

# Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung

von

Hans Caspar von der Crone, Antonio Carbonara und Silvia Hunziker



Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Beiheft 43

Hans Caspar von der Crone, Antonio Carbonara  
und Silvia Hunziker

# Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung

Ein funktionaler und systematischer Überblick



HELBING & LICHTENHAHN  
Basel · Genf · München

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet abrufbar: <http://dnb.ddb.de>

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerk zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern (downloading), liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 3-7190-2588-8

© 2006 by Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorbemerkung</b> .....	1
<b>I. Funktionen und Systematische Einordnung</b> .....	3
A. Funktionen .....	3
1. Schadensausgleich .....	3
a) Casum sentit dominus .....	3
b) Schadensbegriff .....	4
c) Pflicht zum Schadensausgleich .....	5
d) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden .....	7
(1) Ausgangslage .....	7
(2) Unterscheidungskriterium .....	9
(3) Modifizierte Schutzzwecktheorie .....	10
(4) Diskussion .....	11
(5) Kritik am Biber-Entscheid .....	13
(6) Konsequenzen und Ausblick .....	16
e) Zusammenfassender Rückblick .....	20
2. Verhaltenssteuerung .....	21
a) Präventive Funktion des Verantwortlichkeitsrechts ....	21
b) Aspekte der Verhaltenssteuerung durch Verantwortlichkeitsrecht .....	22
(1) Risikoaversion .....	23
(2) Durchsetzbarkeit .....	24
(3) Höhe des Schadenersatzes .....	24
(4) Versicherungen und andere Entschädigungs- zahlungen .....	25
(5) Fazit .....	27
3. Konfliktbewältigung und sozialer Friede/Rechtsfrieden ...	27
a) Voraussetzungen der Konfliktbewältigung .....	28
b) Exkurs: Rolle des Strafrechts .....	29
B. Systematische Einordnung .....	30
1. Verschuldenshaftung .....	31
2. Kausal- und Gefährdungshaftungstatbestände .....	33
3. Vertrauenshaftung .....	33
4. Vertragshaftung .....	34
5. Ungerechtfertigte Bereicherung .....	35
6. Zusammenfassung .....	35
C. Fazit .....	36

<b>II. Materielles Recht</b>	37
A. Aktivlegitimation	37
1. Gesellschaft	37
2. Aktionäre	38
3. Gläubiger und Konkursverwaltung	38
B. Passivlegitimation	39
1. Formelle und faktische Organe	39
2. Zeitliche Tiefe	40
C. Anspruchsvoraussetzungen	41
1. Schaden	41
a) Grundsatz	41
b) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	43
2. Pflichtverletzung	43
a) Pflichten des Verwaltungsrates	44
b) Massstab zur Beurteilung der Pflichtverletzung	44
(1) Problematik: Handlungs- und Ermessensspielraum	44
(2) Sorgfaltsmassstab (Art. 717 Abs. 1 OR)	45
(3) Business Judgment Rule	46
(4) Unterschiedlicher Pflichtenumfang einzelner Verwaltungsratsmitglieder	48
c) Pflichten der Revisionsstelle?	50
3. Kausalzusammenhang	50
4. Verschulden	51
a) Subjektive Komponente	51
b) Objektive Komponente	52
c) Abgrenzung zur Pflichtverletzung	52
d) Differenzierte Solidarität und Gesamtschaden	52
<b>III. Durchsetzung und Prozess</b>	55
A. Prozess	55
1. Örtliche Zuständigkeit	55
a) Gerichtsstand in internationalen Sachverhalten	55
b) Gerichtsstand in nationalen Sachverhalten	56
c) Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Einlassung	57
2. Sachliche Zuständigkeit	58
3. Beweisfragen	58
a) Beweislastverteilung beim Schaden	59
b) Beweislastverteilung bei der Pflichtwidrigkeit und der Kausalität	60
c) Beweislastverteilung beim Verschulden	61
d) Beweismass	61

4. Kosten des Verfahrens	62
<b>B. Durchsetzung</b>	<b>63</b>
1. Schaden der Gesellschaft (Art. 756 f. OR)	63
a) Ausser Konkurs (Art. 756 OR)	64
(1) Klage der Gesellschaft gegen ihr eigenes Organmitglied	64
(2) Klage eines Aktionärs gegen Organmitglieder auf Leistung an die Gesellschaft	64
(a) Gegenstand der Art. 756 f. OR	64
(b) Konsequenzen	66
(3) Keine Klage des Aktionärs auf Leistung an sich selbst	66
b) Im Konkurs (Art. 757 OR)	66
(1) Zeitpunkt und gleichgestellte Verfahren	67
(2) Einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit	67
2. Unmittelbarer Schaden der Aktionäre bzw. der Gläubiger	70
3. Wirkungen des Urteils und Streitgenossenschaft	71
a) Wirkung von Urteilen über unmittelbaren Schaden	71
b) Wirkung von Urteilen über «Gesellschaftsschaden» (mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern)	71
c) Vergleich	72
d) Streitgenossenschaft	72
4. Verjährung	74
<b>IV. Fazit</b>	<b>75</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>77</b>



## Vorbemerkung

Lehre und öffentliche Wahrnehmung messen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit grosse Bedeutung zu. Nachfolgend sollen zuerst die Funktionen dieses wichtigen Instituts dargestellt und dieses systematisch eingeordnet werden (I). Danach werden die Anspruchsvoraussetzungen (II) und schliesslich die Durchsetzung bestehender Ansprüche dargestellt (III). Gegenstand der Ausführungen ist primär die Haftung für Geschäftsführung nach Art. 754 OR.



## I. Funktionen und Systematische Einordnung

### A. Funktionen

#### 1. Schadensausgleich

Eine erste und offensichtliche Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist diejenige des Schadensausgleichs.<sup>1</sup> Die Art. 754 ff. OR normieren, wer<sup>2</sup> wem<sup>3</sup> und unter welchen Voraussetzungen<sup>4</sup> Schadenersatz schuldet.

##### a) *Casum sentit dominus*

Das Prinzip des Schadensausgleichs ist ein fester Wert der schweizerischen Rechtsordnung.<sup>5</sup> Der Gedanke, schrankenlos in die Rechtssphäre anderer eingreifen zu können, ohne für den allenfalls dadurch entstehenden Schaden verantwortlich gemacht zu werden, d.h. diesen ausgleichen zu müssen, ist der schweizerischen und wohl auch jeder anderen auf der Freiheit des Individuums aufbauenden Rechtsordnung fremd.<sup>6</sup>

Das damit angesprochene liberale Modell der Selbstverantwortung wirkt gleichzeitig allerdings hemmend auf den Ausgleich von Schäden. Die Überwälzung eines Schadens auf einen Dritten wird als Ausnahme vom Grundsatz verstanden. Ausgangspunkt juristischer Überlegungen im Bereich des Schadensausgleichs ist nicht das Schädigungsverbot, sondern der Grundsatz *casum sentit dominus*.<sup>7</sup>

Nicht jeder Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen führt deshalb zu einem Schadenersatzanspruch. Vielmehr müssen verschiedene, vom Gesetzgeber je nach zu beurteilender Lebenssituation unterschiedlich ausgestaltete Voraussetzungen erfüllt sein, damit Schadenersatz geschuldet wird. Schadenersatz und damit Schadensausgleich verlangen nach einer gesetzlichen Grund-

---

1 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 36 f., der den Schadensausgleich als die zentrale Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit betrachtet.

2 Vgl. dazu II.B.

3 Vgl. dazu II.A.

4 Vgl. dazu II.C.

5 REY, Haftpflichtrecht, N 12; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 11 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 63; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.04; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 23 ff.

6 Vgl. HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 7.

7 REY, Haftpflichtrecht, N 18 ff.; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 10 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 83 und 90; im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unter dem Aspekt der Stellung der Aktionäre als *residual claimants* siehe VON DER CRONE, Haftung, S. 15.

lage.<sup>8</sup> Kern- und Wesenselemente zivilrechtlicher Haftungstatbestände bzw. der als Grundform geltenden Verschuldenshaftung<sup>9</sup> sind das Vorliegen von Schaden, Widerrechtlichkeit, natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang und Verschulden.

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit unterscheidet sich hierin nicht von anderen Normen, die Schadenersatzansprüche begründen.<sup>10</sup> Auch sie hat zum Ziel, einen Schaden, der seine Ursache in einem zu missbilligenden Verhalten hat, das dem Verursacher vorgeworfen werden kann, zum Ausgleich zu bringen. Der Verursacher soll dem Geschädigten mittels Zahlung eines Geldbetrages oder der Übertragung einer anderen vermögenswerten Leistung dessen Schaden decken. Die Rechtsordnung lässt also auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht jeder Schädigung einen Ersatz folgen; auch hier ist Ersatz vielmehr dann und nur dann geschuldet, wenn alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>11</sup>

#### *b) Schadensbegriff*

Schadensausgleich setzt bereits sprachlogisch voraus, dass ein Schaden vorliegt. Die Rechtsordnung definiert, was als Schaden zu gelten hat.<sup>12</sup> Die hierbei herrschende Differenztheorie<sup>13</sup> stellt auf die im Vermögen des Geschädigten eingetretene Vermögensverminderung ab.<sup>14</sup> Grundlage der Schadenersatzberechnung bilden in der Praxis allerdings nicht die Gesamtvermögen, sondern die konkret betroffenen Aktiven und Passiven.<sup>15</sup> Gerade für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist diese bilanztechnische Betrachtungsweise nützlich und angebracht, geht es doch immer um den Ersatz von Vermögensschäden.<sup>16</sup> Die Quantifizierung von schädigenden Ereignissen wird dadurch grundsätzlich vereinfacht.

