

Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?

Peter Forstmoser *

Inhalt

I.	Die Kritik am geltenden Recht.....	188
II.	Blick zurück und Übersicht.....	189
	1. Der Vorentwurf 2005.....	189
	2. Der Entwurf 2007.....	190
	3. Der Vorentwurf 2014.....	191
III.	Im Grundsatz unverändertes Konzept.....	192
IV.	Veränderungen im Kreis der Passivlegitimierten.....	193
	1. Erweiterung des Kreises der potentiell Verantwortlichen um den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	193
	2. Wegfall der Verantwortlichkeit wegen Fehlverhaltens bei Sachübernahmen...	195
V.	Klärung und Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung.....	196
VI.	Erleichterung und Förderung von Aktionärsklagen.....	197
	1. Die Realität unter geltendem Recht.....	197
	2. Der bundesrätliche Vorschlag.....	199
	3. Ablehnung des bundesrätlichen Vorschlags, Alternativen.....	202
	4. Die Kehrseite der Förderung von Verantwortlichkeitsklagen.....	204
VII.	Zeitliche Erstreckung des Klagerechts nach Entlastung.....	204
VIII.	Korrektur der bundesgerichtlichen Praxis zur Auswirkung von Rangrücktritten.....	206
	1. Das geltende Recht und seine Anwendung durch das Bundesgericht.....	206
	2. Korrektur unerwünschter Konsequenzen.....	207
IX.	Neuordnung der Revisionshaftung.....	209

* Stand der Bearbeitung: Ende September 2015, mit einzelnen Nachträgen bis Ende 2015. Am 4. Dezember 2015 hat der Bundesrat Grundsatzentscheide zur Weiterführung der hängigen Aktienrechtsreform und zu wichtigen Eckwerten getroffen, vgl. dazu die Beiträge von POGGIO KARIN/ZIHLER FLORIAN und FORSTMOSER PETER, in: Expert Focus 2016, Heft 1. – Frau RA lic. iur. HSG Allegra Sosso, LL.M., und Frau Michèle Joho, M.A. HSG, danke ich für ihre engagierte Unterstützung beim Sichten des immensen Materials und für wertvolle inhaltliche Hinweise.

1. Unbefriedigende Resultate des geltenden Rechts	209
2. Die Reformvorschläge des Vorentwurfs 2005 und des Entwurfs 2007	212
3. Der Vorschlag des Vorentwurfs 2014.....	213
X. Präzisierungen zur Regelung der Verjährung	217
XI. Änderungsvorschläge ausserhalb des Verantwortlichkeitsrechts	217
1. Erleichterungen der Informationsbeschaffung	218
2. Regeln zum Organverhalten	219
3. Schiedsgerichtsbarkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten.....	220
XII. Nicht angesprochene Problemkreise	220
1. Korrelation von Risiken und Chancen	220
2. Bessere Vorhersehbarkeit des Verantwortlichkeitsrisikos	223
3. Der Faktor Zeit	226
4. Haftung im Konzernverbund	227
XIII. Haftungsrisiken ausserhalb des Aktienrechts	229
1. Haftungsrisiken aus Sozialversicherungsrecht.....	229
2. Haftungsrisiken aus Steuerrecht	231
XIV. Vorläufige Würdigung	232

Das Verantwortlichkeitsrecht nimmt in der Diskussion zur Reform des Aktienrechts – sie wurde bereits kurz nach dem Inkrafttreten des geltenden Rechts Mitte 1992 wieder aufgenommen und ist seit der Veröffentlichung eines Vorentwurfs Ende 2005 intensiviert worden – einen hohen Stellenwert ein. Dies zu Recht, vor allem aus drei Gründen:

- Zum einen ist die *Zahl gerichtlicher Auseinandersetzungen* in diesem Rechtsgebiet besonders *hoch*¹. Und dabei zeichnet die Zahl der veröffentlichten Entscheide nur ein unvollständiges Bild: Nicht berücksichtigt wird die häufige schiedsgerichtliche Erledigung². Unberücksichtigt bleiben sodann die Fälle – und es dürften diese die grosse Mehrheit sein –, die im Laufe des Gerichtsverfahrens oder schon in dessen Vorfeld durch Vergleich erledigt werden.
- Dem Verantwortlichkeitsrecht bzw. seiner Konkretisierung in Entscheiden kommt nicht nur eine sanktionierende Wirkung zu, sondern es folgen daraus auch *positive Anweisungen für die Ausübung von Organfunktionen*: Bekanntlich enthält das Gesetz mit Bezug auf die Pflichten von Exekutivorganen neben einer Reihe von spezifischen, mehr formalen Anweisungen an den Verwaltungsrat als Gremium und der berühmten Liste unübertragbarer Aufgaben in Art. 716a OR nur die in Art. 717 OR verankerten allgemeinen Pflichten, die „Aufgaben mit aller Sorgfalt [zu] erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren“ sowie „die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“. Was dies im Einzelnen bedeutet, lässt sich aus den Entscheiden zu den pathologischen Situationen herleiten, in denen es zur Klage wegen einer (behaupteten) schuldhaften Pflichtverletzung gekommen ist. Das Verantwortlichkeitsrecht ist damit quasi die *Gussform*, aus der sich als positives Abbild *Konkretisierungen zu Art. 717 OR und insb. zu dessen Abs. 1 ergeben*.

¹ Siehe dazu etwa die in STOFFEL WALTER A., Das Gesellschaftsrecht 2013, SZW 2014, 212 ff., 220 ff. veröffentlichte Zusammenstellung der Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht im Jahr 2013; sodann die Übersicht von KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter 24. Oktober 2011, Rz 3 ff.

² Dazu schon DÜGGELIN HANS, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, Diss. Bern 1997 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 19, 101 f. Sollte die für die Aktienrechtsreform vorgeschlagene explizite Zulassung statutarischer Schiedsklauseln mit Bindung auch für Dritte (dazu unten, XI.3.) umgesetzt werden, dürfte sich die Bedeutung schiedsgerichtlicher Verfahren noch erhöhen.

- Schliesslich werden auch vielfach – und zu Recht – die unerwünschten Ergebnisse des geltenden Rechts kritisiert, die es in einer Reform zu korrigieren gilt:

I. Die Kritik am geltenden Recht

In der Literatur der letzten Jahre und Jahrzehnte zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass die geltende Ordnung in zweierlei Hinsicht zu *ungerechten Resultaten* führt:

- Die persönlichen Haftungskonsequenzen hängen massgebend davon ab, ob eine Aktiengesellschaft *in Konkurs gerät oder nicht*:³

Solange eine Gesellschaft aufrecht steht, kommt es äusserst selten zu einer persönlichen Haftung von Organpersonen⁴. Fällt sie dagegen in Konkurs, sind Klagen Routine. Diese sind für die Verantwortlichen oft mit persönlichen Konsequenzen finanzieller, aber auch nicht finanzieller Natur verbunden, die weit über das hinausgehen, was bei Pflichtwid-

³ Dazu etwa BaK OR-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 2 ff., Art. 757 N 1 ff.; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 214 ff. und N 272 ff.; BUFF FELIX/VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 2015, 269 ff., 271 ff.; FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005, Rz 316 ff.; KELLER (FN 1) Rz 3; so auch Vernehmlassung HANDSCHIN (allgemein zu den Vernehmlassungen [FN 25]), 5, wonach der Verwaltungsrat unter dem jetzigen Regime nur den Konkurs fürchten muss.

⁴ Die Fälle, in denen in den letzten vier Jahrzehnten bei aufrecht stehenden Publikumsgesellschaften Haftungsansprüche gegen Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung geltend gemacht wurden, lassen sich an einer Hand abzählen, und es ging dabei jeweils um ganz andere Ziele als die Durchsetzung von Schadenersatz: um eine Plattform für öffentliche Auftritte, darum, sich den *Usance Value* einer Klage abkaufen zu lassen oder auch um das Ziel, eine Aktiengesellschaft in ihrer Handlungsfreiheit einzuschränken oder sie gar für eine Übernahme sturmreif zu schießen.

rigkeiten ähnlicher Art im Rahmen von Arbeits- oder Mandatsverhältnissen zu befürchten ist⁵.

- Ungerecht ist auch, dass gegen die Revisionsstelle – obwohl nie selbst im *Driver Seat* und obwohl nur mit einer begrenzten Aufgabe betraut – oft viel härter vorgegangen wird als gegen die fehlbaren Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung⁶.

Den Gerichten ist es nicht gelungen, diese Ungereimtheiten zu korrigieren. Der *Federstrich des Gesetzgebers* drängt sich daher auf.

II. Blick zurück und Übersicht

1. Der Vorentwurf 2005

Ein im Dezember 2005 vom Bundesrat veröffentlichter Vorentwurf⁷ beschränkte sich im Rahmen des Verantwortlichkeitsrechts auf eine *Neuordnung der Revisionshaftung*: In Anlehnung an ausländische Vorbilder wurde eine *summenmässige Begrenzung* der solidarischen Haftung der Revisionsstelle vorgesehen, falls diese nur ein leichtes Verschulden trifft⁸.

Im Übrigen sollte – abgesehen von der Streichung einer Regelung zur Tragung der Verfahrenskosten, die seither mit der Einführung der Eidg. Zivilprozessordnung aufgehoben worden ist⁹ – alles beim Alten bleiben.

⁵ Insofern wird das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht zu Recht als „eines der strengsten der Welt“ bezeichnet, DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, begründet von GUHL THEO, 11. Aufl., Zürich 2015, § 14 Rz 126.

⁶ Dazu und zu den Gründen vgl. unten, IX.1.

⁷ „VE 2005“, am 13. Dezember 2005 in die Vernehmlassung gegeben mit einem Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 („Begleitbericht 2005“).

⁸ Vgl. unten, IX.2.

⁹ OR 1991 Art. 756 II.

2. Der Entwurf 2007

Der Entwurf 2007¹⁰ behielt diesen engen Fokus bei, schlug aber für die Revisionshaftung wegen grossmehrheitlicher Ablehnung einer summenmässigen Begrenzung in der Vernehmlassung zum VE 2005¹¹ eine andere Lösung vor:

„Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.“¹²

¹⁰ Änderungen des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 751 ff. („E 2007“), mit Botschaft vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff. („Botschaft 2007“).

Zur Regelung im E 2007 vgl. etwa SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, in: WATTER ROLF (Hrsg.), Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsreform. Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010 = SSHW 300, 299 ff., sodann BÄRTSCHI HARALD, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: SETHE ROLF/ ISLER PETER R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 39 ff.; BAHAR RASHID/TRIGO TRINDADE RITA, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR 2008, 146 ff.; BÖCKLI PETER, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts – Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 2008, 333 ff., 361; FORSTMOSER PETER, Die „grosse“ Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: WATTER ROLF (Hrsg.), Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsreform, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010 = SSHW 300, 1 ff., 38; GLANZMANN LUKAS, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 211 ff., 255 f.; PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, AJP 2009, 12 ff.; WIDMER DIETER/CAMPONOVICO RICO A., Ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage ..., ST 2008, 997 ff. Allgemeine Ausführungen zu möglichen Entwicklungen des Verantwortlichkeitsrechts *lege ferenda* finden sich etwa bei HABLÜTZEL OLIVER, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2009 = SSHW 278 und bei VOGT HANS-UELI, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, 144 ff.

¹¹ Vgl. Botschaft 2007 (FN 10) 1695.

¹² E 2007 Art. 759 Abs. 1^{bis}, dazu Botschaft 2007 (FN 10) 1695 f.

3. Der Vorentwurf 2014

Der Vorentwurf 2014¹³ übernimmt den Vorschlag zu einer Neuordnung der Revisionshaftung unverändert aus dem E 2007¹⁴, spannt aber den Bogen der Revisionsvorschläge weiter:

- Die unter geltendem Recht stumpfe Waffe der Verantwortlichkeitsklage bei aufrecht stehender Gesellschaft soll geschärft werden, vor allem durch vermehrte Kompetenzen der Aktionäre mit Bezug auf die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens¹⁵ und durch das Recht einer (kleinen) Minderheit, auf Kosten der Gesellschaft zu klagen¹⁶, ferner durch eine Verlängerung der Frist zur Klageeinleitung nach einem Entlastungsbeschluss der Generalversammlung¹⁷.
- Festgehalten wird an der unbeschränkten solidarischen Haftung für jedes Verschulden¹⁸. Immerhin soll die Bundesgerichtspraxis zur Behandlung des Rangrücktritts in Verantwortlichkeitsprozessen entschärft werden¹⁹.
- Neu soll der unabhängige Stimmrechtsvertreter in den Kreis der verantwortlichen Personen aufgenommen werden²⁰, während die spezifi-

¹³ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 („VE 2014“), mit Erläuterndem Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) („Bericht 2014“).

¹⁴ VE 2014 Art. 759 Abs. 2, dazu unten, IX.2. und IX.3.

¹⁵ VE 2014 Art. 756 Abs. 2, dazu unten, V.

¹⁶ VE 2014 Art. 697j und 697k, dazu unten, VI.2.

¹⁷ VE 2014 Art. 758 Abs. 2, dazu unten, VII.

¹⁸ Art. 754 und 759 OR.

¹⁹ VE 2014 Art. 757 Abs. 4, dazu unten, VIII.2.

²⁰ VE 2014 Art. 754 Abs. 1, dazu unten, IV.1.

- sche Haftung für Fehlinformationen bei Sachübernahmen zusammen mit dem Tatbestand der Sachübernahme selbst entfallen soll²¹.
- Schliesslich wird die Regelung der Verjährung präzisiert²².

Auf diese Vorschläge – und am Rande auf weitere, die sich indirekt auf das Verantwortlichkeitsrecht auswirken²³, sowie umgekehrt auf Themen, die, obwohl verantwortlichkeitsrechtlich relevant, im Vorentwurf nicht angesprochen sind²⁴ – wird im Folgenden eingetreten.

