informationsrechte des Aktionärs* 272
- Inkorporationstheorie* 308
- Innenverhältnis*
 - Begriff 226
 - und Rückgriff 234 ff, Bsp. in 237
- Interessenskonflikte*
 - und arm's length principle 330
 - i.Z. mit der Business Judgment Rule 146
 - im Konzern 183 f, 331
 - und Minderheitsaktionäre 336
 - strenger Sorgfaltsmassstab 141
 - und Treuepflicht des Verwaltungsrates 92

- Innerer Wert von Aktien* siehe *Aktien*
- Insiderdelikte* siehe Bsp. in 95 und 279
- Insolvenzverfahren* 188
- Internationale Verhältnisse* 307 ff siehe auch *Sitz*
- Invalidenversicherung* 280

J

- Jahresrechnung, Prüfungspflicht der Revisionsstelle* 35, 123
- Juristische Person*
 - Haftbarkeit 7
 - und für sie handelnde Personen 7, 39, 70, 143 f
 - solidarische Haftung bei Auflösung 287
 - Verhältnis zur persönlichen Haftung der Organe 294 ff

K

- Kantonale Steuergesetze* 289
- Kantonale Zivilprozessordnung* 177, 261
- Kapitalerhöhung*
 - Anwendung der Gründungshaftung 46, 127
 - Anwendung der Prospekthaftung 49
 - Anwendung der Revisionshaftung 37
 - Aufgaben des Verwaltungsrates 112
 - Bsp. eines direkten Schadens 80
- Kausalhaftung* 133, 280 ff, 291
- Kausalzusammenhang* siehe *Adäquater Kausalzusammenhang*
- Kenntnis der Pflichtverletzung* siehe *Einwilligung*
- Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen, Beginn der Verjährungsfrist* 172
- Klageausschlussgründe* siehe *Ausschluss*
- Klagerecht der Geschädigten* siehe *Aktivlegitimation*
- Klagelegitimation* siehe *Aktivlegitimation*
- Kompetenzdelegation* siehe *Delegation*
- Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates* 97

Konkurs

- und Décharge 169
- Geltendmachung von Ansprüchen ausser Konkurs 189 ff
- Geltendmachung von Ansprüchen im Konkurs 200 ff
- Klagerecht der Gläubiger 82, 198 f, 209
- neuere Bundesgerichtspraxis siehe dort
- und praktische Bedeutung von Verantwortlichkeitsklagen 318
- Schadloshaltungsklauseln 246
- und subsidiäre Haftung von Organpersonen 299
- verspätete Anmeldung 156

Konkursverwaltung

- Bindung an Gerichtsstandsklauseln 266
- Bindungswirkung von Urteilen 171
- einheitliche Klage der Gläubiger-gesamtheit siehe dort
- Entscheidung über Anhebung von Klagen 207
- Mithaftung 290
- Vorgehen bei Verzicht auf Klageanhebung 211

Konzern

- Delegation 120
- Minderheitsaktionäre 336
- Organstellung der Muttergesellschaft 11, 15
- Schadloshaltungsklauseln 243 ff
- Stellung des Verwaltungsrates der Tochter 73, 93, 183 f, 331 f
- Treuhandverträge 243 ff

Kostenfolgen von Verantwortlichkeitsklagen 271 ff

Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX und Prospekthaftung 49

Kreditgenossenschaften 59

Kundgabe siehe *Organstellung*

L

Legitimation siehe *Aktivlegitimation*

Liberierung 126 ff

Limite der Haftpflicht siehe *Grenze*

Liquidatorenhaftung siehe *Geschäftsführungshaftung*

Löschung des Handelsregistereintrages des Verwaltungsrates 30 f

Lugano-Übereinkommen 262, 270

M

Mantelhandel 292

Masse siehe *Konkurs* und *Konkursverwaltung*

Materielle Organfunktion siehe *Organstellung*

Mehrere Abtretungsgläubiger 211

Mehrere Schädiger

- Erleichterung des Klagerechts 230 ff

- Haftung im Aussenverhältnis 226 ff

- Kausalzusammenhang 159 ff

- Rückgriff im Innenverhältnis 234 ff

Minderung der Schadenersatzpflicht 212 ff

Minderheitsaktionäre 184, 332, 336

Mitarbeiter siehe *Hilfspersonen* und *Sachbearbeiter*

Mitglieder von *Beiräten* oder *Verwaltungsräten* siehe dort

Mittelbarer Schaden siehe *Schaden, mittelbarer*

Muttergesellschaft siehe *Alleinaktionär, Haftung* und *Konzern*

N

Nachlassvertrag mit *Vermögensabtretung* 188

Natürlicher Kausalzusammenhang 157 f

Natürliche Personen

- Haftbarkeit 7, 11

- Haftungsvoraussetzungen 70

- strafrechtliche Verantwortlichkeit 300 ff

- Verhältnis zur Haftung der AG 294 ff

O

Objektivierung des Verschuldensmassstabes

- Begriff 137 ff
- und Business Judgment Rule 146
- Verwischung der Konturen zur Pflichtwidrigkeit 152 f