---

8 Vgl. allgemein für das ausservertragliche Haftpflichtrecht HONSELL, Haftpflichtrecht, § 2 N 1.

9 OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 102; REY, Haftpflichtrecht, N 22 ff.; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 166.

10 Zur systematischen Einordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit siehe unten I.A.2.

11 Das Bedürfnis nach Konfliktbewältigung und Aufrechterhaltung des sozialen Friedens sind allerdings ebenfalls bestimmende Faktoren der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Vgl. dazu I.A.3.

12 Ausführlich zum Begriff des Schadens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unten II.C.1.

13 REY, Haftpflichtrecht, N 152 ff.; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 70b; OFTINGER/STARK, Band I, § 2 N 9; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 590 ff.

14 UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 112.

15 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 206; UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 125; REY, Haftpflichtrecht, N 169 f.; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 70b; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 32.

16 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 205; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 153; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 44.

Eine nicht aus der Differenztheorie hervorgehende Unterscheidung ist diejenige in direkte und indirekte Schäden bzw. Reflexschäden.<sup>17</sup> Nur direkte Schäden berechtigen zum Ersatz, indirekte Schäden führen hingegen nur ausnahmsweise zu Schadenersatzansprüchen.<sup>18</sup> Für die Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Schäden wird im Bereich der Vermögensschäden auf die verletzte Schutznorm abgestellt. Nur wenn eine Norm verletzt wird, die das tangierte Vermögen schützt, liegt ein direkter Schaden vor.<sup>19</sup> Die Widerrechtlichkeit als Anspruchsvoraussetzung erweist sich als mit dem Begriff des ersatzfähigen Schadens verknüpft.<sup>20</sup>

*c) Pflicht zum Schadensausgleich*

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist als Verschuldenshaftung ausgestaltet.<sup>21</sup> Damit wohnt ihr eine ethische Komponente inne, wird doch mit dem Kriterium des Verschuldens die Vorwerfbarkeit eines Verhaltens erfasst.<sup>22</sup> Aber auch der Widerrechtlichkeit ist eine ethische Wertung inhärent, denn sie impliziert die Verletzung von Verhaltenspflichten.<sup>23</sup> Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit werden an der Stelle von Widerrechtlichkeit die Begriffe Pflichtwidrigkeit oder aber Pflichtverletzung verwendet.<sup>24</sup> Thema ist der Verstoss gegen gesetzliche und statutarische Verhaltensnormen,<sup>25</sup> zu deren Einhaltung sich die verantwortlichen Personen explizit oder implizit verpflichtet haben, sei es durch Annahme des Amtes oder durch die Erlangung einer faktischen Organstellung.<sup>26</sup>

---

17 Für die Begriffe direkter Schaden und Reflexschaden im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit siehe BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1 (Biber-Entscheid).

18 BK-BREHM, Art. 41 OR, N 19; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 14.20; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 51.

19 BK-BREHM, Art. 41 OR, N 38d.

20 So ausdrücklich BK-BREHM, Art. 41 OR, N 17.

21 Zum Verschulden siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 299 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 75; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 32 ff.; zum aOR: FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 285 ff.; ZK-BÜRGI/NÖRDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 OR, N 1.

22 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 36 und FN 133, der die moralische Vorwerfbarkeit durch die Objektivierung des Verschuldensmassstabes relativiert sieht. Vgl. OFTINGER/STARK, Band I, § 5 N 13; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 6 N 2; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 22.01 ff.

23 Vgl. HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N 1a. Siehe allgemein zur Widerrechtlichkeit SCHWENZER, Obligationenrecht, N 50.04.

24 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 377; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 23; mit Begründung FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 250; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 17 ff.

25 Siehe dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 239; allgemein: HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N 1a m.w.H.; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 50.28 ff.

26 Vgl. dazu II.B.

Gegenstand der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sind die Pflichten, die mit der Führung der Gesellschaft einhergehen.<sup>27</sup> Wenn keine aktienrechtliche Verhaltensnorm verletzt wird, liegt kein Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vor.<sup>28</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR und der Marginalie zu diesem Artikel.<sup>29</sup> Sofern keine aktienrechtliche Pflicht verletzt wurde, greift allenfalls eine andere Haftungsgrundlage wie beispielsweise Art. 41 Abs. 1 OR.

Ziel des Schadensausgleichs ist es, den Geschädigten vermögensmässig so zu stellen, wie wenn die schädigende Handlung und damit auch die Schädigung ausgeblieben wären.<sup>30</sup> Die Begründung, den Schadensausgleich zur Pflicht werden zu lassen, liegt letztlich wohl in der Grundeinstellung zu Freiheit und Verantwortlichkeit des Einzelnen,<sup>31</sup> von welcher der Gesetzgeber sich hat leiten lassen. Betrachtet man den Menschen als frei und in der Folge für sein Verhalten als verantwortlich, so sind Eingriffe in die Sphäre des Einzelnen, die sich nicht auf den Willen des Geschädigten abstützen können, von demjenigen auszugleichen, der ohne Rechtfertigung den Schaden verursacht hat.<sup>32</sup> Dass dieser Pflicht zum Ausgleich eine Grenze gesetzt werden muss, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass im menschlichen Zusammenleben und insbesondere in einer wettbewerbsorientierten Marktordnung Schädigungen unvermeidbar sind.<sup>33</sup>

Referenzmassstab ist der *status quo ante*. Wer durch sein Verhalten eine negative Veränderung bewirkt, hat den vorherigen Zustand wiederherzustellen.<sup>34</sup> Das «Ungeschehenmachen» eines Unrechts erscheint hier als Element des Schadensausgleichs. Der darin enthaltene Gedanke der Bestrafung wurde

---

27 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 239 ff., insbesondere S. 241 ff. für die Pflichten der mit der Verwaltung und Geschäftsführung befassten Personen. BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 26 ff.; CORBOZ, Com-Introduction aux Art. 752 à 761, N 6. Siehe dazu weiter unten II.C.2.a).

28 So ausdrücklich BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 378; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 70 und BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240, welche eine Verletzung einer durch Gesetz oder Statuten auferlegten Pflicht voraussetzen. Zum aOR siehe ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754, N 3 und 80 und insbesondere N 11 ff., wonach eine Verantwortlichkeit der Organe immer nur im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Funktion entstehen kann.

29 Marginalie zu Art. 754 OR: «Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation».

30 Dies ergibt sich aus der Art und Weise, wie der Schaden berechnet wird (Differenztheorie, siehe oben I.A.1.b)). Siehe auch BK-BREHM, Art. 41 OR, N 69.

31 Vgl. allgemein dazu VON DER CRONE, Freiheit, S. 69 ff.

32 So auch HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 7, der das Einstehenmüssen für Schädigungen fremder Rechtsgüter als notwendiges Komplement der Handlungsfreiheit betrachtet.

33 OFTINGER/STARK, Band I, § 4 N 6 und FN 8.

34 Vgl. OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 17 f.

im kontinentaleuropäischen Rechtsraum aber über die Jahrhunderte aus dem Zivilrecht ins Strafrecht verdrängt.<sup>35</sup>

*d) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*

(1) Ausgangslage

Andauernd kontrovers ist im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden.<sup>36</sup> Wird im allgemeinen Haftpflichtrecht mit den Begriffen mittelbarer und unmittelbarer Schaden die Nähe des schädigenden Ereignisses zum Schaden und damit die Länge des Kausalzusammenhangs bezeichnet,<sup>37</sup> erfüllt das Begriffspaar in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eine andere Funktion:<sup>38</sup> Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist juristisch gesehen strikt von demjenigen der Aktionäre und Gläubiger getrennt.<sup>39</sup> Wirtschaftlich allerdings stehen die Vermögen in einem engen Zusammenhang zueinander.<sup>40</sup> Die Beteiligung des Aktionärs an der Gesellschaft ist in ihrem Wert vom Vermögen der Aktiengesellschaft abhängig.<sup>41</sup> Die Forderung des Gläubigers figuriert auf der Passivseite

35 REY, Haftpflichtrecht, N 17; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 34; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 24. Anders die Rechtslage in den USA, wo unter dem Begriff der *punitive damages* mit Hilfe des Haftpflichtrechts auch pönale Zwecke verfolgt werden. Im Rahmen von Verantwortlichkeitsklagen sind diese allerdings eher unüblich. Siehe dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 429.