III. Im Grundsatz unverändertes Konzept²⁵

Zu betonen ist vorab, dass trotz zahlreicher Änderungsvorschläge das Konzept des schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts – die gesetzliche Verankerung einer persönlichen Haftung von Organpersonen für allen durch ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten adäquat (mit)verursachten Scha-

²¹ VE 2014 Art. 753 Ziff. 1, vgl. dazu Bericht 2014 (FN 13) 158 und zum Wegfall der Sachübernahme als qualifiziertem Tatbestand bei der Gründung oder Kapitalerhöhung a.a.O. 23 f.

²² VE 2014 Art. 760, dazu unten, X.

²³ Dazu unten, XI.

²⁴ Dazu unten, XII.

²⁵ Vgl. dazu insb. GRAF DAMIAN, Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, AJP 2015, 720 ff.; CHABLOZ ISABELLE, Vers un renforcement des droits des actionnaires ..., Jusletter, 18. Mai 2015; ROBERTO VITO, Wie weiter mit der Revisionshaftung?, in: WALDBURGER et al. (Hrsg.), Law & Economics, FS Nobel, Zürich 2015, 253 ff.; Bericht 2014 (FN 13), insb. 50 f., 158 ff. Kritische Auseinandersetzungen finden sich in den *Vernehmlassungen*, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>, vor allem in solchen von im Wirtschaftsrecht spezialisierten Anwaltskanzleien.

Eine allgemeine Übersicht zum VE 2014 vermitteln POGGIO KARIN/ZIHLER FLORIAN, Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts, ST 2015, 93 ff. und BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsreform, GesKR 2015, 1 ff.

den, und zwar unter (differenzierter) solidarischer Haftbarkeit aller Verantwortlichen – im Grundsatz unverändert bleibt, ebenso das (im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltete) Klagerecht von Gesellschaft, Aktionären und Gläubigern.

IV. Veränderungen im Kreis der Passivlegitimierten

Während in VE 2014 Art. 754 eine Erweiterung der möglichen Beklagten durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vorgeschlagen wird, soll in Art. 753 Ziff. 1 die Haftung für Fehlverhalten im Rahmen von Sachübernahmen gestrichen werden.

1. Erweiterung des Kreises der potentiell Verantwortlichen um den unabhängigen Stimmrechtsvertreter²⁶

Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013²⁷ regelt in Art. 8 ff. ausführlich den in Art. 95 Abs. 3 BV vorgesehenen unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Dem trägt der VE 2014 unter anderem dadurch Rechnung, dass jener der Haftung von Organpersonen unterstellt werden soll²⁸.

Der Bericht 2014 begründet dies damit, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter „eine wichtige Stellung hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts der Aktionärinnen und Aktionäre erhält“²⁹, wobei als Beispiel für einen durch ihn allenfalls verursachten Schaden die Kosten einer wegen seines fehlerhaften Verhaltens notwendig werdenden Wiederholung der Generalversammlung erwähnt werden³⁰.

²⁶ Dazu ausführlich GRAF (FN 25), 721 f.

²⁷ „VegüV“, SR 221.331.

²⁸ VE 2014 Art. 754 Abs. 1.

²⁹ A.a.O. 158.

³⁰ A.a.O. 158. Dies wird von GRAF (FN 25), 722 bezweifelt.

Diese Ausdehnung der Organverantwortlichkeit wird überwiegend *kritisiert*, vor allem mit der Begründung, der unabhängige Stimmrechtsvertreter sei *kein Organ*³¹. Von einer Minderheit wird sie dagegen begrüsst und entweder die Organstellung bejaht oder betont, dass es auf die fehlende Organstellung nicht ankommen könne³². M.E. sollte es in dieser Frage in der Tat nicht auf dogmatische Überlegungen ankommen. Es ist irrelevant, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter nicht als Organ – und schon gar nicht als Exekutivorgan – zu qualifizieren ist. Massgebend ist vielmehr, *ob die Rechtsfolgen von Art 754 ff. OR passen*, und dies ist m.E. *zu verneinen*:

- Die Aufgaben des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sind völlig andere als die der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Er führt ausschliesslich – ohne Ermessensfreiheit – die Weisungen von Aktionären aus. Das ist zweifellos eine wichtige Aufgabe, aber keine, die in den Kontext der Haftung für die Oberleitung und die Geschäftsführung passt.
- Daher dürfte es – wenn man von wenig wahrscheinlichen Fällen einer Kollusion absieht – auch kaum je eine gemeinsame schuldhafte (Mit-) Verursachung von Schaden durch Exekutivorgane und den unabhängigen Stimmrechtsvertreter geben, die zur Solidarität führen könnte.

³¹ Vgl. etwa BÖCKLI (FN 25), 1 ff., Ziff. 33 sowie etwa die Vernehmlassungen (FN 25) BERTSCHINGER (26), VON DER CRONE (53), FISCHER (11) und WALDER WYSS (48); zögernd zur Qualifikation GRAF (FN 25), 421/22. Über die als Begründung genannte Auffassung, der Liquidator sei auch kein Organ, liesse sich freilich diskutieren.

³² HUBACHER KEVIN, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Würdigung ausgewählter stimmrechtsvertretungsrechtlicher Aspekte sowie der Stimm- und Offenlegungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen, Jusletter, 20. Januar 2014, Rz 14 qualifiziert den unabhängigen Stimmrechtsvertreter seit Inkrafttreten der VegüV als (funktionales) Organ der Gesellschaft. Zur Begründung führt er aus, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter dauerhaft für ein Jahr von der Generalversammlung gewählt wird und die VegüV dessen Fehlen als Organisationsmangel bezeichnet (s. Art. 8 Abs. 6 Satz 2 VegüV). Insbesondere die erforderliche Unabhängigkeit spreche nicht gegen das Vorliegen einer Organstellung, denn Unabhängigkeit werde auch bei der Revisionsstelle gefordert. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Organbegriff schliesse eine Subsumption des unabhängigen Stimmrechtsvertreters als (funktionales) Organ nicht per se aus (s. BaK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 85 sowie BGE 117 II 570, 571 E. 3).

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter steht in einem *Mandatsverhältnis zur Gesellschaft*³³, das Auftragsrecht passt, und es besteht insofern keine Haftungslücke³⁴.

Einen Unterschied zwischen Art. 398 und Art. 754 ff. OR könnte es immerhin mit Bezug auf die *Klageberechtigten* geben: Es ist umstritten, ob der unabhängige Stimmrechtsvertreter in einer Rechtsbeziehung auch zu den einzelnen Aktionären steht³⁵, weshalb ungewiss ist, ob diese gegen ihn vertragsrechtlich vorgehen können. Jedenfalls enthält das Auftragsrecht keine Basis für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens durch Aktionäre³⁶. Erachtet man eine solche für erforderlich – was ich bezweifle³⁷ –, dann würde sich eine *selbständige Regelung* aufdrängen – im Verantwortlichkeitsrecht oder bei der materiellen Ordnung der Pflichten des Unabhängigen.

2. Wegfall der Verantwortlichkeit wegen Fehlverhaltens bei Sachübernahmen

In Art. 753 Ziff. 1 OR (Gründungshaftung) soll die Verantwortlichkeit für Fehlverhalten bei Sachübernahmen gestrichen werden, eine zwangsläufige

³³ Vgl. etwa GRAF (FN 25), 721 sowie Vernehmlassung VON DER CRONE (23); BaK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 77; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 10 N 12 mit weiteren Hinweisen; wohl auch GesKR-Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, N 14 f.

³⁴ GRAF, a.a.O.

³⁵ Vgl. die Übersicht bei GRAF (FN 25), bei FN 7 ff., der dies mit einem Grossteil der Lehre bejaht; a.M. Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 10 N 11, 48 und 52, der sich bezugnehmend auf die neue Regelung gemäss VegüV gegen eine Vertragsbeziehung ausspricht; ähnlich auch MEYER PHILIPPE, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 2006 = SSW 259, 105 f., wonach sich die rechtliche Beziehung zum Aktionär aus derjenigen zwischen dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter und der Gesellschaft ableitet. Jedoch sei dieses Verhältnis weder ein selbständiges Auftragsverhältnis, noch liege in der Regel eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

³⁶ Art. 756 Abs. 1 OR.

³⁷ Ähnlich etwa GRAF (FN 25), 722 sowie Vernehmlassung BÄR & KARRER (54).

Folge davon, dass der Tatbestand der Sachübernahme als solcher entfallen soll³⁸.

V. Klärung und Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung

Einem Megatrend in der rechtspolitischen Diskussion zum schweizerischen Aktienrecht folgend sollen auch im Verantwortlichkeitsrecht die *Kompetenzen der Generalversammlung erweitert*³⁹ bzw. präzisiert werden: Nach VE 2014 Art. 756 Abs. 2 soll die Generalversammlung beschliessen können, dass die Gesellschaft Klage erhebt. Zudem soll sie entscheiden, ob der Verwaltungsrat oder ein ausstehender Vertreter mit der Prozessführung beauftragt werden soll, was in VE 2014 697j Abs. 2 nochmals bestätigt wird.

Dass dadurch die Kompetenzen der Generalversammlung erweitert werden, dürfte freilich nicht zutreffen: Zumindest die Kompetenz zur Beschlussfassung über die Klageerhebung an sich dürfte nach herrschender Lehre und Praxis schon unter geltendem Recht bei der Generalversammlung liegen⁴⁰, und kaum etwas spricht angesichts des oft manifesten Interessenkonflikts, in welchem sich Mitglieder des Verwaltungsrates mit Bezug auf Verantwortlichkeitsverfahren oft befinden, gegen ein Recht der Generalversammlung, den Prozessvertreter zu bestimmen⁴¹. Gegen die vorgeschlagene Ergänzung

³⁸ Zur Begründung vgl. Bericht 2014 (FN 13), 22 ff. – Der Verzicht auf den Tatbestand der Sachübernahme ist angesichts der unendlichen Diskussionen über dessen Tragweite in Literatur und Gründungspraxis zu begrüßen. Teilweise dürfte die Lücke durch die Organverantwortlichkeit nach Art. 754 OR und die Haftung für Fehlverhalten im Rahmen von Sacheinlagen (Art. 753 Ziff. 1 OR, in dieser Hinsicht im Revisionsvorschlag unverändert) abgedeckt sein.

³⁹ Dazu etwa Bericht 2014 (FN 13), 115 (mit Verweisung auf S. 158) sowie GRAF (FN 25), 722 f.

⁴⁰ Das Gesetz setzt dies in Art. 693 Abs. 2 Ziff. 4 als selbstverständlich voraus, indem festgehalten wird, dass für entsprechende Beschlüsse die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien ausgeschlossen sein soll.

⁴¹ Dies wird vom Bundesgericht für das geltende Recht vorausgesetzt und indirekt bestätigt, BGE 132 III 702 E. 3.

ist daher nichts einzuwenden, sie ist harmlos⁴² und, soweit ersichtlich, unbestritten.

VI. Erleichterung und Förderung von Aktionärsklagen⁴³

1. Die Realität unter geltendem Recht

Eine zentrale – und berechtigte – Kritik an der derzeitigen Realität des Verantwortlichkeitsrechts lautet, es bleibe die persönliche Haftung *toter Buchstabe*, solange die *Gesellschaft nicht in Konkurs* fällt⁴⁴.

- Zwar hat die Gesellschaft nach Art. 754 Abs. 1 OR die Möglichkeit, die Organpersonen für allen Schaden zu belangen, den diese durch ein wenn auch nur leicht fahrlässiges Verhalten (mit)verursacht haben⁴⁵. Aber der *Verwaltungsrat* ist oft wenig motiviert, eine Klage anzustrengen: Die Vorwürfe könnten auf ihn zurückfallen, und jedenfalls ist die Belastung durch eine Verantwortlichkeitsklage der ungestörten Geschäftsentwicklung nicht förderlich⁴⁶.

⁴² Zur viel wichtigeren massiven Erleichterung des Klagerechts einer Aktionärsminorität vgl. sogleich unten, VI.

⁴³ Vgl. Dazu etwa CHABLOZ (FN 25), Ziff. I. 3. und GRAF (FN 25), 724 ff.; ferner als Beispiel für die knappen (und fast durchwegs negativen) Positionsbezüge in den Übersichten zu den Revisionsvorschlägen etwa BÖCKLI (FN 25), Ziff. 30. Zahlreiche Vernehmlassungen (zu diesen vgl. FN 25) gehen auf dieses Thema ein, wiederum meist überwiegend negativ und teils mit Vorschlägen für Alternativen. Zur Rechtfertigung vgl. Bericht 2014 (FN 13), 47 ff. und zusammenfassend POGGIO/ZIHLER (FN 25), Ziff. 2.2.7.

⁴⁴ Dazu schon oben, I., 2. Bullet Point.

⁴⁵ Die Möglichkeit einer Minderung der Ersatzpflicht gestützt auf Art. 759 Abs. 1 ist in der Praxis schon wegen der Solidarität kaum relevant; wichtiger ist schon eher eine sich wegen der finanziellen Leistungs(un)fähigkeit von Beklagten tatsächlich und ohne Rechtsgrund ergebende faktische Reduktion, dazu etwa ROBERTO (FN 25), 255, wonach sich „die differenzierte Solidarität von der „normalen“ Solidarität im Ergebnis nicht unterscheiden dürfte.“

⁴⁶ Auch dürften Gläubiger, die gegen die Gesellschaft vorgehen wollen, nur darauf warten, dass im Verantwortlichkeitsverfahren interne Schwächen und der Gesellschaft anzulastende Verfehlungen von Organpersonen (vgl. Art. 722 OR) offenge-

- Bleibt die *Aktionärsklage*, für die Art. 756 – theoretisch – eine ideale Grundlage bereitstellt: Jeder einzelne Aktionär, auch wenn er nur eine einzige Aktie besitzt, kann den Gesellschaftsschaden einklagen. Die Krux besteht darin, dass die Ersatzleistung folgerichtig an die Gesellschaft zu zahlen ist und die klagenden Aktionäre im Erfolgsfall nur indirekt, im Umfang ihrer Beteiligungsquote, profitieren⁴⁷. Hohen Verfahrenskosten stehen daher – zumindest bei kleineren und mittleren Aktienbeteiligungen – bescheidene oder zu vernachlässigende Erträge im Erfolgsfall gegenüber. Von Grossaktionären abgesehen entspricht es daher einer *rationalen Apathie*, von einer Klage Abstand zu nehmen, auch wenn deren Chancen gut wären.