Obligationen siehe *Anleiheobligationen*

Organfunktion 16

Organhaftung der AG im Verhältnis zur persönlichen Verantwortlichkeit 294 ff

Organisationsreglement 105 ff

Organpersonen siehe auch *Haftung*

Organstellung

- Beginn und Ende siehe *Beginn* und *Ende der Verantwortlichkeit*
- durch Kundgabe/Anschein 25
- formelle 14 f
- materielle 16 ff

P

Partizipanten 185, 191 ff, 208 ff

Persönliche Haftung

- als Grundsatz 68 ff
- bei Delegation 116
- in der Gründungsphase 47 f
- für Sozialabgaben und Steuern 299
- für Straftaten 300 ff
- im Verhältnis zur Haftung der AG 294 ff
- und Versicherung 253

Pflichten

- der Arbeitnehmer 18
- der Beauftragten 19
- der Gründer 126
- der Revisionsstelle 121
- des Verwaltungsrates 111 ff, 92

Pflichtverletzungen, pflichtwidriges Verhalten

- Begriff 90
- nach Fusionsgesetz 132
- der Geschäftsführung 92 ff
- der Gründer 128
- als Haftungsvoraussetzung 2
- der Liquidatoren 96

- der Prospekthaftpflichtigen 130 f
- der Revisoren 122
- des Verwaltungsrates 92 ff

Pflichtwidrigkeit

- und Kausalzusammenhang 154 ff
- ohne Konsequenzen 75
- Rücktritt zur Unzeit 32 f
- und übrige Verdienste 78
- und Verschulden 152 f

Praktische Bedeutung der Verantwortlichkeitsklage 316 ff

Prämienzahlung durch die Gesellschaft 252

Prävention siehe *Vermeidung der Haftung*

Prospekthaftung

- ähnliche Mitteilungen 50
- Aktivlegitimation 186
- ausländischer Emittenten 313 f
- pflichtwidriges Verhalten 130 f
- Prospekt, Begriff 49 f
- verantwortlicher Personenkreis 51

Prospektpflicht 49

Prozesserrlös 197, 274

Prozesskosten siehe *Kostenfolgen*

Prozessuales 260 ff

Punitive Damages 86

R

Realitätstheorie 296

Rechnungslegung siehe *Buchführung*

Reduktion der Schadenersatzpflicht siehe *Herabsetzung* derselben

Reform des Revisionsrechts 40 ff, 61, 125

Regress siehe *Rückgriff*

Revisionshaftung

- adäquater Kausalzusammenhang 88, 160
- Haftung nach Sozialversicherungsrecht 282
- Kreis der Verantwortlichen 36
- pflichtwidriges Verhalten 122, 53

Revisionsstelle

- bankengesetzliche Revisionsstelle 56
- Pflicht zur Einsetzung 35

- Prüfung der fachlichen Qualifikation 113
- Revisionstätigkeit 37 f, 124
- Risikotransfer* 242 ff
- Rückgriff*
 - Begriff 228
 - Durchführung 234 ff
 - Zusammenspiel mit Solidarität 239 ff
- Rücktritt zur Unzeit* 32 f

S

- Sachbearbeiter*, Haftung des 66 f
- Sachwalter* 27
- Schaden*
 - Begriff 77 f
 - Haftungsvoraussetzung 72 ff
 - und Kausalzusammenhang 159 ff
 - mittelbarer Schaden 82, 84 f
 - Schadensberechnung 86 ff
 - Schadenersatzbemessung 212 ff
 - unmittelbarer Schaden 80 f, 84 f
- Schaden, direkter oder unmittelbarer*
 - Abgrenzung nach neuer Praxis 85, 202 ff
 - bisherige Abgrenzung zum mittelbaren Schaden 84
 - Begriff 80
 - Geltendmachung des Schadens siehe *Aktivlegitimation*
- Schaden, indirekter oder mittelbarer*
 - Abgrenzung nach neuer Praxis 85, 202 ff
 - bisherige Abgrenzung zum mittelbaren Schaden 84
 - Begriff 80
 - Ersatz 197
 - Geltendmachung des Schadens siehe *Aktivlegitimation*
- Schadenersatzanspruch*, Untergang 164 ff
- Schadenminderungspflicht* 216
- Schadloshaltungsklauseln* 243 ff
- Scheinliberierung* siehe Bsp. in 44, 95 und 129
- Schmerzensgeld* 77
- Sitz* der Gesellschaft siehe *Gerichtsstand*