36 Auch der Biber-Entscheid (BGE 131 III 306) des Bundesgerichts geht auf diese Unterscheidung ein. Vgl. zu diesem Entscheid GLASL, Praxisänderung, N 1 ff.; GLASL, Aktionärsschaden, S. 692 ff.; WEBER, Pirouetten, N 1 ff.; CORBOZ, Note, S. 390 ff.; TERCIER/STOFFEL, Gesellschaftsrecht, S. 312 ff.; FORSTMOSE/SPADIN, S. 500; DOBLER/VON DER CRONE, Aktivlegitimation, S. 211 ff. Zur bis dahin geltenden Praxis und der daraus entstandenen Kontroverse vgl. BGE 122 III 176 und BGE 125 III 86. Zum Ganzen siehe BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 15 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 360 ff.; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 47 und 53 ff. insbesondere N 65 ff.

37 REY, Haftpflichtrecht, N 334; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 44 ff.

38 Der Begriff «mittelbarer Schaden» hat seinen Ursprung in Art. 755 aOR. Vgl. dazu BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 15; DOBLER/VON DER CRONE, Aktivlegitimation, S. 214 FN 22. Mit der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde der Begriff gestrichen. Neu handeln Art. 756 f. OR vom Schaden der Gesellschaft, wobei der Begriff in der Rechtsprechung und Lehre weiterhin verwendet wird. Zum aOR vgl. ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 OR, N 50 ff. und ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 OR, N 1 ff.

39 Die Aktiven und Passiven der Aktiengesellschaft sind ausschliesslich dieser als Rechtsträgerin zugeordnet. Die Aktionäre sind lediglich wertmässig über ihre Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft beteiligt. Den Gläubigern stehen, mit Ausnahme von besonderen Sicherungsgeschäften, keine Rechte an den Vermögenswerten der Gesellschaft zu. Vgl. allgemein die grafische Übersicht in MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, Gesellschaftsrecht, § 2 N 71 und speziell für die Aktiengesellschaft § 16 N 22.

40 CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 65.

41 GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 135 ff., S. 167. Vgl. allgemein zur Bewertung von Aktien anhand der DCF-Methode BREALEY/MYERS, Principles, S. 58 ff.

der Bilanz der Aktiengesellschaft. Eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens tangiert daher zwangsläufig sowohl das Vermögen der Aktionäre wie – über die Verringerung des Haftungssubstrates und damit die Erhöhung des Ausfallrisikos – auch der Gläubiger.<sup>42</sup>

Mit der Unterscheidung in mittelbaren und unmittelbaren Schaden im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird diese Verschränkung der unterschiedlichen Vermögen und deren Auswirkung im Falle eines schädigenden Ereignisses aufgegriffen.<sup>43</sup> Es geht um die Frage, ob ein Aktionär oder ein Gläubiger unmittelbar im eigenen Vermögen oder nur reflexweise über die Schädigung des Vermögens der Gesellschaft geschädigt ist.<sup>44</sup> In jedem Fall findet das Begriffspaar aber nur Anwendung auf die Schäden von Aktionären und Gläubigern, da die Gesellschaft selber im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nur unmittelbar geschädigt sein kann.<sup>45</sup> Von mittelbarem Schaden der Aktionäre oder Gläubiger kann nur dann gesprochen werden, wenn ein Schaden der Gesellschaft vorliegt, der seinerseits eine Verminderung des Vermögens der Aktionäre und Gläubiger zur Folge hat. Der Schaden der Gesellschaft ist für mittelbare Schäden von Aktionären und Gläubigern eine *conditio sine qua non*.<sup>46</sup> Im Gegensatz dazu liegt ein unmittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern dann vor, wenn diese unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten der haftenden Person in ihrer vermögensrechtlichen Stellung beeinträchtigt wur-

---

42 Letztere können gemäss h.L. aber erst im Falle eines Konkurses einen Schaden geltend machen, weil ihre Forderungen vorher als gedeckt angesehen werden. Diese Sichtweise entspricht allerdings nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten, muss ein Gläubiger doch bei einer Zession seiner Forderung einen Preisabschlag in Kauf nehmen, sofern sich die Vermögenslage der Gesellschaft negativ entwickelt. Die h.L. stellt also auf den Nominalwert der Forderung ab, der erst im Falle eines Konkurses nicht mehr gedeckt ist. Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 267 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 15; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 167; KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1272 FN 52; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung, N 199.

43 Siehe dazu die zwei Beispiele in BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1, die diesen Zusammenhang je für Aktionäre und Gläubiger dokumentieren. Vgl. auch CORBOZ, Note, S. 390.

44 So explizit BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1. Siehe dazu BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 15; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 65; UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 117; RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 43 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 226 mit Ausführungen zur Prozessstandschaft. Differenzierend WALTER, Verantwortlichkeitsrecht, S. 89, der den mittelbaren Schaden der Gläubiger und Aktionäre nicht als eigentlichen Reflexschaden qualifiziert, da dieser vom Primärschaden unabhängig sein müsse.

45 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 14; UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 117; KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1272; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 187.

46 Denkt man sich den Schaden der Gesellschaft weg, entfallen in diesen Konstellationen *eo ipso* die Schäden von Aktionären und Gläubigern.

den.<sup>47</sup> Unabhängig davon, ob diese unmittelbaren Aktionärs- und Gläubigerschäden sich auf Art. 754 Abs. 1 OR abstützen können, unterstehen sie nicht dem Regime von Art. 756 f. OR.<sup>48</sup> Dadurch wird die Qualifikation einer unfreiwilligen Vermögensverminderung als unmittelbarer Schaden für Aktionäre und Gläubiger interessant, da unmittelbare Schäden grundsätzlich ohne Einbezug der Gesellschaft und der übrigen Beteiligten geltend gemacht werden können.<sup>49</sup>

## (2) Unterscheidungskriterium

Das Kriterium zur Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren Schäden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wurde im Verlauf der Zeit mehrfach verändert und angepasst. Im allgemeinen Haftpflichtrecht wird zur Unterscheidung von direkten und indirekten Schäden grundsätzlich auf die verletzte Schutznorm abgestellt.<sup>50</sup> Eine analoge Anwendung dieses Kriteriums auf die Fälle der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit würde dazu führen, dass jeder Aktionär und Gläubiger den in seinem Vermögen im Sinne der Differenztheorie entstandenen Schaden mit einer Individualklage einfordern könnte. Ein unmittelbarer Schaden nach allgemeiner Schutzzwecktheorie liegt näm-

47 Vgl. BGE 122 III 190 m.w.H., wo diese Definition als von der Auffassung des Bundesgerichts abweichend dargestellt wird. Vgl. aber BGE 129 III 129 bzw. 4C.200/2002, Erw. 8, wo das Fehlen eines Schadens der Gesellschaft als Grund für die Nichtanwendung der modifizierten Schutzzwecklehre angeführt wird. BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1 und 3.1.2 bestätigen die in BGE 129 III 129 eingeleitete Rückkehr zu dieser Unterscheidung. Siehe allgemein dazu BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 16; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 56 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 213 und FN 1121; WATTER/TRUFFER, AJP, S. 1573 ff. insbesondere S. 1581.

48 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 16 und FN 13.

49 Ausführlich dazu unten III.B.2. Gläubiger können gemäss Bundesgericht auch ausserhalb eines Konkurses unmittelbar geschädigt sein, vgl. BGE 122 III 190 m.w.H.; KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1273, insbesondere FN 70. Allerdings sind solche Konstellationen selten, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 267 ff. Bei genauer Betrachtung scheint der Schaden des Gläubigers in diesen Fällen darin zu liegen, dass von Anfang an keine Deckung der Gläubigerforderung bestand. Damit aber liegt die gleiche Grundkonstellation vor, welche auch im Konkurs gegeben ist: Die Forderungen sind nicht vollständig gedeckt. Eine unterschiedliche Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden vor und nach Konkurs, wie sie BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 241 f. fordert, ist daher nicht gerechtfertigt.