Der Bericht 2014⁴⁸, S. 48 führt dazu Folgendes aus:

„Vom Standpunkt der ... Gesamtheit der Aktionärinnen und Aktionäre ist die Erhebung einer Klage wünschenswert, wenn die anfallenden Kosten geringer sind als die gesamten erzielten Vorteile. ... [W]egen des fehlenden wirtschaftlichen Interesses der einzelnen Aktionärin oder des einzelnen Aktionärs bleiben jedoch Klagen, die den Ersatz für Schäden der Gesellschaft ... bezwecken, die Ausnahme. Deshalb bleiben Pflichtverletzungen der Organe zu oft ohne Folgen.“

Neben dem fehlenden finanziellen Anreiz und dem *free rider*-Problem⁴⁹ kommt als praktisches Hindernis hinzu, dass Verantwortlichkeitsklagen, wenn sie ausprozessiert werden, *viel zu lange dauern*⁵⁰. Zudem ist die Informationslage für die Substantiierung der Klage oft ungenügend⁵¹.

legt werden. Dies gilt ganz besonders dann, wenn Klagen in den USA anhängig gemacht worden sind.

⁴⁷ Bei einer von einem Kleinaktionär (Anwalt und medienbewusst) seinerzeit eingereichten Klage auf CHF 10 Mio. wurde ein finanzieller Vorteil des Klägers bei vollem Obsiegen in der Höhe von nur gerade 7 Franken errechnet. Die Klage wurde denn auch bald einmal sang- und klanglos zurückgezogen, ohne dass die Bedingungen des offenbar abgeschlossenen Vergleichs je bekannt geworden wären.

⁴⁸ FN 13.

⁴⁹ Die Vorteile einer erfolgreichen Klage kommen sämtlichen Aktionären in gleicher Weise zu, also auch denen, die passiv geblieben und kein Risiko eingegangen sind.

⁵⁰ Die Prozesse, die nach dem Zusammenbruch des Swissair Konzerns angestrengt wurden, sind nach anderthalb Jahrzehnten noch nicht beendet. Die Ersatzforderun-

In der Lehre sind – so der Bericht 2014⁵² –

„verschiedene Vorschläge zu finden, wie Anreize geschaffen werden können, damit die Aktionärinnen und Aktionäre auch im Gesamtinteresse handeln. Es wird dabei versucht, das individuelle wirtschaftliche Interesse der Aktionärin oder des Aktionärs zu stärken, indem ihre oder seine Kosten gesenkt oder die individuellen Vorteile im Falle des Obsiegens im Prozess erhöht werden.“⁵³

2. Der bundesrätliche Vorschlag

Der Vorentwurf will die Anhebung von Klagen durch *massive Klageerleichterungen* im Sinne eines *Minderheitenrechts zur Klage auf Kosten der Gesellschaft* fördern. Das Resultat ist eine äusserst komplizierte Ordnung, zeitraubend in der Umsetzung und in sich nicht in allen Punkten stimmig, eine Ordnung auch, die das Urteil des Richters an die Stelle des Entscheides einer allenfalls grossen Aktionärsmehrheit setzt⁵⁴.

gen liegen längst nicht mehr bei den ursprünglich Geschädigten, und die Gläubigervertreter sollen zum Teil Mühe haben, die heute Berechtigten überhaupt noch zu finden.

⁵¹ Zu Verbesserungsvorschlägen vgl. unten, XI.1.

⁵² FN 13, 48.

⁵³ Mit Hinweisen auf CHABLOZ ISABELLE, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Habilitationsschrift, Genf 2012, 460 ff.; VON DER CRONE HANS CASPAR, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SZW 1998, 164; VOGT HANS-UELI/BASCHUNG MANUEL, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative „gegen die Abzockerei“?*, GesKR 2013, 46. Vgl. auch unten, bei FN 76 ff.

⁵⁴ Fast alle Positionsbezüge in der Lehre wie auch in den Vernehmlassungen kommen zu diesem Schluss, vgl. statt aller CHABLOZ (FN 25), IV.; ferner aus der Sicht der betroffenen Gesellschaften FRICK DAVID, *Unberechenbares Aktienrecht*, FuW vom 12. Mai 2015, 2. – Im Rahmen seiner Grundsatzentscheide vom 4. Dezember 2015 (vgl. Sternchenfussnote) hat nun der Bundesrat auf das Minderheitenrecht einer Klage auf Kosten der Gesellschaft verzichtet, vgl. POGGIO/ZIHLER (FN 25), 2.9.

Der Vorschlag des VE ergibt sich aus VE 2014 Art. 697j und 697k⁵⁵ und der Anpassung der Zivilprozessordnung durch die Einfügung eines Art. 107 Abs. 1^{bis} ⁵⁶. Er kann wie folgt skizziert⁵⁷ werden⁵⁸:

- Es bleibt dabei, dass die Klage auf *Leistung an die Gesellschaft* geht und dieser das positive Prozessergebnis vollumfänglich zukommt. Vorschläge, die klagenden Aktionäre analog zu den nach Konkurseröffnung klagenden Gläubigern zu privilegieren⁵⁹, wurden abgelehnt⁶⁰.
- Es bleibt aber auch dabei, dass das Klagerecht als *Individualrecht eines jeden einzelnen* Aktionärs und nicht als Minderheitenrecht ausgestaltet ist.
- Ein Minderheitenrecht wird jedoch dadurch eingeführt, dass das *Kostenrisiko entschärft wird*, wenn auch nur eine kleine Minderheit⁶¹ eine Klage anstrengen will:

⁵⁵ Die beiden Artikel enthalten eine allgemeine Ordnung für Aktionärsklagen auf Kosten der Gesellschaft, die auch für die Rückerstattungsklage nach VE Art. 678 f. gelten soll.

⁵⁶ *Wiedereinführung* des früheren Art. 756 Abs. 2 OR, der durch Art. 107 Abs. 1 ZPO ersetzt wurde, einer Bestimmung, die zwar eine Abweichung von der normalen Kostentragungsregel zwischen den Prozessparteien erlaubt, nicht aber die Abwälzung von Kosten auf einen Dritten wie die Gesellschaft bei der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens, vgl. dazu GRAF DAMIAN K., *Swiss derivative actions and economic (ir)rationality*, SZW 2013, 406 ff.

⁵⁷ Eine ausführliche Darstellung erübrigt sich schon deshalb, weil es der Vorschlag des VE 2014 angesichts seiner grossmehrheitlichen Ablehnung nicht bis in den bundesrätlichen Entwurf schaffen dürfte.

⁵⁸ Ausführlich zu den einzelnen Schritten GRAF (FN 25), 724 ff., CHABLOZ (FN 25), III., jeweils mit weiteren Hinweisen; Bericht 2014 (FN 13), 48 ff. und 115 ff. sowie neuestens MÜLLER KARIN, *Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht*, ZBJV 2015, 801 ff., insb. 827 ff.

⁵⁹ Art. 757 Abs. 2 OR.

⁶⁰ Vgl. Bericht 2014 (FN 13), 49 f.

⁶¹ 3% des Aktienkapitals oder der Stimmen bei börsenkotierten Aktien, 10% bei Gesellschaften, deren Aktien nicht börsenkotiert sind, VE 2014 (FN 13), Art. 697j Abs. 1.

- Diese Minderheit⁶² kann der Generalversammlung die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft beantragen⁶³.
- Lehnt die Generalversammlung den Antrag ab, dann können Minderheitsaktionäre⁶⁴ „innert drei Monaten das Gericht um Zulassung der Klage auf Kosten der Gesellschaft ersuchen“.⁶⁵ Analoges gilt, wenn die Gesellschaft die Klage trotz Zustimmung der Generalversammlung nicht innert sechs Monaten anstrengt: Es kann dann „jeder Aktionär die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft verlangen.“⁶⁶
- Das Gericht heisst das Gesuch gut, wenn kumulativ:
 - „a. die Gesuchsteller eine Verletzung von Gesetz oder Statuten und einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft glaubhaft machen;
 - b. die Gesuchsteller ihre Beteiligung erworben haben, bevor sie Kenntnis von der geltend gemachten Verletzung von Gesetz oder Statuten erhalten haben; und
 - c. die Klage nicht überwiegenden Interessen der Gesellschaft widerspricht.“
- Wird das Gesuch gutgeheissen, dann „können die berechtigten Aktionäre die Klage innert sechs Monaten erheben“⁶⁷, wobei diese Frist „vom Gericht angemessen verlängert werden“ kann⁶⁸.

⁶² Soeben FN 61.

⁶³ VE Art. 697j Abs. 1. Der Antrag kann in jeder Generalversammlung gestellt werden, er muss nicht traktandiert sein (Ergänzung von Art. 703 Abs. 1 OR durch VE 2014 [FN 13], Art. 703 Abs. 1).

⁶⁴ Sie müssen über die gleiche Beteiligung verfügen wie für den Antrag an die Generalversammlung, vgl. soeben FN 61.

⁶⁵ VE 2014 Art. 697k Abs. 2.

⁶⁶ VE 2014 Art. 697j Abs. 3.

⁶⁷ VE 2014 Art. 697k Abs. 4.

⁶⁸ VE 2014 Art. 697k Abs. 5.

- Auf Antrag
„kann das Gericht die Gesellschaft zur Leistung eines Vorschusses oder einer Sicherheit zu Gunsten der Gesuchsteller verpflichten, damit diese die Vorbereitung und Führung des Entscheidverfahrens finanzieren können.“⁶⁹
- Unter dem Vorbehalt der Bös- oder Mutwilligkeit hat daher
„die Gesellschaft die Kosten des Entscheidverfahrens, unter Einschluss allfälliger Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie sämtliche Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung des Klägers zu tragen.“⁷⁰
- Diese für die Kläger und ihre Rechtsvertreter paradiesische Ordnung setzt immerhin voraus, dass das Gericht das Gesuch der Klagewilligen gutheisst. Aber selbst bei Ablehnung ist noch nicht aller Tage Abend:
Klagen Aktionäre ohne das Placet der Generalversammlung oder des Gerichts, dann kann das Gericht die Prozesskosten gemäss einer neu bzw. wieder in die ZPO aufzunehmenden Regelung
„nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen.“⁷¹

3. Ablehnung des bundesrätlichen Vorschlags, Alternativen

Eigentlich bräuchte es nur noch zwei Änderungen, und wir hätten – wollen wir das? – amerikanische Verhältnisse:

- Auf das Erfordernis der Aktionärsstellung bereits vor Kenntnis der gerügten Rechts- oder Statutenveränderung wird verzichtet⁷² und
- den Klägern wird eine Beteiligung am Erlös in Aussicht gestellt⁷³.

⁶⁹ VE 2014 Art. 697k Abs. 6.

⁷⁰ VE 2014 Art. 697k Abs. 7.

⁷¹ VE 2014 Vorschlag für ZPO Art. 107 Abs. 1^{bis}.

⁷² In der Vernehmlassung WALDER WYSS wird dies für den Fall angeregt, dass „der Erwerb in Unkenntnis der Verletzung von Gesetz oder Statuten erfolgte“ (FN 31), 32.

⁷³ Was zwar sinnvoll sein kann (vgl. sogleich bei FN 76), aber nicht im Rahmen der im VE vorgeschlagenen Regelung.

In der Vernehmlassung einer Publikumsgesellschaft wird dann auch befürchtet, die Regelung werde

„in der Praxis den sog. „activist shareholders“ dienen, welche mit der Zulassung der Klage auf Kosten der Gesellschaft ein weiteres Instrument erhielten, um Druck auf die Geschäftsleitung und den Verwaltungsrat der Gesellschaft ausüben und ihre Interessen durchdrücken und von der Gesellschaft Vorteile „erpressen“ zu können.“⁷⁴

Überdies weist der Vorschlag – worauf hier nicht eingegangen werden kann – technische Mängel auf.

Die Regelung des Vorentwurfs ist daher m.E. abzulehnen, und er wird angesichts des massiven Widerstandes in den Vernehmlassungen aller Voraussicht nach auch nicht in den Ende 2016 zu erwartenden bundesrätlichen Entwurf aufgenommen werden⁷⁵. Es ist daher auf die in der Lehre diskutierten *alternativen Vorschläge* zurückzukommen, von denen ich hier drei lediglich erwähnen möchte:

- *Vorrecht der Kläger am Prozesserlös* – analog zum Vorrecht von im Konkurs klagenden Aktionären oder Gläubigern gemäss Art. 757 Abs. 2 OR und gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG⁷⁶.

⁷⁴ Vernehmlassung UBS AG, 5 Rz 25.

⁷⁵ In der Tat hat der Bundesrat inzwischen seinen Vorschlag im Rahmen der Grundsatzentscheide vom 4. Dezember 2015 (vgl. Sternchenfussnote) zurückgezogen.