- Sitzverlegung* ins Ausland, Haftung 290 und 299
- Solidarität* 226 ff, 239 und Rechenbeispiel in 233
- Sonderprüfer*, Haftung des 62
- Sorgfaltsmassstab* 137 ff
 - des Arbeitnehmers 18
 - des Beauftragten 19
 - und Business Judgment Rule 146 ff
 - bei Delegation 103 f
 - i.Z. mit Geschäftsführungsentscheidungen 145
- Sorgfaltspflicht*
 - Missachtung im Konzern 183
 - und Verschulden 152 f
- Sozialabgaben*, Haftung für 280 ff, 299
- Spaltungen* siehe *Umstrukturierungen* und *Fusion*
- Spezialisten*, *Spezialkenntnisse* 142
- «*Spiel der AG*» 327 ff
- Statuten*, Wegbedingung der Haftung 5
- Steuern*, Haftung für 287 ff, 299
- Stiller Verwaltungsrat* 12, 25
- Strafrechtliche Verantwortlichkeit* 279, 300 ff
- Streitgenossenschaft* 211, 264 f, 269 f
- Streitwert* 271 ff

T

- Tätigkeit für eine ausländische AG* 309 ff
- Teilursache* 159
- Tochtergesellschaft* siehe *Konzern* und *Haftung*
- Treuepflicht*
 - des Arbeitnehmers 18
 - der Verwaltungsratsmitglieder 92 f
- Treuhänderische Tätigkeit*
 - und Organstellung 27, 44
 - praktische Tips 345 ff
 - und Sorgfaltspflicht 141
- Treuhandverträge und *Schadloshaltungsklauseln* 243 ff, 347

U

- Übernahme* der Versicherungsprämien durch die Gesellschaft 252
- Übernahmeverschulden* 139
- Überschuldung* siehe *Pflichten des Verwaltungsrates* und der *Revisionsstelle*
- Umstrukturierungen* 52 f siehe auch *Fusion*
- Undelegierbare Aufgaben* siehe *Delegation*
- Untergang* des Klageanspruches siehe *Ausschluss* von Verantwortlichkeitsansprüchen
- Urteil*, Wirkung auf Verantwortlichkeitsansprüche 170 f

V

- Verantwortlichkeit*
 - i.Z. mit einer Emission siehe *Prospekthaftung*
 - bei Kompetenzdelegation 97 ff
 - Kreis der Verantwortlichen siehe *Haftung*
 - für Sozialabgaben siehe dort
 - für Steuern siehe dort
 - strafrechtliche siehe dort
 - Tips zur Vermeidung 326 ff
- Verantwortlichkeitsklage*
 - Ausschlussgründe siehe *Ausschluss*
 - Interesse von Kleinaktionären 197, 275
 - Kostenfolgen 271 f
 - praktische Bedeutung 316 ff
 - Prozessuales 260 ff
 - Streitwert 271 ff
 - Tips zur Vermeidung 326 ff
 - Verfahrensdauer 320
 - Verjährung siehe dort
- Vergleich*
 - Häufigkeit 318
 - des Verantwortlichen 278
 - Wirkung 170 f
- Verhältnis der persönlichen Haftung zu der der AG* 294 ff
- Verjährung* 172 ff

- Vermeidung der Haftung* 326 ff
- Verschulden* 133 ff
 - Berücksichtigung bei der Schadenersatzbemessung 212 ff
 - als Haftungsvoraussetzung 2
 - und Haftung im Aussenverhältnis 229
 - und Haftung im Innenverhältnis 236
 - praktische Bedeutung 319
 - und steuerrechtliche Verantwortlichkeit 291
- Versicherung* siehe *D&O-Versicherung*
- Versicherungsgenossenschaft* 59
- Vertreter und Ausschluss vom Stimmrecht* 167
- Verwaltungsrat*
 - Ausschüsse siehe dort
 - Beginn und Ende der Verantwortlichkeit siehe dort
 - Beiräte 65
 - Delegation von Kompetenzen siehe dort
 - Delegierter siehe dort
 - Eingehen von Risiken 145
 - Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen 190
 - keine Haftung des Gesamtverwaltungsrates 7
 - Kompetenz zum Abschluss von Versicherungen 255
 - im Konzern siehe dort
 - Mandatsübernahme als Freundschaftsdienst 220 f
 - persönliche Haftung 8 ff siehe auch *Haftung*
 - Pflichten und Pflichtverletzungen siehe dort
 - Rücktritt 33 ff, 351 f
 - Sorgfaltsmassstab siehe dort
 - stiller Verwaltungsrat 12, 25
 - treuhänderische Tätigkeit siehe dort
- Verwirkung* 176 ff
- Volenti non fit iniuria* 180
- Vollmachten* 340 ff
- Vorteilsanrechnung* 78

W

Wegbedingung der Haftung 5

Weisungen an den Verwaltungsrat

- von Aktionären 14, 183 f
- Herabsetzung des Ersatzanspruches 222
- Missachtung von 348
- Organstellung 11, 282
- Regelung in Treuhandverträgen 243 f

Widerrechtlichkeit siehe *Pflichtwidrigkeit*

Z

Zeichnungsberechtigung und Organstellung 27

Zeitpunkt der Verantwortlichkeit siehe *Beginn und Ende* derselben

Zufall, konkurrierender 223

Zuständigkeit

- nationale 263 ff
- internationale 269 f

Zwingendes Recht

- Einsetzung einer Revisionsstelle 35
- Verantwortlichkeitsbestimmungen 5