50 BGE 102 II 85; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 17 und 20 ff.; GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Präjudizienbuch, Art. 41 OR, N 12; REY, Haftpflichtrecht, N 352; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 14.22; BSK-SCHNYDER, Art. 41 OR, N 9; ComR-WERRO, Art. 41 OR, N 15 insbesondere FN 25; OFTINGER/STARK, Band I, § 2 N 76 m.w.H. Gerade weil auch ein Reflexgeschädigter einen Schaden im Sinne der Differenztheorie ausweisen kann, muss ausserhalb des so definierten Schadensbegriffs nach einem Unterscheidungskriterium gesucht werden. Die Feststellung, ein Schaden sei direkt im Vermögen einer Person entstanden, hilft bei Vermögensschäden daher nicht weiter. Die Definition im Hinblick darauf, wer direkt davon betroffen ist, dürfte nur bei Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter sinnvoll sein.

lich bereits dann vor, wenn *auch* das betroffene Vermögen durch die Norm geschützt wird.<sup>51</sup> Demnach wäre jeder Aktionär zur Einklagung des in seinem Vermögen entstandenen Schadens berechtigt, unabhängig davon, ob dieser Schaden einen Zusammenhang mit einem Gesellschaftsschaden aufweist. Eine Anwendung dieser allgemeinen Schutzzwecktheorie kommt für Fälle der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nun aber nicht in Frage, da mit einer Zahlung von Schadenersatz an einen Aktionär der Schaden der Gesellschaft nicht gedeckt wird. Einer Klage der Gesellschaft stünde zwar technisch nichts im Wege. Allerdings hätte der Schädiger dann faktisch zweimal den gleichen Schaden auszugleichen und gleichzeitig würden diejenigen Aktionäre, die bereits geklagt haben, durch die Klage der Gesellschaft bereichert. Diese Konsequenzen verstossen gegen allgemeine Prinzipien des Haftpflichtrechts.<sup>52</sup>

Die Lösung des Problems liegt in der auf die Besonderheiten der Aktiengesellschaft und der erwähnten Vermögensverschränkung Rücksicht nehmenden Definition des unmittelbaren Schadens von Aktionären und Gläubigern, wie sie in der älteren Lehre und Rechtsprechung erfolgte und oben beschrieben wurde.<sup>53</sup> Auch das Bundesgericht verwendet nunmehr wieder diese Definition.<sup>54</sup> *Quintessenz dieser Auffassung ist, dass ein kollektiv entstandener Schaden auch kollektiv auszugleichen ist. Ein (ausschliesslich!) individuell entstandener Schaden muss hingegen individuell zum Ausgleich gebracht werden können.*<sup>55</sup>

### (3) Modifizierte Schutzzwecktheorie

Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht für die Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf eine modifizierte Schutzzwecktheorie abgestellt.<sup>56</sup> Nur in den Fällen, in denen eine Schutznorm verletzt wurde, die ausschliesslich die Interessen der Aktionäre oder aber der Gläubiger schützt, wurde der Schaden als unmittelbarer Schaden qualifiziert.<sup>57</sup> Ansonsten wurden die Schäden von Aktionären und Gläubigern als mittelbare Schäden betrachtet und waren somit nicht individuell ersatzfähig. Die Praxis des Bundesgerichts war dadurch gekennzeichnet, dass nicht der wirtschaftliche Konnex

---

51 BK-BREHM, Art. 41 OR, N 17 und 38b ff.; ComR-WERRO, Art. 41 OR, N 15 FN 25.

52 Zum Bereicherungsverbot siehe HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 64.

53 Siehe dazu soeben I.A.1.d)(1).

54 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.

55 Davon weicht das Bundesgericht in BGE 131 III 306, Erw. 3.1 ab, indem es eine Durchsetzungssperre für gewisse unmittelbare Schäden im Konkurs vorsieht.

56 BGE 122 III 191 und BGE 125 III 88; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 378; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 211 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 17.

57 BGE 122 III 190 f. und BGE 125 III 88.

zwischen dem Vermögen der Aktionäre und Gläubiger einerseits und demjenigen der Gesellschaft andererseits im Vordergrund stand, sondern dass lediglich der Charakter der verletzten Schutznorm als Kriterium zur Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Aktionärsschaden diene.<sup>58</sup> Dies führte zu Problemen mit der Funktion und dem Prinzip des Schadensausgleichs.

Die auf BGE 122 III 176 gestützte Rechtsprechung stand nur insoweit mit der Funktion des Schadensausgleichs in Einklang, als ein Ausgleich der von Aktionären und Gläubigern erlittenen Vermögensverminderung über die Deckung eines Gesellschaftsschadens möglich war.<sup>59</sup> Das Bundesgericht musste daher in BGE 129 III 129 seine bis zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtsprechung dahingehend präzisieren, als in Konstellationen, in denen lediglich die Aktionäre bzw. die Gläubiger eine Schädigung erleiden, das Gesellschaftsvermögen aber vom schädigenden Verhalten gänzlich unberührt geblieben ist, die Aktionäre bzw. Gläubiger auf eigene Rechnung klagen können.<sup>60</sup> Dieser Schluss war folgerichtig, bedarf es doch, um überhaupt von einem mittelbaren Schaden sprechen zu können, auch einer (unmittelbaren) Schädigung der Gesellschaft. Fehlt diese, kann die entsprechende dogmatische Qualifizierung der Vermögensverminderung gar nicht greifen.<sup>61</sup> Die Anwendung der modifizierten Schutzzwecktheorie war daher in solchen Konstellationen von Anfang an nicht angebracht.<sup>62</sup>

#### (4) Diskussion

Festgehalten werden kann, dass in jedem Fall eine Individualklage eines Aktionärs oder Gläubigers auf Ersatz eines Schadens an sich selbst ausgeschlossen sein soll, sofern dieser Schaden sich ausschliesslich aus einem Gesellschaftsschaden ableiten lässt. Ist der Gesellschaftsschaden *conditio sine qua*

---

58 Vgl. dazu die Ausführungen in BGE 122 III 191.

59 Vgl. die Darstellung der alleine die Gläubigerinteressen schützenden Normen bei BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 24; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 305 ff., der Art. 744 Abs. 2 OR (Verbot der vorzeitigen Verteilung des Liquidationsüberschusses) als einzige, nur die Interessen der Gläubiger schützende Norm ausmacht; siehe auch KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1273, der ebenfalls davon ausgeht, dass wohl fast alle Bestimmungen zumindest auch die Gesellschaft oder die Aktionäre schützen.

60 Bestätigt in BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2. Vgl. zu dieser Konstellation CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 57.

61 Siehe dazu auch BGE 129 III 129 sowie ROTH/VON DER CRONE, Revisionsstelle, S. 287 f.

62 Dieser Linie folgen auch die Ausführungen von BGE 131 III 306, Erw. 3.1. Vgl. dazu auch den Entscheid des Bundesgerichts BGE 129 III 129 bzw. 4C.200/2002, Erw. 3: «Dans ces circonstances, les distinctions opérées par la jurisprudence dans le but de déterminer qui de la société ou des créanciers ainsi que des actionnaires peut obtenir réparation du dommage subi ne sont pas pertinentes, dès lors que la société n'a en l'occurrence pas été lésée.»

*non* für den Schaden des Gläubigers oder Aktionärs, hat eine Ausgleichszahlung an die Gesellschaft und nicht an den Gläubiger oder Aktionär zu erfolgen. Sofern diese Vorgehensweise bereits zu einem kollektiven Ausgleich führt, ist die modifizierte Schutzzwecktheorie zur Unterdrückung von Individualansprüchen nicht notwendig.

Sofern aber ausschliesslich das Vermögen der Aktionäre oder Gläubiger durch eine Pflichtverletzung vermindert wird, ein Ausgleich über das Vermögen der Gesellschaft somit ausgeschlossen ist, kann nur aufgrund der modifizierten Schutzzwecktheorie das *Entstehen* eines Individualanspruchs verhindert werden. Im Hinblick auf den Schadensausgleich führt aber gerade dies zu stossenden Ergebnissen. Ein manifester Schaden im Sinne der Differenztheorie kann dann nicht eingeklagt werden. Wie bereits erwähnt, war das Verhindern solch stossender Ergebnisse wohl auch die Motivation hinter BGE 129 III 129.

Die damit verbundene Argumentation lässt die modifizierte Schutzzwecktheorie obsolet erscheinen. Alle Fälle, in denen sie Anwendung finden könnte und in denen sie zu einem anderen Ergebnis führen würde als die klassische Unterscheidung, sind so gelagert, dass ein Ausgleich gerade nicht über das Gesellschaftsvermögen erfolgen kann. In den zur Diskussion stehenden Konstellationen ist dieses *per definitionem* nämlich gerade nicht geschädigt.<sup>63</sup> Die modifizierte Schutzzwecktheorie stösst sich daher in den für ihre Anwendung übrigbleibenden Fällen am Grundsatz des Schadensausgleichs.

Eine mögliche Konsequenz dieser Gegenüberstellung wäre eine vollständige Rückkehr zur alten Lehre und Praxis und eine Abkehr von der modifizierten Schutzzwecktheorie. Diese Variante hätte sich dann wieder mit dem Problem der Ansprüche aufgrund unmittelbarer Aktionärs- und Gläubigerschäden im Konkurs konfrontiert gesehen. Diese konkurrieren ebenfalls um das knappe Haftungssubstrat, wobei sie gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaft faktisch privilegiert sind, da Letztere im Rahmen des Konkursverfahrens durchgesetzt werden müssen.<sup>64</sup> Diesem Dilemma ist das Bundesgericht mit der im Biber-Entscheid aufgezeigten Lösung entgangen. Allerdings nicht ohne seine eigenen Kompetenzen *in extremis* auszureizen, wenn nicht gar zu überspannen.<sup>65</sup>

---

63 Ein Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers kann nur dann als unmittelbarer Schaden qualifiziert werden, wenn er sich *nicht* aus einem Gesellschaftsschaden ableiten lässt, letzterer also *nicht conditio sine qua non* für den Schaden des Aktionärs oder Gläubigers darstellt. A.M. wohl CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 56 ff. und 64 ff., der von einer Individualklage des Aktionärs oder Gläubigers bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft ausgeht.

64 Vgl. die Argumentation in BGE 122 III 194 und die dort aufgezeigten «unannehmbaren praktischen Konsequenzen».

65 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 220, der auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für das nunmehr vom Bundesgericht gewählte Vorgehen hinweist.