⁷⁶ Dazu insb. VOGT (FN 10), 147 ff.; ferner etwa TRIGO TRINDADE RITA, Chacun pour soi, un pour tous, tous pour tous, in: HÉRITIER LACHAT ANNE/HIRSCH LAURENT (Hrsg.), De lege ferenda, FS Hirsch, Genf 2004, 171 ff. sowie SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010 = SSHW 295, 155. Ob dabei ein Vorzugsrecht im Umfang des eigenen indirekten Schadens (zuzüglich des Ersatzes der Verfahrenskosten) genügt, wie dies TRIGO TRINDADE (173) und SUTER (155) annehmen, ist freilich zu bezweifeln, denn dieser Schaden ist bei Aktionären mit einer Beteiligung von einigen wenigen Aktien minim, was ja gerade die Krux der heutigen Ordnung ausmacht, und überdies wird er bereits nach geltendem Recht dadurch ersetzt, dass durch die Leistung der Beklagten an die Gesellschaft deren Wert im entsprechenden Umfang steigt, was indirekt auch den Klägern im Umfang ihrer Beteiligungsquote zukommt.

- Durchführung als *Verfahren ohne Streitwert* statt Anknüpfung an der Höhe des eingeklagten Anspruchs der Gesellschaft⁷⁷.
- Zulassung von Sammelklagen der indirekt geschädigten Aktionäre⁷⁸.

4. Die Kehrseite der Förderung von Verantwortlichkeitsklagen

Massnahmen zur Steigerung der Attraktivität dürften „auch eine präventive Funktion [haben]: Das Risiko, für die Verletzung ihrer Pflichten zu haften, schafft einen Anreiz für die Organe, sich regelkonform zu verhalten.“⁷⁹ Das ist sicher zutreffend, die Frage ist nur, *in welchem Ausmass* diese präventive Wirkung erwünscht ist. Dass sie das Ziel einer Neuordnung sein muss, ist unbestritten. Wird dieses Ziel aber verabsolutiert, dann geht dies auf Kosten einer – ebenfalls erwünschten – angemessenen Risikobereitschaft der Exekutivorgane, und das wiederum ist nicht im Interesse der Aktionäre und der übrigen Stakeholder⁸⁰.

VII. Zeitliche Erstreckung des Klagerechts nach Entlastung

Auch nach künftigem Recht soll sich ein Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur für die Gesellschaft und die zustimmenden Aktionäre⁸¹ auswirken⁸².

⁷⁷ Vorschlag in der Vernehmlassung von HANDSCHIN, 5.

⁷⁸ Vgl. DASSER FELIX/ROTH DAVID, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: SETHE ROLF/ISLER PETER R. (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014, 10, 293 sowie allgemein den Bericht des Bundesrates „Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten“ vom 3. Juli 2013.

⁷⁹ Bericht 2014 (FN 13), 47; HANDSCHIN (FN 77), 5 prognostiziert gar „eine enorme präventive Wirkung ...“.

⁸⁰ Darauf ist unten, XI.1. zurückzukommen.

⁸¹ Art. 758 Abs. 1 OR. Wirksam ist der Beschluss sodann auch gegenüber Aktienerwerbern, welche die Aktien nach der Beschlussfassung „in Kenntnis des Beschlusses erworben haben.“

Für die übrigen Aktionäre erlischt das Klagerecht nach geltendem Recht „sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss.“⁸³ Diese Sechsmonatsfrist ist kurz, zu kurz jedenfalls, um eine Klage auf den Bericht einer Sonderprüfung abzustützen und so ein gezieltes Klagen zu ermöglichen, wie dies in der Botschaft zur letzten Aktienrechtsreform von 1983⁸⁴ recht blauäugig als Begründung vorgetragen wird.

Der VE 2014 weicht vom geltenden Recht in zweierlei Hinsicht ab:

- Die Klagefrist wird auf zwölf Monate *erstreckt*⁸⁵.
- Sodann soll die Frist in zwei Situationen *still stehen*: „während dem Verfahren auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderuntersu-

⁸² Die Rechtswirkung der in der Praxis übermässig zelebrierten *Decharge* ist daher geringer als allgemein angenommen, wobei freilich die apodiktische Behauptung in Bericht 2014 (FN 13), 50 nicht zutrifft, wonach grundsätzlich „die geeigneten Tatsachen zum Begründen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nicht von der Entlastung gedeckt [sind] weil sie den Aktionärinnen und Aktionären im Moment der Abstimmung nicht bekannt waren.“ Angesichts der weitgehenden Offenlegungspflichten vor allem bei Publikumsgesellschaften gibt es oft sehr wohl haftungsbegründende Umstände, von denen die Generalversammlung weiss. Und es kommt auch vor – dies wird im Bericht richtig moniert – „dass solche Tatsachen den Aktionärinnen und Aktionären bekannt waren und dass eine Mehrheit von ihnen trotzdem die Entlastung gewährte“ (a.a.O., 50). Gründe dafür kann es viele geben: Passivität (wenn man mit der Führung der Gesellschaft nicht zufrieden ist, verkauft man die Aktien und macht nicht Mitwirkungsrechte geltend), eine Abwägung der Verdienste von Organpersonen und ihrer Fehlleistungen (eine Saldobetrachtung, die im Verantwortlichkeitsrecht freilich rechtlich nicht relevant ist), Zweifel am Prozesserfolg oder die Überzeugung, dass ein Prozess selbst bei erfolgreichem Ausgang der Gesellschaft (und damit auch ihren Aktionären) mehr schaden als nützen würde.

⁸³ Art. 758 Abs. 2 OR.

⁸⁴ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl. 1983 II 745, 835; vgl. FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 N 112 ff., sowie etwa GRAF (FN 25), 732.

⁸⁵ Es handelt sich aber wie bisher um eine Verwirkungs- und nicht etwa um eine Verjährungsfrist, wie im Bericht 2014, 50 unrichtig erklärt wird; GRAF (FN 25), 732; Vernehmlassung VON DER CRONE (FN 33), 23; unkorrekt dagegen TRINGANIELLO/OBERTIN (FN 146), 334.

chung⁸⁶ oder einem Verfahren zur Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft^{87,88}.

Diese Fristerstreckungen sind sinnvoll und aus praktischer Sicht eine Voraussetzung dafür, dass Aktionäre ihre Klage vernünftig vorbereiten können. Sie stellen einen weiteren Anreiz für die Aktionärsklage auf Leistung an die Gesellschaft dar, was zu begrüßen und wohl auch unbestritten ist, ganz im Gegensatz zum soeben in Ziff. V. besprochenen Vorschlag für Klageerleichterungen gemäss E Art. 697j und k.

Auf einem anderen Blatt steht, dass die Erstreckungen zu einer nochmaligen *Verlängerung der durchschnittlichen Dauer* von Verantwortlichkeitsprozessen führen könnten, obschon die überlange Prozessdauer bereits heute ein Hauptproblem von Verantwortlichkeitsklagen ist⁸⁹.

VIII. Korrektur der bundesgerichtlichen Praxis zur Auswirkung von Rangrücktritten

1. Das geltende Recht und seine Anwendung durch das Bundesgericht

Art. 725 Abs. 2 OR verlangt, dass der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen und so in der Regel den Konkurs einzuleiten⁹⁰ hat, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, dies aber nur, „sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.“ Das Bundesgericht hat entschieden, dass durch diese Regel zwar der Gang zum Richter hinausgeschoben werden kann, dass aber in einem späteren Konkurs die mit einem Rangrücktritt belegten Forderungen voll *als Schaden anzurechnen* sind. Sie werden zwar den

⁸⁶ Dies die künftige Bezeichnung der Sonderprüfung.

⁸⁷ Dazu soeben V., bei FN 64 f.

⁸⁸ VE 2014 Art. 758 Abs. 2.

⁸⁹ Dazu unten, XII.3.

⁹⁰ Art. 725a Abs. 1 OR.

übrigen Verpflichtungen der Gesellschaft hintangestellt und im Konkurs zuletzt bedient, aber sie sind *nicht untergangen* und zählen daher als Schaden in Verantwortlichkeitsprozessen.

Diese mittlerweile gefestigte Bundesgerichtspraxis⁹¹ ist von der Lehre unterschiedlich – aber überwiegend kritisch – aufgenommen worden⁹², weil dadurch das Instrument des Rangrücktritts im Rahmen von Sanierungen seine Attraktivität verlieren könnte⁹³.

2. Korrektur unerwünschter Konsequenzen

Dass eine Forderung trotz Rangrücktritts nicht untergeht und dass sie daher im Konkursfall Teil des Schadens ist, kann dogmatisch nicht bestritten werden⁹⁴. Doch setzt die Position des Bundesgerichts m.E. am falschen Ort an: Es geht nicht darum, ob ein Schaden vorliegt – das bestimmt sich nach der Differenztheorie durch den Vergleich der effektiven Höhe des Gesellschaftsvermögens mit der Höhe, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte⁹⁵ –, sondern um die Frage, ob die *verantwortlichen Organper-*

⁹¹ Vgl. etwa Urteile 4A_91/2011 vom 9. Juni 2011, 4A_277/2010 vom 2. September 2010, sodann 4C_58/2007 vom 25. Mai 2007. Zur unkorrekten Berufung auf Ausführungen der Lehre durch das Bundesgericht vgl. CAMPONOVO RICO A./BAUMGARTNER ANDREAS C., Wird der Rangrücktritt unbrauchbar?, ST 2011, 1036 ff.

⁹² Überzeugende Kritik bei CAMPONOVO/BAUMGARTNER (FN 91) sowie, mit Bezug auf den Entscheid 4C_58/2007 vom 25. Mai 2007, bei HIRSCH ALAIN, Responsabilité de l'organe de révision – portée d'une postposition de créance, SZW 2007, 412 ff.; befürwortend GRAF (FN 25), 729.

⁹³ In der Praxis behilft man sich nun damit, dass Rangrücktritte mit einer Verzichtserklärung für den Fall des Konkurses verbunden werden: vgl. CAMPONOVO/BAUMGARTNER (FN 91), 1038. Das ist zwar in Konzernverhältnissen und gegenüber nahestehenden Personen ein gangbarer Weg, wird aber von aussenstehenden Dritten kaum akzeptiert, da es für diese meist nicht Sinn macht, in der Krise ihre Rechtsposition freiwillig zu verschlechtern (vgl. sogleich VIII.21, 2. Lemma).

⁹⁴ Vgl. etwa GRAF (FN 25), 730 und CAMPONOVO/BAUMGARTNER (FN 91), 1037.

⁹⁵ Allgemein zur Differenztheorie vgl. etwa BGE 132 III 359; 139 III 332; 138 III 26; 127 III 403 sowie statt vieler GAUCH PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2848 f. mit weiteren Hinweisen; SUTER [FN 76], 13 ff.; spezifisch zum Verantwortlichkeitsrecht BGer

sonen im Konkurs für diesen Schaden *in die Pflicht genommen* werden sollen. Dies ist m.E. *zu verneinen*: War ein Entscheid – in einer *ex ante* Sicht – vertretbar oder hat er sich sogar aufgedrängt und wurde er in einem korrekten Verfahren gefällt⁹⁶, dann sollte er dem Verwaltungsrat und seinen Mitgliedern nicht negativ angelastet werden, wenn er sich im Nachhinein als falsch erweist. Das rechtfertigt sich auch aus Sicht der betroffenen Gläubiger, und dafür sprechen volkswirtschaftliche Gründe:

- Ein Rangrücktritt kommt nur mit *Einwilligung der betroffenen Gläubiger* zustande, und diese werden sehr genau prüfen, ob es für sie vorteilhaft ist, in der kritischen Situation einer überschuldeten Gesellschaft ihre Rechtsposition zu verschlechtern. Sie werden dies nur tun, wenn sie sich von einem privatrechtlichen Sanierungsversuch mehr erhoffen als vom Konkurs oder einem Krisenmanagement durch das Gericht. Das Verlustrisiko nehmen sie daher *en connaissance de cause* in Kauf.
- *Volkswirtschaftlich* dürfte sich die Praxis des Bundesgerichts negativ auswirken:

Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft in der Krise befindet sich in einer Ausnahmesituation, in der zwei Seelen in seiner Brust kämpfen: Zum einen will er die Gesellschaft wenn immer möglich retten. Da er sich dabei rechtlich oft auf dünnem Eis bewegt, will er aber auch vermeiden, sein persönliches Haftungsrisiko zu vergrössern⁹⁷.

Wird für diese Situation das Instrument des Rangrücktritts mit einem erhöhten Haftungsrisiko verbunden, dann wird der Verwaltungsrat den mühevollen Pfad der Sanierung verlassen, von der Einladung des Ge-

4A_177/2011 vom 2. September 2011, E.4.3. mit weiteren Hinweisen; BaK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 13.

⁹⁶ Es ist hier die sog. *Business Judgment Rule* angesprochen, dazu unten, XII.2.

⁹⁷ Vgl. dazu die Schilderung bei FORSTMOSER PETER, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: FORSTMOSER PETER/HONSELL HEINRICH/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, FS Walter, Bern 2005, 263 ff.

setzgebers⁹⁸ Gebrauch machen und seine Verantwortung durch die *Benachrichtigung des Richters* abgeben.

Richtig ist zwar, dass eine Gesellschaft durch Rangrücktritte nicht saniert wird, – die Forderungen bleiben bestehen – aber der Rangrücktritt ist ein oft unabdingbares *Element eines Sanierungsverfahrens*, „ein wichtiger erster Schritt zur Sanierung des Unternehmens“⁹⁹, in seinen Wirkungen nicht so unähnlich dem amerikanischen Chapter 11, auf das hierzulande oft mit Bewunderung geblickt wird.

Die Korrektur einer im Ergebnis verfehlten höchstrichterlichen Praxis durch den Federstrich des Gesetzgebers ist daher m.E. *zu begrüßen*. Der vorgeschlagene Wortlaut schiesst freilich über das Ziel hinaus: Forderungen mit Rangrücktritt entfallen nicht einfach generell, sondern nur dann, wenn Rangrücktritte als Element eines Sanierungsverfahrens, dessen Erfolgchancen in einer *ex ante*-Sicht als intakt beurteilt werden durften, veranlasst wurden. Sollte der Formulierungsvorschlag von VE 2014 Art. 757 Abs. 4 unverändert Gesetz werden, wird es allenfalls den Gerichten obliegen, den überschüssigen Wortlaut im Sinne einer teleologischen Reduktion zu korrigieren.