## (5) Kritik am Biber-Entscheid

Die modifizierte Schutzzwecktheorie konnte als Weiterentwicklung der im allgemeinen Haftpflichtrecht geltenden Schutzzwecktheorie<sup>66</sup> qualifiziert werden. Die Unterscheidung in direkte und indirekte Schäden erfolgte dabei aufgrund der verletzten Schutznorm, wobei im Hinblick auf die Besonderheiten im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mittels Auslegung eine Modifikation eingeführt wurde. Die damit einhergehende sichere dogmatische Verankerung musste nicht aus ihren Angeln gehoben werden, um den gewünschten Effekt zu erzielen. Die modifizierte Schutzzwecktheorie kann mittels teleologischer und systematischer Auslegung des Schadensbegriffs in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit begründet werden. Die Schutzzwecktheorie aus dem allgemeinen Haftpflichtrecht wird dabei verändert und an die speziellen Bedürfnisse und Verhältnisse im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit angepasst.

In seinen Ausführungen im Biber-Entscheid greift das Bundesgericht auf die alte Unterscheidung im Bereich unmittelbarer/mittelbarer Schaden zurück.<sup>67</sup> Die Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Schäden erfolgt neu wieder vollkommen ungeachtet der verletzten Schutznorm.<sup>68</sup> Diese, genauer gesagt deren Schutzbereich, ist nur noch für die Frage der Durchsetzung von direkten Schäden von Aktionären und Gläubigern im Konkurs der Gesellschaft relevant, wenn die Gesellschaft durch die gleiche Pflichtverletzung ebenfalls geschädigt wurde.<sup>69</sup> Das Bundesgericht lässt damit die modifizierte Schutzzwecktheorie fallen. Die *neu* im Biber-Entscheid eingeführte Beschrän-

---

66 Siehe dazu oben I.A.1.d)(2), insbesondere FN 50.

67 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1: «Nach den Grundsätzen des Haftpflichtrechts ist nur derjenige geschädigt, dem ein direkter Schaden in seinem Vermögen zugefügt worden ist. Der Dritte, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden – bzw. mittelbaren Schaden – erleidet, besitzt grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher.»

68 Gl.M. wohl CORBOZ, Note, S. 391; FORSTMOSER/SPADIN, Entwicklungen, S. 500; WEBER, Piouetten, N 11; GLASL, Aktionärsschaden, S. 693. A.M. TERCIER/STOFFEL, Gesellschaftsrecht, S. 313.

69 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2: «Wenn hingegen nebst den Aktionären und Gesellschafts-gläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt. Danach können die Aktionäre bzw. Gläubiger ihren direkten Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinn von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet [...]»

kung der Durchsetzung von direkten Schäden vermag sich somit nicht auf das Fundament abzustützen, auf welchem die modifizierte Schutzzwecktheorie ruhte.<sup>70</sup> Für den nunmehr vom Bundesgericht eingeschlagenen Weg fehlt schlicht die gesetzliche Grundlage. Das SchKG regelt die Durchsetzung von Forderungen im Konkurs und greift dabei in die Privatautonomie der Gläubiger ein. Die einheitliche Durchsetzung unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung der Gläubiger erheischt und rechtfertigt diesen massiven Eingriff,<sup>71</sup> wobei sich dieser auf eine gesetzliche Grundlage abstützt. Die Individualinteressen werden von Gesetzes wegen hinter die Interessen der Gläubigersamtheit gestellt.

Es ist sicherlich wünschenswert, das potentielle Haftungssubstrat der verantwortlichen Personen ebenso gerecht zu verteilen wie das Restvermögen der konkursiten Gesellschaft. Dazu bedarf es aber einer zusätzlichen gesetzlichen Grundlage, denn das Vermögen der verantwortlichen Personen ist nicht Teil des Konkursverfahrens.<sup>72</sup> Hinzu kommt, dass es im Hinblick auf die Durchsetzung von Gesellschaftsschäden eine gesetzliche Grundlage in den Art. 756 f. OR gibt, die keinerlei Privilegierung gegenüber unmittelbaren Aktionärs- und Gläubigerschäden vorsieht. Die Schlussfolgerung, dass bei dieser Ausgangslage eine echte Gesetzeslücke<sup>73</sup> vorliegt, ist u.E.<sup>74</sup> unzulässig. Bis anhin hat das Bundesgericht sich denn auch vollumfänglich auf die bestehende Durchsetzungsordnung abgestützt, indem es die Schäden von Aktionären und Gläubigern praktisch immer als mittelbare Schäden qualifizierte. Damit war der faktische Vorrang bei der Befriedigung der Gesellschaftsschäden gesichert, ohne dass die Durchsetzungsordnung modifiziert werden musste, denn ein nicht entstandener Anspruch kann auch nicht durchgesetzt werden.<sup>75</sup> Das

---

70 Vgl. die Ausführungen von BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 303 zur Argumentationslinie des Bundesgerichts vor Erlass des Biber-Entscheids. Vgl. FORSTMOSER/SPADIN, Entwicklungen, S. 500, welche eine Änderung der Rechtsprechung konstatieren. So auch WEBER, Pirouetten, N 12, der im Entscheid eine nicht transparent gemachte «Rechtsprechungsänderung» sieht. A.M. TERCIER/STOFFEL, Gesellschaftsrecht, S. 313 f., welche den Biber-Entscheid auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung sehen. GLASL, Aktionärsschaden, S. 693, konstatiert zwar, dass nicht mehr eine spezifische Definition des Schadens sondern eine Beschränkung der Klagebefugnis vorliegt, führt dann aber aus, dass der Biber-Entscheid lediglich eine Änderung im Anwendungsbereich der Rechtsprechung darstelle.

71 Vgl. statt vieler AMONN/WALTHER, Grundriss, § 2 N 2 und § 35 N 1 ff.

72 Siehe dazu ROTH/VON DER CRONE, S. 288.

73 Zum Begriff der echten und unechten Gesetzeslücke in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe BGE 128 I 34, Erw. 3b, sowie HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 139 f. Zur Problematik der Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenfüllung siehe BGE 121 III 219, Erw. 1d/aa), sowie HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 143 und ZK-DÜRR, Art. 1 ZGB, N 261 ff.

74 So wohl auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 220.

75 Dies ist der Kern der modifizierten Schutzzwecklehre, der nunmehr aufgegeben wurde. Vgl. dazu unten I.A.1.e).

Bundesgericht will in seinem Entscheid lediglich eine Präzisierung des Anwendungsbereichs der bisherigen Rechtsprechung vorgenommen haben.<sup>76</sup> Der Biber-Entscheid ist aber alles andere als das.<sup>77</sup> Ehrlicher Weise hätte das Bundesgericht in seinem Entscheid eine echte Gesetzeslücke feststellen müssen, die es gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen berechtigt wäre. Wie bereits gesagt, ist zu bezweifeln, dass eine solche Argumentation zu überzeugen vermocht hätte.<sup>78</sup>

Allerdings ist der Biber-Entscheid im Hinblick auf die Verbesserungen im Bereich des Schadensausgleichs zu begrüssen. Das Bundesgericht verwendet bei der Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden den Begriff der Schutznorm nicht mehr.<sup>79</sup> Vielmehr kehrt es zur alten Definition im Bereich mittelbarer/unmittelbarer Schaden zurück, allerdings ohne explizit darauf hinzuweisen.<sup>80</sup> Die eingeführte Durchsetzungssperre ist nur für diejenigen Fälle relevant, in denen die gleiche Pflichtverletzung zu unabhängigen direkten Schäden bei Gesellschaft und Aktionär bzw. Gläubiger geführt hat.<sup>81</sup> In den anderen Fällen resultieren entweder lediglich mittelbare Aktionärs- und Gläubigerschäden oder aber unbeschränkt durchsetzbare unmittelbare Aktionärs- und Gläubigerschäden.<sup>82</sup> Wenn die Gesellschaft aufgrund der gleichen Pflichtverletzung unabhängig von der direkten Schädigung des Aktionärs oder Gläubigers ebenfalls direkt geschädigt wurde, wird die Durchsetzungssperre hingegen relevant. Der Aktionär oder Gläubiger kann in diesen Fällen trotz des Vorliegens eines unmittelbaren Schadens seine Ansprüche nicht durchsetzen, wenn er nicht zusätzlich die Verletzung einer Schutznorm geltend macht, die ausschliesslich seine Interessen schützt oder aber die Ansprüche auf Art. 41 OR oder *culpa in contrahendo* gründen. Die neu eingeführte Durchsetzungssperre begrenzt folglich den Eingriff in das Prinzip des Schadensausgleichs, indem Schäden von Aktionären und Gläubigern nun zum Ausgleich gebracht werden können, sofern die geltend gemachte Pflichtverletzung nicht

76 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2.

77 A.M. TERCIER/STOFFEL, Gesellschaftsrecht, S. 313 f.; vgl. auch die Ausführungen in FN 70.

78 Letztlich dürfte auch der Regress auf die mit BGE 122 III 176 eingeführte modifizierte Schutzzwecklehre dadurch begründet gewesen sein, dass der Weg über die echte Gesetzeslücke nicht offen stand.