IX. Neuordnung der Revisionshaftung

1. Unbefriedigende Resultate des geltenden Rechts

Es ist heute weitgehend unbestritten, dass die Revisionsstelle in Verantwortlichkeitsverfahren oft weit mehr zur Kasse gebeten wird, als es ihrer beschränkten Aufgabe entsprechen sollte¹⁰⁰:

⁹⁸ Art. 725a.

⁹⁹ Bericht 2014, 159.

¹⁰⁰ Dazu ausführlich FORSTMOSER PETER, Den Letzten beißen die Hunde. Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: ACKERMANN JÜRG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG, FS Schmid, Zürich 2001, 483 ff.; GRAF (FN 25), 729 ff.; sowie neuestens ROBERTO (FN 25), 253 ff. und BLANC OLIVIER, Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision. Übersicht über die wichtigsten Neuerungen für Revisionsunternehmen, Expert Focus 2016, Heft 1.

- Eine typische Fallkonstellation kann etwa wie folgt aussehen: Im Zentrum stehen eine oder mehrere exekutiv tätige Organpersonen – Mitglieder der Geschäftsleitung und allenfalls des Verwaltungsrats –, die durch ein strafbares oder zumindest absichtlich regelwidriges bzw. grobfahrlässiges Verhalten die Schädigung der Gesellschaft in erster Linie verursacht haben. Die aussenstehenden Verwaltungsratsmitglieder, die den zweiten Kreis der Verantwortlichen bilden, handelten zwar redlich, waren aber ihres Amtes nicht gewachsen und vielleicht auch nicht genügend engagiert. Die Revisionsstelle schliesslich hatte Mängel anlässlich ihrer Prüfung nicht festgestellt oder sich dazu bewegen lassen, trotz kritischer Feststellungen einen vorbehaltlosen Bericht an die Generalversammlung abzugeben, sei es, um ihr Mandat nicht zu verlieren, sei es auch, um der Gesellschaft in einer schwierigen Situation nicht den Todesschoss zu versetzen.
- Nach allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden wie auch nach den Leitplanken von Art. 43 Abs. 1 und 759 Abs. 1 OR müsste der Löwenanteil des Schadenersatzes von den Verantwortlichen des innersten Kreises kommen, denn sie trifft das gravierendste Verschulden. Sie aber haben sich ins Ausland abgesetzt oder sind – gemäss ihrer Steuerdeklaration und trotz eines flotten Lebensstils – mittellos. Bei ihnen ist also nichts zu holen.

Die mit der Oberleitung beauftragten aussenstehenden Verwaltungsratsmitglieder beteiligen sich zwar an der Schadensdeckung, aber sie tun es unter Berufung auf ihre beschränkten finanziellen Mittel mit symbolischen Beträgen.

Bleibt die Revisionsstelle. An ihr sollte am wenigstens hängen bleiben. Sie kommt erst spät ins Spiel, kann nur die Vergrösserung des Schadens verhindern, nicht aber dessen Eintritt schlechthin, und sie soll – ausser im Extremfall der Überschuldung bei Passivität des Verwaltungsrates – keine Geschäftsführungshandlungen vornehmen, sondern lediglich prüfen und rapportieren. Auch führt sie ihr Mandat nicht laufend aus, sondern grundsätzlich nur einmal jährlich, nach Abschluss des Geschäftsjahres, und ausnahmsweise bei besonderen Ereignissen wie Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen. Zudem ist sie für ihre Arbeit auf die Vorbereitungshandlungen anderer Organe angewiesen.

Trotzdem ist es die Revisionsstelle, gegen die regelmässig besonders hartnäckig und manchmal auch ganz allein vorgegangen wird: Als juristische Person weckt sie bei Richtern und Sachwaltern kein Mitleid. Ihr Fehlverhalten – ein vorbehaltloser Revisionsbericht oder die Unterlassung einer Benachrichtigung des Richters trotz offensichtlicher Überschuldung – ist dokumentiert¹⁰¹, und vor allem: Sie ist „die solventeste der solidarisch haftenden Parteien“¹⁰², weil sie *regelmässig versichert* ist. Daher ist die Revisionsstelle oft „der einzig Habhafte im Kreis der möglichen Verantwortlichen und deshalb der lohnendste Beklagte“¹⁰³, und es werden die Revisoren so faktisch „zu *gesetzlichen Ausfallbürgen* für die Haftungsschulden von zahlungsunfähigen Verwaltungsräten.“¹⁰⁴

Der Löwenanteil der Schadensdeckung kommt also von dem Organ, das gemessen an seinem Verschulden und seinen Möglichkeiten, Schaden zu verhindern, im Umzug der Ersatzpflichtigen den Schluss machen sollte, und es kommt so zu einer „Verschiebung der Verantwortlichkeit von den Geschäftsführungsorganen auf die Revisionsstelle.“¹⁰⁵

Der Schreibende hat diese Situation mit „Den Letzten beiessen die Hunde“¹⁰⁶ umschrieben und kritisiert; zahlreiche andere Autoren haben ebenfalls – durchwegs kritisch – darauf hingewiesen¹⁰⁷.

¹⁰¹ GRAF (FN 25), 730; ROBERTO (FN 25), 253 f.

¹⁰² ROBERTO (FN 25), 253.

¹⁰³ HUNZIKER ARTHUR, Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zürich 1984 = SSHW 74, 89 ff., 104.

¹⁰⁴ BÖCKLI PETER, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994 = SnA 8, 16.

¹⁰⁵ Bericht 2014, 160.

¹⁰⁶ S. FN 100; ähnlich auch DERS., Die Verantwortlichkeit des Revisors, ST 1997, 389 ff. sowie DERS., Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, insb. Kausalität, Schadenersatzbemessung und Haftung gegenüber Investoren und Kreditgebern, Zürich 1997 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Bd. 151 (auch in französischer Sprache erschienen), Rz 6 ff. und passim.

¹⁰⁷ Vgl. etwa BERTSCHINGER URS, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle des einundzwanzigsten Jahrhunderts, ST 1999, 911 ff., 914; BÖCKLI (FN 104), 16; GRAF (FN 25), 730; HUNZIKER (FN 103), 104; ROBERTO (FN 25), 253; ZÜGER RUDOLF,

Eigentlich hätte die mit der Aktienrechtsrevision 1991 eingeführte sog. differenzierte Solidarität¹⁰⁸ Abhilfe schaffen sollen. *Communis opinio* (die ich teile) ist aber, dass das misslungen ist¹⁰⁹. Der Bericht 2014 stellt denn auch nüchtern fest, die 1991 eingeführte neue Ordnung habe sich

„in der Praxis nicht bewährt. In nicht sachgerechter Weise wurde die Revisionsstelle zunehmend zum Hauptadressat von Verantwortlichkeitsklagen.“¹¹⁰

2. Die Reformvorschläge des Vorentwurfs 2005 und des Entwurfs 2007

Hier Abhilfe zu schaffen, war denn auch von allem Anfang an ein Hauptziel der derzeitigen Revision:

Nach dem VE 2005 sollte die Revisionshaftung – entsprechend dem Vorbild von Deutschland und Österreich – bei bloss leichtem Verschulden durch einen Maximalbetrag begrenzt werden: auf CHF 10 Mio. im Regelfall, auf CHF 25 Mio. bei der Revision von Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren und bei wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften¹¹¹.

Weniger Verantwortlichkeitsklagen dank risikoorientierter Prüfung?, ST 2000, 1255 ff., 1258; vgl. auch Bericht 2014, 160.

¹⁰⁸ Art. 759 Abs. 1 OR: Bei mehreren ersatzpflichtigen Personen „ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist“. Dazu neuestens BK OR-KRATZ, Vorb. zu Art. 143-150 N 721 ff., Art. 143 N 458 f. und Art. 145 N 166 ff.

¹⁰⁹ Vgl. statt aller ROBERTO (FN 25), 254 f., der überzeugend darauf hinweist, dass die persönlichen Herabsetzungsgründe in der Praxis selten zum Tragen kommen, „so dass sich die differenzierte Solidarität von der „normalen“ Solidarität im Ergebnis nicht unterscheiden dürfte“ (255). Vgl. auch schon DERS., Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 32.01 ff.

¹¹⁰ FN 13, 160.

¹¹¹ VE 2005 (FN 7), Art. 759, dazu Begleitbericht 2005, 20 f. und 87 f.

Dieses Konzept wurde zwar von der Standesorganisation der Revisoren erwartungsgemäss begrüsst¹¹², von anderer Seite aber weit überwiegend abgelehnt, weil „die vorgeschlagene Regelung der Revisionsstelle in nicht gerechtfertigter Art Vorteile gegenüber anderen Gesellschaftsorganen einräume.“¹¹³

Im E 2007 wird daher ein *anderer Ansatz* gewählt. Es wird zurückgegriffen auf einen Vorschlag, der schon in der letzten Aktienrechtsrevision zur Diskussion stand¹¹⁴ und eine Ergänzung von Art. 759 durch einen neuen Abs. 1^{bis} folgenden Inhalts vorgeschlagen:

„Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.“¹¹⁵

3. Der Vorschlag des Vorentwurfs 2014

Diese Regel findet sich wörtlich gleich im VE 2014, nun als Abs. 2 von Art. 759 OR. Nach der in der Botschaft 2007 und im Bericht 2014 geäußerten Meinung „verdeutlicht [sie] die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität.“¹¹⁶ Das ist allerdings unzutreffend; vielmehr wird die *Solidarität* hinsichtlich der Revisionsstelle schlicht *aufgehoben*¹¹⁷.

¹¹² Vgl. WIDMER DIETER/CAMPONOVICO RICO A., Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht: Ein Schritt in die richtige Richtung ..., ST 2008, 110 ff., 112.

¹¹³ So die Zusammenfassung in Bericht 2014 (FN 13), 161, ausführlicher und mit weiteren Hinweisen ROBERTO (FN 25), 256 f.

¹¹⁴ BBl 1983 II 194, 248; vgl. auch den Hinweis in Botschaft 2007 (FN 10), 1696.

¹¹⁵ Zur Begründung Botschaft 2007 (FN 10), 1694 ff. sowie nun – wörtlich fast identisch – Bericht 2014 (FN 13), 159 ff.

¹¹⁶ Botschaft 2007 (FN 10), 1695; Bericht 2014 (FN 13), 161.

¹¹⁷ ROBERTO (FN 25), 257 f.; GRAF (FN 25), 731; BLANC (FN 100), 2.6.1.

Von der Branche der *Revisoren* wird auch dieser Vorschlag *begrüsst*¹¹⁸, in der *Lehre* wird er *kritisiert*¹¹⁹, und in der Tat ist eine ganze Reihe von *Schwachpunkten* auszumachen:

- Vor allem dürfte die Korrektur *über das Ziel hinausschiessen*: Steht eine Revisionsstelle, die – zwar nur leicht, aber immerhin – fahrlässig gehandelt hat, einem grobfahrlässig oder absichtlich handelnden Exekutivorgan gegenüber, dann muss sie „zufolge Rückgriffs“ für gar nichts und nicht etwa bloss für einen reduzierten Betrag aufkommen. Diese *völlige Haftungsbefreiung trotz schuldhaften Verhaltens* ist nicht angebracht und unfair gegenüber den Geschädigten.
- Es „vergrössert sich das Haftungsrisiko finanzkräftiger, aber nicht hauptverantwortlicher Organe“¹²⁰, und das heisst konkret zumeist der nicht exekutiven Verwaltungsratsmitglieder. Diese tragen „das Bonitätsrisiko in Bezug auf die weniger wohlhabenden Organe.“¹²¹ Auch diese Bevorzugung der Revisionsstelle gegenüber anderen Haftpflichtigen ist nicht gerechtfertigt¹²².
- Dazu kommen praktische Probleme der Anwendung: Um den Regressanteil zu bestimmen, muss sich das Gericht eine Meinung bilden zur *Schadensersatzquote, welche die anderen Haftpflichtigen voraussichtlich zu tragen haben*. Diese sind aber *am Verfahren allenfalls gar nicht beteiligt*¹²³, und die Revisionsstelle wird alles daran setzen, deren Ver-

¹¹⁸ Vgl. statt aller WIDMER/CAMPONOV (FN 112), passim.

¹¹⁹ Vgl. insb. BAERISWIL MANUELA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden, Diss. Freiburg 2015 = AISUF 357, Rz 972 ff. sowie neuestens besonders überzeugend ROBERTO (FN 25), insb. 257 ff.

¹²⁰ ROBERTO (FN 25), 261.

¹²¹ ROBERTO (FN 25), 261, mit Hinweis auf seinen Aufsatz GesKR 2006, 29 ff. (FN 125), 39.

¹²² GRAF (FN 25), 731.

¹²³ ROBERTO (FN 25), 258 f., spricht von einem „virtuellen Regressprozess“ – Zu den Gründen, weshalb die theoretisch bestehenden Möglichkeiten, diese in das Verfahren einzubeziehen („(1) Das Interesse des Klägers, sämtliche Haftpflichtigen in den Prozess einzubeziehen, (2) die Streitverkündungsklage und (3) die Möglichkeit der Nebenintervention“) in der Praxis nicht funktionieren dürften, überzeugend ROBERTO, a.a.O., 259 f.

halten in einem möglichst schlechten Licht darzustellen, ohne dass sich die so Angeschwärzten dazu äussern müssten und ohne dass das Gericht die Vorbringen zuverlässig prüfen könnte.

Die auf den ersten Blick bestechend einfache Lösung überzeugt daher nicht, der Vorschlag ist abzulehnen, und es sind erneut Alternativen zu prüfen. Der Bericht 2014¹²⁴ erwähnt in Übereinstimmung mit der Botschaft 2007¹²⁵ die folgenden, wobei diese freilich in Bericht 2014 und Botschaft 2007 durchwegs, aber ohne eingehende Auseinandersetzung abgelehnt werden:

- eine umfassende Neuordnung der Haftung der Gesellschaftsorgane,
- eine Begrenzung der Haftung für Revisionsdienstleistungen durch eine Haftungspauschalisierung,
- die Möglichkeit einer privatautonomen Haftungsbegrenzung durch Vereinbarung mit der Revisionsstelle und entsprechende statutarische Bestimmungen,
- eine andere Form der Haftungsbegrenzung, z.B. auf ein Vielfaches des von der Revisionsstelle erzielten Honorars oder auf (z.B.) 25% des Schadens.

Erwähnt werden andernorts etwa auch:

- der gänzliche Haftungsausschluss bei bloss leichter Fahrlässigkeit¹²⁶ und
- die Reduktion bzw. präzisere Umschreibung des gesetzlichen Pflichtenkatalogs der Revisionsstelle¹²⁷.

¹²⁴ FN 13, 161.

¹²⁵ FN 10, 1695.

¹²⁶ SUTER (FN 76), 187 f.

¹²⁷ SUTER (FN 76), 185 f., insb. FN 796, ROBERTO (FN 25), 262; zu einem analogen Vorschlag für den Verwaltungsrat vgl. ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29 ff. sowie BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.

In diesen Zusammenhang gehören auch Bemühungen, die vielfach übersteigerten Erwartungen an Prüfung und Berichterstattung durch die Revisionsstelle auf ein vernünftiges Mass zu reduzieren und so den sog. „*expectation gap*“ zu verkleinern¹²⁸, ferner eine Ermahnung an die Adresse der Gerichte, auch bei den Revisionsstellen „eine gerichtliche Zurückhaltung der nachträglichen Überprüfung der Angemessenheit ihrer Tätigkeiten an[zu]erkenn[en], allenfalls gar im Sinne einer der *Business Judgment Rule*¹²⁹ nachempfundenen *Audit Judgment Rule*¹³⁰.

Zur Diskussion gestellt wird schliesslich auch die Einführung eines Versicherungsobligatoriums, womit von der Revisionsstelle (mit)verursachte Schäden „gewissermassen sozialisiert“ würden¹³¹.

Alle diese Vorschläge sollten erneut überdacht werden, weitere könnten hinzukommen. Wie immer bei der Rechtsgestaltung könnten Anregungen aus der Rechtsvergleichung bezogen werden, wobei freilich die doch recht spezielle genuin schweizerische Regelung der Aufgabenzuteilung an die aktienrechtlichen Organe einer Übernahme ausländischer Konzepte Grenzen setzt. Sinnvoll dürfte es jedenfalls sein – und das wird von verschiedener Seite betont – *auf die solidarische Haftung* von Revisionsstelle und Exekutivorganen künftig auch explizit *zu verzichten*¹³². Denn wie im Bericht 2014¹³³ zu Recht festgehalten wird:

¹²⁸ ROBERTO (FN 25), 262.

¹²⁹ Dazu unten, XII.2.

¹³⁰ ROBERTO (FN 25), 262/63, mit Verweisung auf VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 11.

¹³¹ FORSTMOSER (FN 100), 513; offenbar eher kritisch ROBERTO (FN 25), 262. In EU-Mitgliedstaaten ist die Versicherungspflicht für Wirtschaftsprüfer verbreitet, vgl. die Hinweise bei EBKE WERNER, Die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers in der EU, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 2001, 62 ff., 74 f.

¹³² Vgl. statt aller BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Max Boemle – Festschrift zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, 235 ff.

¹³³ FN 13, 160.

„[D]er Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung einerseits und die Revisionsstelle andererseits [haben] funktional anders gelagerte Aufgaben [zu] erfüllen. Daraus resultieren häufig kaum zu vergleichende Verschulden.“¹³⁴

X. Präzisierungen zur Regelung der Verjährung

Bereits erwähnt wurden die *Verlängerung der Verwirkungsfrist* für die Anhebung einer Klage nach erfolgtem Entlastungsbeschluss und die Einführung eines *Fristenstillstands* unter gewissen Voraussetzungen¹³⁵.

Für die Regelung der Verjährung sind in Art. 760 OR Präzisierungen vorgesehen¹³⁶, die m.E. sinnvoll sind und keiner Erläuterung bedürfen.

XI. Änderungsvorschläge ausserhalb des Verantwortlichkeitsrechts

Einfluss auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit haben auch verschiedene Reformvorschläge ausserhalb des sechsten Abschnitts „Verantwortlichkeit“ des Aktienrechts. Bereits erwähnt wurden die Regeln zur Zulassung der Aktionärsklage auf Kosten der Gesellschaft¹³⁷, die institutsübergreifend sowohl für die Verantwortlichkeitsklage wie auch für die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR gelten sollen. Erwähnt seien sodann etwa¹³⁸:

¹³⁴ GRAF (FN 25), 732 hält es darüber hinaus für „prüfenswert, im Verantwortlichkeitsrecht *gänzlich auf die Solidarität zu verzichten*.“ Dass die solidarische Einbindung für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht passt, ist oben, bei FN 33 f. erwähnt worden.

¹³⁵ Oben, VII.

¹³⁶ Statt Fristenlauf „vom Tage der schädigenden Handlung angerechnet“ soll es neu heissen: „an dem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte“; für die allenfalls längere Verjährungsfrist bei schädigendem Verhalten durch eine straffbare Handlung werden ebenfalls Präzisierungen vorgeschlagen.

¹³⁷ VE 2014 (FN 16), Art. 697j und k, dazu oben, VI.2.

¹³⁸ Vgl. dazu CHABLOZ (FN 25), III.

1. Erleichterungen der Informationsbeschaffung¹³⁹

Einige Verbesserungen der Informationslage der Aktionäre brachte schon das Anfang 2013 in Kraft gesetzte neue *Rechnungslegungsrecht*¹⁴⁰.

Der VE 2014 verstärkt – in bescheidenem Ausmass – das *Auskunftsrecht* der Aktionäre von nicht börsenkotierten Gesellschaften:

- durch die Pflicht zur zweimal jährlichen Beantwortung von Fragen der Aktionäre, also einmal zusätzlich zur Auskunftserteilung an der Generalversammlung¹⁴¹,
- durch das Recht auf Auskunft über die „Vergütungen, Darlehen und Kredite an Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung“¹⁴², was sowohl für die Rückerstattungs- wie auch für die Verantwortlichkeitsklage nützlich sein könnte,
- durch die Pflicht des Verwaltungsrates, eine Auskunftsverweigerung schriftlich zu begründen¹⁴³.

Sodann wird der Zugang zur *Sonderuntersuchung* erleichtert¹⁴⁴, was in Verbindung mit der Erstreckung der Frist zur Klageeinleitung nach erfolgter Entlastung und dem Fristenstillstand während der Durchführung der Unter-

¹³⁹ Dazu speziell im Hinblick auf das Verantwortlichkeitsrecht BÄRTSCHI HARALD, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: SETHE ROLF/ISLER PETER R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII = EIZ Bd. 150, Zürich 2014, 39 ff., 82 f.; sodann CHABLOZ (FN 25), Ziff. III. 1.

¹⁴⁰ Art. 957 ff. OR.

¹⁴¹ VE 2014 Art. 697 Abs. 2 OR.

¹⁴² VE 2014 Art. 697 Abs. 4 OR.

¹⁴³ VE 2014 Art. 697 Abs. 3 OR.

¹⁴⁴ VE 2014 Art. 697c ff.

suchung¹⁴⁵ die Aktionärsklage erleichtern (oder auch erst ermöglichen) könnte¹⁴⁶.

Insgesamt halten sich diese Verstärkungen in engem Rahmen, was angesichts des Fehlens jeglicher Treue- und Schweigepflichten der Aktionäre¹⁴⁷ verständlich ist, weshalb aber auch die praktischen *Auswirkungen auf das Verantwortlichkeitsrecht gering* sein dürften. Immerhin bewirken sie – das ist die Kehrseite der Medaille – eine weitere Zunahme der für ein in der Regel im Nebenamt ausgeführtes Mandat an der oberen Limite angesetzten Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrates¹⁴⁸.

2. Regeln zum Organverhalten

Art. 717 OR – die Festschreibung der Sorgfalts- und Treuepflicht der Organpersonen – soll entsprechend dem allgemeinen Trend, Vergütungsfragen über alles andere zu stellen, ergänzt werden durch einen Abs. 1^{bis} mit Kriterien, die bei der Festlegung der Vergütungen zu beachten sind¹⁴⁹.

VE 2014 Art. 717a OR enthält zwingende Verfahrensregeln für Interessenkonflikte.

Die beiden Normen können die Begründung von Pflichtverletzungen erleichtern, wobei sich aber mit Bezug auf den Inhalt von Organpflichten kaum etwas ändern dürfte.

¹⁴⁵ Dazu vorn Ziff. VII. bei FN 85.

¹⁴⁶ Dazu TRINGANIELLO BRUNO/OBERTIN GARRY-PHILIPPE, Vereinfachte Sonderprüfung – Führt die kommende Aktienrechtsreform zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen?, TREX 2015, 332 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 680 Abs. 1 OR, eine Bestimmung, die im künftigen Recht unverändert bleiben soll.

¹⁴⁸ Zu den gesteigerten Anforderungen an den Verwaltungsrat aufgrund des neuen Rechnungslegungsrechts vgl. BÖCKLI PETER, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 2010, 1 ff.

¹⁴⁹ Zu den Konsequenzen für die persönliche Verantwortlichkeit neuestens HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Die Rolle des Vergütungsausschlusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Diss. Zürich 2015 = SSHW, 4. Teil.

3. Schiedsgerichtsbarkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten

Im Übrigen gibt es – soweit ich sehe – keine Vorschläge, von denen Auswirkungen auf das Verantwortlichkeitsrecht zu erwarten sind, ausser vielleicht die explizite Zulassung von statutarischen Schiedsklauseln, die verbindlich sein sollen für Klagen zwischen (allen) Aktionären, der Gesellschaft und ihren Organen¹⁵⁰.

XII. Nicht angesprochene Problemkreise

Bei einer umfassenden Auseinandersetzung mit der Organverantwortlichkeit – sie wird vom Bundesrat jedoch ausdrücklich abgelehnt¹⁵¹ – wären einige weitere Themen zu adressieren gewesen, etwa die folgenden:

1. Korrelation von Risiken und Chancen

Eine Aktiengesellschaft soll Gewinne erzielen, die für sie Handelnden sollen die sich bietenden Chancen wahrnehmen. Dass aber Chancen stets mit Risiken verbunden sind und dass oft ein Gleichlauf besteht zwischen der Höhe von Chancen und der Höhe der Risiken, wird in der rechtspolitischen Diskussion erst in jüngerer Zeit explizit angesprochen und breit diskutiert.¹⁵²

¹⁵⁰ VE 2014 (FN 13), Art. 697I, dazu mit Bezug auf das Verantwortlichkeitsrecht etwa GRAF (FN 25), 732 f. und ausführlich CHABLOZ (FN 25), Ziff. III. 4.

¹⁵¹ Vgl. Bericht 2014 (FN 13), 161: „Eine umfassende Neuordnung der Haftung der Gesellschaftsorgane ist nicht erforderlich und könnte schwer absehbare Auswirkungen für die Rechtsanwendung zur Folge haben.“

¹⁵² Eine Risikobeurteilung gehörte zwar seit jeher zur Oberleitung. Explizit wurde die Beurteilung der Risikolage aber erst 2005 in das Gesetz eingeführt, und auch das nur durch die Hintertür: In der Aufzählung der unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates von Art. 716a OR fehlt diese Aufgabe, doch ist der Verwaltungsrat verpflichtet, im Anhang der Bilanz „Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung“ zu machen, was eine solche voraussetzt (Art. 663b Ziff. 12 OR, eingeführt durch Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 [GmbH-Reform], nun ersetzt durch Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR). Ein indirekter Hinweis findet sich sodann in Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3, wonach die Revisionsstelle bei grossen Gesellschaften prüfen muss, ob ein internes Kontrollsystem existiert und wonach sie nach

Heute erscheint es selbstverständlich, dass Chancen und Risiken gegeneinander abzuwägen sind, und das Bundesgericht zeigt in einem neueren Entscheid¹⁵³ viel Verständnis dafür, dass im Hinblick auf hohe Chancen auch erhebliche Risiken eingegangen werden dürfen, weshalb den verantwortlichen Organpersonen keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden könne, wenn sich ihre Erwartungen später als falsch erweisen sollten¹⁵⁴.

Die Organverantwortlichkeit ist daher stets *im Kontext mit der Pflicht* der Organe, *Opportunitäten wahrzunehmen*¹⁵⁵, zu sehen.

Bei einer grundlegenden rechtspolitischen Auseinandersetzung könnten sich in diesem Zusammenhang etwa folgende Fragen stellen:

- Soll die Schadenersatzpflicht (bei leichter Fahrlässigkeit) *begrenzt* werden, etwa in Höhe eines Teils des Vermögens oder des Einkommens der Verantwortlichen oder eines Mehrfachen ihres Honorars?
- Oder soll gerade umgekehrt das Haftungsrisiko *verschärft* werden, indem für den Abschluss von D&O-Versicherungen zwingend ein Selbstbehalt vorgeschrieben wird¹⁵⁶?

Art. 728b Abs. 1 in ihrem umfassenden Bericht an den Verwaltungsrat „Feststellungen über... das interne Kontrollsystem“ machen soll. (Diese Bestimmung findet sich ebenfalls erst seit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 im Gesetz.)