79 Siehe dagegen BGE 122 III 190 ff., in dem explizit das Kriterium der Schutznorm als massgebend aufgeführt wird.

80 Die zitierten Bundesgerichtsentscheide sind unter der Ägide der Rechtsprechung zur modifizierten Schutzzwecklehre ergangen. In BGE 122 III 190 ff. wird das alte Verständnis in Bezug auf die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden wiedergegeben und zugunsten der modifizierten Schutzzwecklehre aufgegeben. Siehe nun aber wieder BGE 131 III 306, Erw. 3.1.

81 CORBOZ, Note, S. 392.

82 Vgl. die Darstellung der vier logisch denkbaren Kombinationen bei CORBOZ, Note, S. 391 f.

auch die Gesellschaft geschädigt hat. Das Prinzip des Schadensausgleichs wird damit für diese Klasse von Ansprüchen gewahrt.

#### (6) Konsequenzen und Ausblick

Wirtschaftlicher Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Tatsache, dass das Vermögen der Verantwortlichen (inklusive allfälliger Versicherungsansprüche) bei Sachverhalten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit häufig nicht ausreicht, um die entstandenen Schäden auszugleichen.<sup>83</sup> Damit kommt der Frage nach der Konkurrenz der Ansprüche verschiedenartiger Betroffener eine Bedeutung zu, die ihr abgeht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass bestehende Ansprüche auch wirklich gedeckt werden, wie dies im Haftpflichtrecht sonst im allgemeinen der Fall ist: Da eine Vielzahl von Personen an einer Aktiengesellschaft in unterschiedlicher Art und Weise beteiligt sind und da im Normalfall von einem beschränkten Haftungssubstrat auszugehen ist, gewinnt die Aufteilung der knappen Ressource «Geld» unter die Beteiligten an Bedeutung. Dies gilt verschärft für den Fall, dass über eine Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist.

Das Bundesgericht liess sich in den Entscheiden, in denen die modifizierte Schutzzwecktheorie zur Anwendung gebracht wurde, von einem egalitaristischen Ansatz leiten.<sup>84</sup> Alle Gläubiger der in Konkurs gefallenen Gesellschaft sitzen im gleichen Boot. Keiner soll sich einen ungerechtfertigten Vorteil schaffen können. Die Modifikation der Schutzzwecktheorie diene letztlich der Verwirklichung dieses Ideals.<sup>85</sup> Unmittelbare Gläubigerschäden wurden praktisch ausgeschlossen.<sup>86</sup> Beinahe in jedem Fall wurde der Schaden des Gläubigers über den Anspruch der Gläubigergesamtheit ausgeglichen. Konkurrierende Schadenersatzansprüche einzelner Gläubiger konnten sich fak-

---

83 VON DER CRONE, Haftung, S. 4 f.; RÖTH/VON DER CRONE, S. 288. In BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2 wird die mögliche Konkurrenz von Individualansprüchen von Aktionären und Gläubigern mit denjenigen der Gesellschaft als Grund für die Rechtsprechung zur Frage mittelbarer/unmittelbarer Schaden angeführt. Diese ist letztlich nur aufgrund des beschränkten Haftungssubstrats von Bedeutung.

84 Vgl. BGE 125 III 86, Erw. 3a, in welchem an der Praxis von BGE 122 III 176 festgehalten wird. Vgl. auch UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 121, welche das Prinzip der Gleichbehandlung als Motiv für die bundesgerichtliche Rechtsprechung anführen.

85 So wohl auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 310; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 20.

86 Vgl. FN 59 und die wenig erfolgreiche Suche nach einer nur die Gläubigerinteressen schützenden Norm. Siehe auch die Aufzählung der Konsequenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 272 ff., insbesondere N 278, wobei dort vom Erlöschen der Aktivlegitimation direkt Geschädigter gesprochen wird, was auf die Auffassung BÖCKLIS (§ 18 N 301) zurückzuführen ist, die modifizierte Schutzzwecklehre komme lediglich nach Konkurseröffnung zum Tragen. Das Bundesgericht scheint sich in BGE 131 III 306 dieser Meinung angeschlossen zu haben.

tisch nur noch auf Art. 41 ff. OR oder auf Vertrauenshaftungstatbestände abstützen,<sup>87</sup> denn Schutznormen, die ausschliesslich zum Schutze der Gläubiger aufgestellt wurden, sind spärlich gesät.<sup>88</sup>

Die modifizierte Schutzzwecktheorie führte aber zu negativen Konsequenzen für Gläubiger, die mit einer Gesellschaft Verträge abgeschlossen hatten, deren Organe in Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR den Konkurs verschleppten (sog. Neugläubiger).<sup>89</sup> Ihr Schaden wurde aufgrund der verletzen Schutznorm (i.d.R. Art. 725 Abs. 2 OR) als mittelbarer Schaden qualifiziert und war damit durch die Gläubigergesamtheit geltend zu machen.<sup>90</sup> Es stellt sich die Frage, wie sich die neue Biber-Rechtsprechung auf diese Fälle auswirkt. Konkret muss danach gefragt werden, wann die durch BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2 eingeführte Durchsetzungssperre zur Anwendung kommt. In BGE 4C.48/2005 hatte das Bundesgericht eine Klage eines Neugläubigers auf Schadenersatz das erste Mal unter Einbezug der Biber-Rechtsprechung zu beurteilen.<sup>91</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts war es für die Anwendung der Durchsetzungssperre entscheidend, dass die behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten (insbesondere die Konkursverschleppung) ebenfalls die Gesellschaft geschädigt haben.<sup>92</sup> Da die im konkreten Fall als verletzt gerügten aktienrechtlichen Pflichten nicht ausschliesslich den Schutz der Gläubiger bezwecken, konnte der geltend gemachte unmittelbare Schaden in der Folge nicht durchgesetzt werden.<sup>93</sup>

87 So auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 311 ff.

88 Vgl. die Diskussion bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 305 ff. Daran ändert auch der Biber-Entscheid grundsätzlich nichts, will doch das Bundesgericht im Falle eines Konkurses die Rechtsprechung von BGE 122 III 176 angewendet wissen, sofern auch die Gesellschaft geschädigt ist. Genau besehen handelt es sich aber, wie bereits gezeigt wurde, nicht um die Anwendung der besagten Rechtsprechung, sondern um den Beginn einer neuen Praxis. BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2.

89 Vgl. dazu HIRSCH, responsabilité, S. 94 ff.; siehe zum gleichen Problem BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 328 ff. und den Lösungsvorschlag in N 337 ff. Siehe auch CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 66 ff.

90 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 332 ff.

91 Einschlägig ist in diesem Zusammenhang die Erwägung 2 von BGE 4C.48/2005.

92 BGE 4C.48/2005, Erw. 2.1.

93 Zudem führt das Bundesgericht in seinen Erwägungen aus, dass die Klägerin nicht substantiiert dargelegt habe, dass der Vertragsschluss ein für die konkursierte Gesellschaft werthaltiges Geschäft gewesen sei. Diese Feststellung ist insofern unnötig, als das Bundesgericht vorgängig festhält, die direkte Schädigung der Gesellschaft durch die Konkursverschleppung resultiere aus der dadurch ermöglichten weiteren Verschuldung der Gesellschaft. Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob der Vertrag mit der klagenden Neugläubigerin ein werthaltiges Geschäft darstellt, da die Gesellschaft so oder so durch die Konkursverschleppung geschädigt wurde. Im Gegenteil: Wäre der Schaden der Gesellschaft durch die Konkursverschleppung als *conditio sine qua non* für den geltend gemachten Gläubigerschaden zu qualifizieren, so läge von Anfang an kein mittelbarer Schaden der Klägerin vor.

Es fragt sich, ob es mit diesem Ergebnis sein Bewenden haben muss.<sup>94</sup> Das Ziel muss eine möglichst gerechte Verteilung des knappen Haftungssubstrats, sowie – eng damit verbunden – die relative Gleichbehandlung von Alt- und Neugläubigern sein. Alt- und Neugläubiger erleiden auf ihrer Forderung einen Ausfall.<sup>95</sup> Mit Begleichung der jeweiligen Forderung wären sowohl Alt- als auch Neugläubiger nicht mehr geschädigt. Der Kausalverlauf zwischen der Pflichtverletzung (i.c. Konkursverschleppung) und dem jeweiligen Schaden ist allerdings nur beschränkt der gleiche, was im Folgenden zu zeigen ist. Sowohl Alt- als auch Neugläubiger erleiden einen Schaden, wenn sich in der Verschleppungsphase die Vermögenssituation der Gesellschaft weiter verschlechtert. Im Umfang der zusätzlichen Verschlechterung verringert sich ihre Konkursdividende. Gleicher Kausalverlauf erlaubt hier gleiche Behandlung.<sup>96</sup> Die gleiche Pflichtverletzung führt sowohl zu einem Schaden der Gesellschaft als auch zu einer Schädigung der Alt- und Neugläubiger. Beide Gläubigergruppen sind als mittelbar geschädigt zu qualifizieren, da ihnen ohne den Gesellschaftsschaden kein eigener Schaden entstanden wäre.<sup>97</sup>

Hätten die Organe dem Richter die Überschuldung rechtzeitig angezeigt, so hätte dies die Neugläubiger integral vor Schaden bewahrt: Die konkursite Gesellschaft wäre gar nicht mehr in der Lage gewesen, neue Geschäftsbeziehungen einzugehen und damit neue Verpflichtungen zu begründen.<sup>98, 99</sup> Die Pflichtverletzung «Konkursverschleppung» als Schadensursache schädigt Alt- und Neugläubiger insofern nicht in gleicher Weise. Neugläubiger werden durch die Konkursverschleppung in jedem Fall geschädigt, Altgläubiger nur, wenn sich die Vermögenslage der Gesellschaft zwischen dem Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung und demjenigen der Bilanzdeponierung weiter

---

94 Vgl. die noch vor dem Biber-Entscheid gemachten Lösungsvorschläge von BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 342 f. und FN 494 und RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 47 ff. insbesondere S. 53.