¹⁵³ Entscheid 4A_626/2013 vom 8. April 2014. Das Bundesgericht verneinte eine Sorgfaltspflichtverletzung mit Bezug auf ein Geschäft, das nach der bundesgerichtlichen Feststellung „weitgehend darauf [beruhte], dass die Beschwerdeführer darauf vertrauten, Herr G. von der F. Ltd werde ihnen helfen, die Vorauszahlung an H. Ltd zu retten.“ Die Reputation von Herrn G. war nicht über alle Zweifel erhaben, und der Kontext erschien dubios. Letztlich ging es darum, schlechtem Geld gutes nachzuwerfen. Vertretbar erschien dem Bundesgericht das Verhalten des Beschwerdeführers, weil dem Risiko eines Verlusts von USD 200'000 die viel höhere Chance einer Rückgewinnung von USD 1,5 Mio. gegenüber stand. Dies rechtfertigte laut Bundesgericht das Eingehen des erheblichen Risikos und offenbar auch den Verzicht auf Vorsichtsmassnahmen, die allenfalls zumutbar und durchsetzbar gewesen wären.

¹⁵⁴ Entscheid 4A_626/2013, E.7.3 und E.7.4. Vgl. zur Problematik auch etwa BÖCKLI (FN 3), § 13 N 579 sowie MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014, 284.

¹⁵⁵ Eine Nullrisikopolitik würde der Sorgfaltspflicht widersprechen.

- Und schliesslich: Soll es möglich sein, durch eine *privatautonome Regelung* vom Gesetz abzuweichen, indem (z.B.) statutarisch die Haftung der Organe für leichte Fahrlässigkeit mit Wirkung gegenüber jedermann, also auch gegenüber den Gläubigern, ausgeschlossen werden kann^{157?}

Wenn ja, genügt es im Hinblick auf die Gläubiger, dass ihr gesteigertes Risiko (dem höhere Renditeerwartungen gegenüberstehen sollten) in den Statuten (Zweckumschreibung) und allfälligen Prospekten – vielleicht auch mit einer besonderen „Warnklausel“ wie in der Zigarettenwerbung versehen – kundgetan wird. Und soll dies insbesondere auch gegenüber denjenigen Gläubigern gelten, die ihre Rechtsbeziehung nicht durch Vertrag frei gewählt haben, weil diese auf einer unerlaubten Handlung beruht¹⁵⁸.

Denken könnte man sich auch eine Kombination der Wegbedingung einer Haftung gegenüber Dritten mit einer Pflicht zur Versicherungsdeckung zugunsten dieser Dritten.

¹⁵⁶ Nach deutschem Recht wird für die Versicherungsdeckung von Vorstandsmitgliedern ein Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung (§ 93 Abs. 2 AktG) verlangt.

¹⁵⁷ Dies schlägt VON DER CRONE vor, vgl. Vernehmlassung 20 und ders. (FN 130), 2 ff. Der Bundesrat lehnt dies ab, weil dadurch „die Rechtsstellung der Gläubigerinnen und Gläubiger erheblich beeinträchtigt“ würde (Bericht 2014 [FN 13], 161 und identisch schon Botschaft 2007 [FN 10], 1695).

¹⁵⁸ Gemäss Art. 722 OR haftet bekanntlich die Gesellschaft „für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht. „Dass zusätzlich die Handelnden auch noch persönlich direkt dem Geschädigten gegenüber eintreten müssen, ist eine Besonderheit des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts, die bei anderen Grundlagen für Arbeitsleistungen – Auftragsverhältnisse, Arbeitsverhältnisse unterhalb der Organstellung – fehlt. – Für eine weitestgehende Gestaltungsfreiheit auch im Rahmen von Publikumsgesellschaften tritt neuerdings HÄUSERMANN DANIEL M. in seiner Habilitationsschrift, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, St. Gallen 2015, ein.

2. Bessere Vorhersehbarkeit des Verantwortlichkeitsrisikos

Wer ein Verwaltungsratsmandat übernimmt, der setzt sich nicht selten auf ein Pulverfass, ohne zu wissen, ob die Lunte bereits brennt¹⁵⁹.

Eine bessere Vorhersehbarkeit der Haftungsrisiken könnte durch eine konsequente Anwendung der *Business Judgment Rule*¹⁶⁰ erzielt werden.

Das Bundesgericht hat diese Entscheidungsbasis in neueren Entscheiden anerkannt, so im Urteil 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012¹⁶¹ und – zwar ohne

¹⁵⁹ Diese Feststellung hat der Verfasser schon vor Jahrzehnten gemacht, sie gilt letztlich trotz der Konkretisierung des Verantwortlichkeitsrechts durch zahlreiche Entscheide und Publikationen auch heute noch. Aufgrund der zusätzlichen Aufgaben des für die Oberleitung zuständigen Gremiums (dazu etwa BÖCKLI [FN 148]), aber auch wegen des verschärften Leistungsdrucks und der erhöhten Transparenz dürfte sie an Aktualität noch zugenommen haben.

¹⁶⁰ Die Literatur zur in den USA begründeten und in der Schweiz mit eigener Prägung übernommenen Business Judgment Rule ist abundant. Grundlegend GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 = SSHW 186, sowie NIKKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 = SSHW 266. Aus der neueren und neuesten seien erwähnt: FRICK JOACHIM, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: VON DER CRONE HANS-CASPAR et. al (Hrsg.), Neuere Tendenzen in Gesellschaftsrecht, FS für PETER FORSTMOSER, Zürich 2003, 509 ff.; BÖCKLI (FN 3), § 13 N 581 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: HABERSACK MATHIAS/HOMMELHOFF PETER (Hrsg.), FS für WULF GOETTE, München 2011, 57 ff.; VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts: Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils A4_74/2012 vom 18. Juni 2012 GesKR 2012, 607 ff.; KUNZ PETER V., Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 2014, 274 ff.; OTT SIMON, Die Business Judgment Rule, Eine rechtsvergleichende Betrachtung der Jurisdiktionen Liechtenstein, Schweiz, Deutschland und USA, in: STAUB LEO (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht- und Betriebswirtschaft, Schriftenreihe Law & Management, Zürich 2015, 177 ff.; HOPT KLAUS J., Die Business Judgment Rule. Ein sicherer Hafen für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und in der Schweiz, in: WALDBURGER ROBERT et. al (Hrsg.), Law & Economics, FS NOBEL, Bern 2015, 218 ff.

Verwendung des Begriffs, aber in der Anwendung geradezu lehrbuchhaft – im Entscheid 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6 f.¹⁶² In a nutshell besagt die *Business Judgment Rule* schweizerischer Prägung,

„dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind ...“¹⁶³

Etwas ausführlicher heisst dies:

- Es muss ein Geschäftsentscheid vorliegen.
- Bei dessen Vorbereitung müssen drei verfahrensmässige Voraussetzungen erfüllt sein:

Entscheidfindung in einem korrekten Prozess (zeitgerechte Einberufung, mit einschlägigen Unterlagen, Möglichkeit zur Diskussion, allenfalls Prüfen und Gegenüberstellen von Alternativen).

Der Entscheid muss auf einer angemessenen Dokumentation basieren (im Umfang und Detaillierungsgrad abhängig von den konkreten Umständen und unter Berücksichtigung einer allfälligen zeitlichen Dringlichkeit).

Die Entscheidfindung muss frei von Interessenkonflikten erfolgen (oder es sind – falls solche vorliegen – angemessene Massnahmen wie Ausschluss von der Diskussion oder auch nur Stimmenthaltung zu treffen).

Andernorts erwähnt wird auch etwa die Pflicht, die Meinung von (internen oder externen) Experten einzuholen (auf deren Meinung man sich

¹⁶¹ Dazu ausführlich VOGT/BÄNZIGER (FN 160).

¹⁶² Zu weiteren Entscheiden der neuesten Zeit s. STOFFEL WALTER A., Das Gesellschaftsrecht 2014, SZW 2015, 138 ff. („schnelle und umfassende Konsolidierung der *business judgment rule* in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Organverantwortlichkeit“ als das „hervorstechende Ereignis im Berichtsjahr“).

¹⁶³ BGE 139 III 24 ff., 26 E. 3.2, mit Hinweisen auf Entscheide und Judikatur. Die Formel wird in neuesten Entscheiden wiederholt, so etwa im Entscheid 4A_219/2015 vom 8. September 2015 E. 4.2.1.

freilich nicht unbesehen abstützen darf¹⁶⁴), und die Pflicht zur angemessenen Dokumentation des Entscheidungsprozesses (Protokollierung), ganz besonders bei Interessenkonflikten.

Werden diese Voraussetzungen eingehalten, dann erfolgt eine *materielle Prüfung* des Entscheides nur noch daraufhin, ob er *vertretbar* war. War dagegen das Verfahren nicht korrekt, erfolgt eine volle Überprüfung des Geschäftsentscheides durch das Gericht¹⁶⁵, allenfalls gar – obwohl dies rechtlich nicht haltbar ist – unter Vermutung einer Sorgfaltswidrigkeit¹⁶⁶.

In der Lehre wird die Business Judgment Rule unterschiedlich beurteilt¹⁶⁷, wobei sich die Kritik wohl vor allem (und insoweit zu Recht) dagegen wendet, den Entscheidungsprozess zu einem weitgehend formalen *box ticking* verkommen zu lassen. Befürchtet wird gelegentlich auch, die Business Judgment Rule könnte die unternehmerische Intuition, das Abstützen auf das Bauchgefühl verkümmern lassen.

Die Business Judgment Rule bringt zweifellos verbesserte Klarheit und Vorausesehbarkeit, und sie ist daher m.E. im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu begrüßen¹⁶⁸. Sie zu *legiferieren* wäre jedoch *nicht sinnvoll*, zumindest nicht im frühen Stadium, in welchem sich ihre Anwendung

¹⁶⁴ Im Entscheid 4A_375/2012 vom 20. November 2012, 3.4. stützten sich die betroffenen Verwaltungsratsmitglieder bei der Anhebung eines Prozesses auf zwei Rechtsgutachten, die beide ihre Positionen stützten. Das Bundesgericht erachtete dies als nicht relevant, weil die Betroffenen nicht im Interesse der Gesellschaft gehandelt hätten.

¹⁶⁵ Auch in diesem Fall aber natürlich aufgrund einer Beurteilung *ex ante*.

¹⁶⁶ Vgl. aber neuestens Entscheid 4 A_219/2015 vom 8. September 2015, in welchem in E. 4.2.3 zu Recht betont wird, dass die Nichterfüllung der Business Judgment Rule – konkret das Vorliegen eines Interessenkonflikts – „nicht ohne Weiteres zur Annahme einer Pflichtverletzung ... [führt]; vielmehr ist im Einzelnen zu beurteilen, ob der konkret gefällte Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerhafter erscheint.“

¹⁶⁷ Positiv etwa HOPT (FN 160), kritisch bzw. ablehnend DRUEY dagegen (FN 160) und BÖCKLI (FN 160), differenzierend VOGT (FN 10), 149.

¹⁶⁸ Zu verlangen ist jedoch eine inhaltliche Auseinandersetzung aufgrund der materiellen Verarbeitung ausreichender Information. Das bloss formale Abarbeiten einer *checklist*, wie es offenbar in den USA grassieren soll, genügt nicht.

in der Schweiz immer noch befindet. Richtiger ist es, sie durch Richterrecht unter kritischer Begleitung durch die Lehre weiter zu entwickeln.

3. Der Faktor Zeit

Verantwortlichkeitsprozesse dauern – wenn sie nicht durch Vergleich erledigt werden – lange, viel zu lange¹⁶⁹. Am Ende stehen auf beiden Seiten oft die Falschen: auf Seiten der Kläger längst nicht mehr die ursprünglich Geschädigten, sondern professionelle Verwerter von *bad debts*, welche diese billig – aber unter Übernahme des Risikos – erworben haben, auf Seiten der Beklagten Erben, die nicht wissen, wie sie sich im Hinblick auf den Nachlass verhalten sollen.

Es erstaunt daher, dass die überlange Prozessdauer in den Vorschlägen für die Aktienrechtsrevision kaum angesprochen wird. Die Revisionsvorschläge werden in dieser Hinsicht keine Verbesserungen bringen, im Gegenteil:

- Die Verwirkungsfrist für die Klageeinleitung nach der Entlastung wird verlängert¹⁷⁰.
- Während einer Sonderuntersuchung stehen die Fristen still¹⁷¹.
- Auch das Verfahren zur Durchsetzung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft¹⁷² braucht Zeit¹⁷³.

¹⁶⁹ Vgl. FN 50.

¹⁷⁰ Vgl. oben, bei FN 85.

¹⁷¹ Vgl. oben, bei FN 86 ff.

¹⁷² Vgl. oben, bei FN 62 ff. Eine Sonderuntersuchung, die dem Anspruch gerecht wird, eine Basis für gezieltes Klagen zu bilden, könnte Monate oder Jahre in Anspruch nehmen, eine Zeitspanne, die nicht immer (über)kompensiert werden dürfte durch den Wegfall der Auseinandersetzung mit unbegründeten Behauptungen, die aus Mangel an Information eingebracht wurden.

¹⁷³ Die Auflage, dass das Verfahren über die Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft im summarischen Verfahren durchzuführen ist (VE 2014 [FN 13], Vorschlag für eine Ergänzung der ZPO durch einen Art. 250 lit. c Ziff. 14), ist zwar zu begrüßen, ändert aber nichts daran, dass das Verfahren Monate dauern dürfte,

Da ist guter Rat teuer, will man nicht die Verfahrensrechte der Parteien über Gebühr einschränken. Gewisse Erleichterungen könnte vielleicht die konsequente Anwendung der Business Judgment Rule bringen. Schneller durchführbar wären wohl schiedsgerichtliche Verfahren, und rascher zum Ziel führen würde eine Pauschalisierung der Ersatzpflicht der Revisionsstelle. All dies ist nicht unproblematisch, doch ein Königsweg ist nicht in Sicht.

4. Haftung im Konzernverbund¹⁷⁴

Neben den soeben erwähnten grundsätzlichen Themen wären verschiedene Einzelfragen zu diskutieren und zu klären, von denen hier die *Haftung im Konzern* herausgegriffen sei: In einem Konzern werden – so die Definition des bisherigen Aktienrechts – „eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen [gefasst]“¹⁷⁵. Auf die vielfältigen Versuche, das sich aus diesem Spannungsfeld – rechtlich selbständige Gesellschaften, aber wirtschaftliche und führungsmässige Einheit – ergebende Paradox aufzulösen, sei hier nicht eingetreten¹⁷⁶.

Wichtig ist jedoch im Hinblick auf das Verantwortlichkeitsrisiko, dass das *Bundesgericht nicht gewillt* scheint, darauf Rücksicht zu nehmen, dass die

wenn das Gericht dem Bedürfnis der Parteien und insbesondere der Gesellschaft gerecht werden will, den eigenen Standpunkt begründet darzulegen.

¹⁷⁴ HOFSTETTER KARL/LANG RENATE, Konzern(mutter)haftung, in: KUNZ PETER V. et al., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 231 ff.; GRAF DAMIAN K., Haftung im Konzernverhältnis: Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Tochterorganen, GesKR 2014, 63 ff.; KUNZ PETER V., Konzernhaftungen, in: KALSS SUSANNE et al., Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014, 49 ff.; FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: BAER CHARLOTTE M. (Hrsg.), vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89 ff.; alle mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁵ Art. 663c in der bis Ende 2012 geltenden Fassung. Das heutige Recht verzichtet in Art. 963 Abs. 1 auf das Erfordernis einer einheitlichen Leitung. Dies ändert nichts daran, dass deren tatsächliche Ausübung für den Konzern charakteristisch ist.

¹⁷⁶ Dazu etwa BERTSCHINGER (FN 127), N 293 ff.; sodann BÖCKLI (FN 3), § 11 N 275 ff. und 290; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, 2. Aufl., Basel 2005, 169 ff., 58 ff. und 171; JÖRG FLORIAN S., Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 19 ff., 59 f.

einheitliche Führung und Erfolgsmaximierung zwangsläufig zur Folge hat, dass zur Maximierung des Gesamterfolges die Interessen einzelner der beherrschten Rechtseinheiten auf Kosten anderer privilegiert werden, ganz im Gegenteil: So wird etwa in BGE 130 III 213 mit Bezug auf das Verhalten der Organperson einer Tochtergesellschaft erklärt, es

„wäre der Beklagte als Organ der Klägerin von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, *allein* deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerntochtergesellschaften zu wahren ...“¹⁷⁷.

Nach Ansicht des Bundesgerichts steht fest, dass

„für die Organhaftung *nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden darf* und nicht auf jene des ganzen Konzerns.“¹⁷⁸

Das Gericht geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn es – spezifisch für die Konzernsituation – an seine allgemeine Aussage erinnert,

„dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt ...“¹⁷⁹.

Nicht toleranter, sondern vielmehr besonders streng soll also das Verhalten von Organpersonen beurteilt werden, wenn es um die Beziehungen innerhalb des Konzerns geht. Begründet wird dies etwa mit den besonderen Kenntnissen über die Gegenpartei in Konzernverhältnissen und den in solchen Verhältnissen immanenten Interessenkonflikten¹⁸⁰.

¹⁷⁷ BGE 130 III 213 E. 2.2.2, Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁷⁸ A.a.O., E. 2.3 (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁷⁹ A.a.O., E. 2.2.2.

¹⁸⁰ Vgl. etwa Entscheid 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 4.2., wo immerhin erklärt wird, die Darlehensgewährung an eine sanierungsbedürftige Tochter, die nicht *at arm's length* erfolgte, könne im Interesse der Muttergesellschaft liegen, falls begründete Aussicht auf Sanierung und Rückzahlung gegeben sei. Vgl. dagegen Entscheid 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 2.1 und 2.3, wo eine Sorgfaltspflichtverletzung bejaht wird, wenn Verwaltungsräte Verluste einer anderen Konzerngesellschaft abdecken, obwohl mit deren Überlebensfähigkeit kaum mehr ernsthaft habe gerechnet werden können. Vgl. auch 4A_306/2009, E. 7.2.1, 7.2.3.3 und 7.2.4.

Diese Position ist weltfremd und trägt den legitimen Bedürfnissen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit in keiner Weise Rechnung. Sie müsste auch etwa dazu führen, dass die vom Konzern in eine Tochtergesellschaft delegierte Organperson bei konzerninternen Geschäften stets in den Ausstand tritt, was ihrer Funktion zuwider liefe. Es fragt sich daher, ob nicht – inspiriert durch die sog. Rozenblum-Doktrin¹⁸¹ – unter gewissen Voraussetzungen die Interessen des Konzerns Vorrang haben dürfen oder zumindest mit zu berücksichtigen sind. Aber auch hier: Eine Verankerung im Gesetz als Teilbereich des im übrigen Lehre und Praxis überlassenen Konzernrechts¹⁸² ist m.E. abzulehnen.

XIII. Haftungsrisiken ausserhalb des Aktienrechts

Einmal mehr sei schliesslich daran erinnert, dass die Haftungsrisiken für die in Aktiengesellschaften tätigen Organpersonen aus dem Sozialversicherungs- und aus dem Steuerrecht oft grösser sind als die aus Aktienrecht. Dazu stichwortartig folgendes:

1. Haftungsrisiken aus Sozialversicherungsrecht

Nach Art. 52 Abs. 1 und 2 AHVG haften – subsidiär zur juristischen Person –

„die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen“,

wenn sie

„durch absichtliche oder grobfährlässige Missachtung von Vorschriften der [Sozial-] Versicherung einen Schaden zu[fügen].“

¹⁸¹ Dazu etwa BÖCKLI (FN 3), § 11 N 86 f., mit weiteren Hinweisen.

¹⁸² Dazu statt aller DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

Aus dieser Norm wurde höchstrichterlich nahezu eine *Kausalhaftung* für Organpersonen entwickelt¹⁸³. Diese wurde zwar von der Lehre stark kritisiert, doch hat dies in der Judikatur nicht zu einem Richtungswechsel geführt.

Immerhin hat das Bundesgericht in neuerer Zeit seine Praxis insofern modifiziert, als es einen Rechtfertigungsgrund für die bewusste Missachtung der Pflicht zur Leistung der Sozialversicherungsbeiträge darin sieht, dass unter Hintanstellung der Pflichten aus dem Sozialversicherungsrecht zunächst Zahlungsverpflichtungen gegenüber Geschäftspartnern – etwa Banken und Lieferanten – erfüllt werden, wenn dies eine Voraussetzung für das Überleben der Gesellschaft ist und eine realistische Überlebenschance besteht. Das Bundesgericht hält dazu in BGE 108 V 183 ff. E. 2 fest:

„Wohl stand es nicht im Einklang mit der AHV-Ordnung, dass der Beschwerdeführer absichtlich die fraglichen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge der Ausgleichskasse nicht ablieferte. Doch lassen der Beweggrund und die übrigen Umstände, nämlich die nicht zum vorneherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung, die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist später ebenfalls bezahlen zu können, das fehlerhafte Verhalten des Beschwerdeführers als entschuldbar erscheinen. Demzufolge ist die Schadenersatzpflicht zu verneinen“.

Dies, obwohl es schliesslich zum Konkurs kam¹⁸⁴.

Es ist dies ein Schritt in die richtige Richtung, und es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht an dieser differenzierenden Praxis festhält, auch wenn es im Übrigen die sozialversicherungsrechtlich vorgesehene Haftungsvoraussetzung der Grobfahrlässigkeit faktisch weiterhin negiert¹⁸⁵.

¹⁸³ Vgl. etwa BGE 108 V 199 ff., 203 oder 129 V 11 E. 3.4.

¹⁸⁴ Vgl. auch Eidg. Versicherungsgericht im Entscheid H92/01 vom 25. September 2002, E. 5.3.3, und Entscheid H195/04 vom 18. Mai 2005, E. 4.4.

¹⁸⁵ Vgl. den Verweis in BGE 133 V 511, E. 5.1 auf Urteil I 250/05 vom 30. September 2005 des Eidg. Versicherungsgerichts.

2. Haftungsrisiken aus Steuerrecht

Zur Absicherung der Steuerforderungen bei drohendem Verlust von Steuersubstrat statuieren verschiedene Bundesgesetze 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)¹⁸⁶.

Diese Haftungsregeln beinhalten nicht Schadenersatzpflichten, sondern primäre Leistungspflichten. Sie sind als *Kausalhaftungen* konzipiert und setzen somit kein Verschulden der verantwortlichen Personen voraus. 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.

Das Bundesgesetz über die Stempelabgaben sieht in Art. 10 I ebenfalls eine solidarische Mithaftung vor: Der Veräusserer von Beteiligungsrechten im

¹⁸⁶ Eine solidarische Mithaftung ist in folgenden Erlassen vorgesehen:

- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer Art. 55 I;
- Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer Art. 15;
- Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer Art. 15;
- Automobilsteuergesetz Art. 11;
- Verordnung über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe Art. 36;
- Mineralölsteuergesetz Art. 11;
- Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung Art. 8; Biersteuergesetz Art. 9.

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

Die 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.

Mantelhandel¹⁸⁷ ist solidarisch zur Entrichtung der Emissionsabgabe verpflichtet, soweit eine solche anfallen sollte.

XIV. Vorläufige Würdigung

Das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht spielt in Wirtschaft und Recht der Schweiz eine enorme Rolle, sowohl sanktionierend wie präventiv. Es ist in die Jahre gekommen, und gewisse Regelungen haben eigentlich noch nie befriedigen können.

Bericht und VE 2014¹⁸⁸ behandeln etliche – freilich nicht alle – Bestimmungen, die einer Korrektur oder zumindest kritischen Auseinandersetzung bedürfen. Im Ganzen werden vernünftige und praktikable Vorschläge gemacht. Zur praktisch wichtigsten Frage – der Diskrepanz zwischen der weitgehenden Bedeutungslosigkeit der persönlichen Haftung bei aufrechtstehender Gesellschaft und der überaus harten Konsequenzen im Konkursfall – ist die geplante Ordnung freilich missglückt: Die Vorschläge zur Animierung von Aktionärsklagen ausserhalb des Konkurses sind viel zu kompliziert, gehen zu weit und werden daher zu Recht überwiegend abgelehnt. Mit Bezug auf die Begrenzung des Haftungsrisikos nach Konkurs gibt es einen Vorschlag nur für die Revisionsstelle, und dieser ist nach herrschender Ansicht nicht tragfähig. Eine Auseinandersetzung mit dem Faktor Zeit wie auch – grundsätzlich – mit den Auswirkungen des Verantwortlichkeitsrechts auf den Führungsstil und das Risikoverhalten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sucht man sodann im VE 2014 vergebens, im Bericht 2014 gibt es sie nur in Ansätzen.

Eine Überarbeitung tut daher Not, und es ist zu hoffen, dass sich das Bundesamt für Justiz oder spätestens das Parlament die dafür nötige Zeit nimmt. Sinnvoll wäre dabei auch, die Anwender des Verantwortlichkeitsrechts – Richter, Anwälte, Kläger- und Beklagtenvertreter, vor allem aber auch die

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ FN 13.

Betroffenen, also die Mitglieder von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen aus unterschiedlichen Gesellschaften, privaten wie öffentlich gehaltenen und auch solchen von Konzernen – vermehrt in die Rechtsgestaltung einzu-beziehen¹⁸⁹. Deren Mitwirkung sollte sich nicht auf eine Stellungnahme zum ausformulierten Vorschlag beschränken müssen, auch nicht auf die klandestine Beeinflussung durch Lobbyisten und Interessenvertreter im Parlament, sie ist vielmehr schon im Gestaltungsprozess vorzusehen.

Ready for prime time ist der VE 2014 im Verantwortlichkeitsrecht sicher nicht, er gehört nochmals grundsätzlich auf den Prüfstand. In zentralen Punkten ist er nach der hier vertretenen Ansicht zu ändern, in anderen ist Feinschliff angebracht. Zudem wäre es sinnvoll einige der ausgesparten Themen zumindest zu diskutieren. Es steht viel Arbeit bevor, für die aber der vom Bundesrat unterbreitete Vorschlag eine gute Basis bildet.

¹⁸⁹ Dabei verkenne ich nicht, dass die Möglichkeit einer Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens gegeben war und insb. von interessierten Anwaltskanzleien rege wahrgenommen worden ist. Die Revisorinnen und Revisoren haben sich schon bisher intensiv zu Wort gemeldet, sie werden dazu aber auch erneut Gelegenheit bekommen müssen, falls der nun auf dem Tisch liegende und von der Branche begrüßte Vorschlag abgelehnt wird. Aber schriftliche Stellungnahmen und Anhörungen ersetzen nicht den Einsitz in einer Expertenkommission, die – wenn darin alle wichtigen Interessengruppen vertreten sind – ausgewogenen Lösungen finden kann, die im Praxistest besser bestehen als ausschliesslich verwaltungsintern entwickelte Vorschläge.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.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 2016
ISBN 978-3-7255-7464-3

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen	7
<i>Dr. Rainer Klopfer, ehem. Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich, Konsulent bei BEELEGAL BÖSIGER. ENGEL. EGLOFF, Zürich</i>	
Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates	33
<i>Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Dr. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	61
<i>PD Dr. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M., Privatdozent für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Partner bei böckli bühler partner, Basel</i>	
Compliance und Verantwortlichkeit	87
<i>Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Fabio Andreotti, MLaw, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rolf Sethe, Universität Zürich</i>	
Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage	167
<i>Prof. Dr. Andreas Donatsch, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?	185
<i>Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, LL.M., em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	