95 Präzise gesagt erleiden die Neugläubiger im Moment der Entstehung ihrer Forderung einen Verlust, da bereits zu diesem Zeitpunkt keine Deckung mehr besteht, vgl. RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 50. Die Altgläubiger ihrerseits erleiden bei Entstehung ihrer Forderung per definitionem noch keinen Verlust. Dieser tritt erst im Moment ein, da nicht mehr genügend Kapital zur Deckung der ausstehenden Forderungen vorhanden ist. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 331 ff.

96 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 331 und N 334; RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 50.

97 Zu diesem Ergebnis gelangt man auch aufgrund des Biber-Entscheids, wie BGE 4C.48/2005, Erw. 2.2 zeigt.

98 Im Gegenteil profitieren Altgläubiger durch das Hinzutreten von Neugläubigern, verbessert sich doch dadurch ihre Konkursdividende. Siehe das Rechenbeispiel bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 333; RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 50.

99 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 331 f.; siehe auch die Argumentation der Klägerin in BGE 4C.48/2005, Sachverhalt lit. B und Erw. 2.2.

verschlechtert hat.<sup>100</sup> Ungleicher Kausalverlauf müsste hier Gleichbehandlung ausschliessen.<sup>101</sup>

Gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Gläubiger unabhängig von der Art der verletzten Schutznorm auf Schadenersatz klagen, sofern die Gesellschaft selber keinen Schaden erlitten hat.<sup>102</sup> Eine gerechte Verteilung des vorhandenen Haftungssubstrats müsste u.E. aber zudem die unterschiedlichen Kausalverläufe und die sich daraus ergebenden Ungleichheiten widerspiegeln. Das Prinzip, dass alle Gläubiger im selben Boot sitzen, kann daher nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen.<sup>103</sup> Die (untechnisch gesprochen) «Gläubigersolidarität» hat dort aufzuhören, wo eine andere Ursache zu einem anderen Schaden führt, wie dies für Neugläubiger bei einer Konkursverschleppung der Fall ist. Ein Neugläubiger dürfte nur für denjenigen Teil seines Schadens nicht selbständig klagen, den das Gesellschaftsvermögen während der Zeit der Konkursverschleppung erleidet.<sup>104</sup> Der restliche Teil seines Schadens wird zwar ebenfalls durch die Konkursverschleppung verursacht, allerdings ist er alleine davon betroffen. Da die Gesellschaft durch diese Pflichtverletzung keinen Schaden erleidet, ist der entsprechende Betrag als unmittelbarer Schaden zu qualifizieren, womit er auch nicht der Durchsetzungssperre nach Biber-Praxis unterliegen würde.<sup>105</sup> Dies führt zwar zu Ansprüchen von Gläubigern aus unmittelbarem Schaden, die das knappe Haftungssubstrat angreifen, ist aber aufgrund der aufgezeigten Unterschiede gerechtfertigt.<sup>106</sup> Der Biber-Entscheid hätte diese Interpretation u.E. zugelassen. Mit BGE 4C.48/2005 scheint sich das Bundesgericht aber anders entschieden

---

100 Der Konkurs hat seine Ursache nicht in der Verschleppung desselben! In BGE 4C.48/2005, Erw. 2.2 argumentiert das Bundesgericht dahingehend, dass die Konkursverschleppung die zusätzliche Verschuldung der Gesellschaft ermöglicht habe, weshalb auch die Gesellschaft direkt durch die Konkursverschleppung geschädigt sei.

101 Zum Ganzen wohl gl.M. WATTER/TRUFFER, AJP, S. 1582 f.

102 Siehe BGE 131 III 306, Erw. 3.1; BGE 129 III 129 bzw. 4C.200/2002, Erw. 3; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 755 OR, N 10; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 56 ff.

103 So aber die Formulierung in BGE 125 III 86. Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 303 und N 328 ff.

104 So wohl auch WATTER/TRUFFER, AJP, S. 1582 f.

105 Analog zu BGE 129 III 129 bzw. 4C.200/2002, Erw. 3. Aus Gründen der Logik könnte auch postuliert werden, dass der Schaden eines Neugläubigers integral als unmittelbarer Schaden zu qualifizieren ist. Dies würde aber ausser Acht lassen, dass mit der Konkursverschleppung in der Regel auch eine Schädigung der Gesellschaft verbunden ist, was eine Gleichbehandlung von Alt- und Neugläubigern für den spezifisch durch die Konkursverschleppung im Gesellschaftsvermögen entstandenen Schaden rechtfertigt.

106 Zu einem ähnlichen Resultat gelangt RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 47 ff., der den Gläubiger im Umfang des negativen Interesses geschädigt sieht. Insofern aber eine Forderung des Gläubigers besteht, ist er u.E. nur insoweit geschädigt, als er im Konkurs keine Deckung erhält. Damit ist die Abtretung der Gläubigerforderung an die Verantwortlichen, wie sie RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 52 vorschlägt, nicht mehr nötig.

zu haben. Neugläubiger werden trotz der aufgezeigten Unterschiede in jeder Hinsicht gleich wie Altgläubiger behandelt. Die Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche aus unmittelbarem Schaden unterliegt der Durchsetzungssperre, insofern die Konkursverschleppung auch zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt hat.<sup>107</sup> Für diese Kategorie von Schadenersatzansprüchen wird damit das Schadensausgleichsprinzip verletzt.

e) *Zusammenfassender Rückblick*

Nach dem Biber-Entscheid präsentiert sich die Rechtslage u.E. folgendermassen: Bei der Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen muss zuerst danach gefragt werden, ob eine bestimmte Pflichtverletzung zu einem Schaden im Vermögen der Gesellschaft geführt hat, der als *conditio sine qua non* für den Schaden von Aktionären und Gläubigern qualifiziert werden kann. In diesen Fällen entsteht dem Aktionär oder dem Gläubiger lediglich ein mittelbarer Schaden. Die Durchsetzung dieser Ansprüche obliegt der Gesellschaft und untersteht dem Regime von Art. 756 f. OR. Liegt hingegen unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft ein Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers vor, ist dieser immer als unmittelbarer Schaden zu qualifizieren.<sup>108</sup> Diese Schäden unterliegen vor Konkurs grundsätzlich keiner Durchsetzungsbeschränkung. Ist die Gesellschaft aber in Konkurs gefallen, stellt sich die Frage, ob die Pflichtverletzung nebst den unmittelbar geschädigten Aktionären oder Gläubigern auch die Gesellschaft direkt geschädigt hat. Ist dies der Fall, besteht für die Ansprüche aus unmittelbarer Schädigung von Aktionären und Gläubigern eine Durchsetzungssperre.<sup>109</sup> Die Betroffenen können ihre unmittelbaren Schäden nur dann geltend machen, wenn eine aktienrechtliche Schutznorm verletzt wurde, die ausschliesslich ihre Interessen schützt oder die Ansprüche sich auf Art. 41 OR oder *culpa in contrahendo* stützen.

Eine vollständige Abkehr von der nunmehr auf die Durchsetzungssperre zusammengestutzten Schutzzwecktheorie wäre, nachdem deren Kern aufgegeben worden ist,<sup>110</sup> wohl angezeigt. Sofern das Bundesgericht an der Durchsetzungssperre festhält, hat es in seinen zukünftigen Entscheiden die von ihm eingeführte Beschränkung der Durchsetzung im Konkurs bei gleichzeitiger direkter Schädigung der Gesellschaft weiter zu präzisieren.<sup>111</sup> Der bundes-

---

107 So zumindest BGE 4C.48/2005, Erw. 2.

108 So auch BGE 131 III 306, Erw. 3.1.

109 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2.

110 Der Kern der Schutzzwecktheorie lag darin, dass das Entstehen von Ansprüchen gestützt auf unmittelbare Aktionärs- oder Gläubigerschäden verhindert wurde und folglich deren Durchsetzung keine Probleme mehr stellte. Vgl. dazu bereits I.A.1.d)(5) und FN 75.

111 Eine erste Präzisierung erfolgte mit BGE 4C.48/2005, Erw. 2.

gerichtlichen Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, als sie die kollektive Durchsetzung von Ansprüchen privilegiert, sofern diese möglich und sinnvoll ist.<sup>112</sup> Dass allerdings Verantwortlichkeitsansprüche, die sich auf unmittelbare Schäden abstützen, nicht durchgesetzt werden können, sofern die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist, vermag nicht zu überzeugen. Für eine Beschränkung der Durchsetzung solcher Ansprüche fehlt letztlich die gesetzliche Grundlage, welche die damit verbundene Verletzung des Schadensausgleichsprinzips rechtfertigen könnte.<sup>113</sup>

## 2. Verhaltenssteuerung

### a) Präventive Funktion des Verantwortlichkeitsrechts

Das Verantwortlichkeitsrecht dient nicht nur dem Schadensausgleich,<sup>114</sup> sondern es soll auch präventiv wirken.<sup>115</sup> Das Risiko, sich für unsorgfältige Tätigkeit schadenersatzpflichtig zu machen, soll die beteiligten Personen<sup>116</sup> dazu anhalten, «ihr Bestes zu geben», ihre Pflichten optimal zu erfüllen. Ihr Verhalten soll durch die drohende Sanktion (in die richtige Richtung) gesteuert werden.<sup>117</sup>

Damit leistet das Verantwortlichkeitsrecht einen Beitrag zur Überwindung des so genannten Prinzipal-Agent-Problems<sup>118</sup>, das zwischen der Unternehmensleitung (Agenten)<sup>119</sup> und den Aktionären als Kapitaleigentümern (Prinzipale) besteht. Aufgrund der Trennung von Kontrolle und Eigentum am Unternehmen können nämlich die Interessen der Prinzipale und der Agenten

---

112 Vgl. ROTH/VON DER CRONE, S. 287 f.

113 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 303, der darauf hinweist, dass das Bundesgericht bis anhin nicht offen mit einer Durchsetzungssperre, sondern mit einer Umformung des Begriffs des direkten Schadens operierte.

114 Vgl. I.A.1.

115 GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 156; KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1267 ff.; EASTERBROOK/FISCHEL, Structure, S. 92; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 15 ff.; LARENZ, Band I, S. 423; FORSTMOSER, Einführung, § 6 N 166 ff.: Während die Rechtsordnung nach Auffassung des Mittelalters (bis ins 19. Jahrhundert) ausschliesslich der Friedenssicherung diene, gesteht man ihr heutzutage mehr Funktionen zu, darunter auch die Gestaltung von Lebensbedingungen, das heisst die Steuerung des Verhaltens von Einzelnen und Gruppen.

116 Sog. Agenten, d.h. Personen, die für eine andere Person (den sog. Prinzipal) eine Aufgabe erfüllen, die letzterer ihnen übertragen hat.

117 Verantwortlichkeitsnormen sind jedoch meistens negativ umschrieben, positive Leitsätze als Anleitung zu pflichtgemäsem Verhalten sind schwierig zu formulieren.

118 Allgemein zum Prinzipal-Agent-Problem: JENSEN/MECKLING, Theory, S. 305 ff.; VON DER CRONE, Anreize und Reputation, S. 7.

119 Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung, alle an der Geschäftsführung beteiligten Personen.

divergieren. Indem den Agenten für den Fall einer Pflichtverletzung eine Schadenersatzpflicht angedroht wird, soll verhindert werden, dass die Agenten an erster Stelle ihre eigenen Interessen verfolgen und die Interessen der Prinzipale bzw. der Gesellschaft vernachlässigen.

Über die Abschreckungskraft oder positiv formuliert die Präventionswirkung des Verantwortlichkeitsrechts gibt es bis anhin nur wenige Untersuchungen,<sup>120</sup> sie sollte vor allem nicht überschätzt werden.<sup>121</sup> Immerhin hat die Lehre den Normen mit Sanktionsfunktionen auch Präventionsfunktion zugebilligt.<sup>122</sup> Ausserdem finden sich in «Leitfäden» für Verwaltungsräte und Manager Verhaltensregeln, um einer Verantwortlichkeitsklage vorzubeugen.<sup>123</sup>

#### b) Aspekte der Verhaltenssteuerung durch Verantwortlichkeitsrecht

Das Verantwortlichkeitsrecht kann auf das menschliche Verhalten einen positiven Einfluss ausüben, indem es aufgrund der drohenden Sanktionen das Sorgfaltsniveau steigert und die Wahrscheinlichkeit schädigender Handlungen reduziert. Damit ist die *Präventionsfunktion* angesprochen.<sup>124</sup> Da die Verhaltensregeln für die Agenten nur offen formuliert werden (können),<sup>125</sup> wird ihr Entscheidungs- und Handlungsspielraum weniger eingeschränkt als im Falle einer strafrechtlichen Sanktionierung der Pflichtverletzung.<sup>126</sup> Dank diesen allgemeinen Verhaltensregeln lässt sich jegliches Verhalten der betroffenen Personen im Nachhinein beurteilen, was bei einer detaillierten Festlegung der Leistungspflichten nicht möglich wäre, da mangels Kenntnis der Zukunft niemals alle möglichen Entwicklungen geregelt werden können. Die Verhaltensregeln können so eine umfassende *Kontrollfunktion* wahrnehmen und zusätzlich wird dadurch ein *ex post* wirkender Schutzmechanismus installiert.

---

120 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 19 ff.; RUFFNER, Grundlagen, S. 280; SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 127.

121 VON DER CRONE, Anfeize und Reputation, S. 15; ADAMS, Theorie, S. 144 ff.; SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 126; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 67; DIEZI, Versicherbarkeit, S. 9; LARENZ, Band I, S. 423.

122 FELLMANN, Selbstverantwortung, S. 44 f.; SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 127; DIEZI, Versicherbarkeit, S. 9.

123 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1117 ff.; GRASS, Business Judgment Rule, S. 171 ff. zu *Business Judgment Rule*-Kriterien als Verhaltensrichtlinien für den Verwaltungsrat.

124 Vgl. die Ausführungen oben zur Erhöhung der Sensibilität der Betroffenen für pflichtgemässes Handeln.

125 Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR: «[...] müssen ihre Aufgabe mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.» (sog. Sorgfalts- und Treuepflicht).

126 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 22; RUFFNER, Grundlagen, S. 227. Grund dafür ist das Legalitätsprinzip. Zurzeit lässt sich jedoch ein Trend hin zur strafrechtlichen Regulierung von bisher nur vom Privatrecht erfassten Bereichen feststellen, so z.B. die Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen (Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB).

Die vage Formulierung («sorgfältig») ermöglicht zudem eine Bezugnahme auf die konkrete Situation, indem als Massstab für das sorgfältige Verhalten eine durchschnittliche Drittperson in derselben Lage dient. Ein solches Klagesystem ist ausserdem ein *kostengünstiges* Instrument zur Eindämmung von Prinzipal-Agent-Problemen, weil bereits von wenigen Gerichtsentscheiden eine grosse Präjudizwirkung ausgeht und weil die Kosten im Zusammenhang mit dem Schadensausgleich eingespart werden können.<sup>127</sup> Neben diesen positiven Auswirkungen kann das Verantwortlichkeitsrecht auch unerwünschte oder keine Effekte auf das Verhalten der Verantwortlichen zeitigen. Das Verantwortlichkeitsrecht hat zumindest das Potential, Fehlanreize zu setzen.

### (1) Risikoaversion

Leitende Organe werden sich risikoavers verhalten und vor allem in Projekte mit geringem Risiko und dementsprechend niedrigen Gewinnaussichten investieren, wenn sie im Falle der Realisierung von Risiken, die einzugehen unternehmerisch vernünftig ist, befürchten müssen, dass es ihnen als persönliches Versagen vorgehalten werden könnte. Zu hoch angesetzte Sorgfaltsmassstäbe und die drohende unsachliche Beurteilung des Verhaltens können also zu risikoaversen Verhalten führen, das nicht im Gesellschaftsinteresse steht. Langfristig kann dies dazu führen, dass die unternehmerischen Chancen nicht optimal wahrgenommen werden.<sup>128</sup> Unverhältnismässige Haftungsrisiken bzw. eine rigide Regelung des Verantwortlichkeitsrechts können sich zudem negativ auf die Qualifikation der sich zur Verfügung stellenden Agenten auswirken, so dass nur weniger qualifizierte Personen bereit sind, eine leitende Stellung auf der Stufe des Verwaltungsrates oder allenfalls auch auf der Stufe der obersten operativen Unternehmensleitung zu besetzen.<sup>129</sup> Wie Georg B. Shaw treffend sagte: «Freiheit bedeutet Verantwortlichkeit; das ist der Grund, warum sich die meisten Menschen vor ihr fürchten.»

Hier zeigt sich eine systemimmanente Grenze der verhaltenssteuernden Wirkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: Die Organe müssen vor unberechtigten und unnötigen Verantwortlichkeitsklagen geschützt werden, damit sie ihren Entscheidungs- und Handlungsspielraum voll ausnützen können, ohne sich einem allzu grossen Haftungsrisiko auszusetzen.<sup>130</sup> Ein solcher

---

127 RUFFNER, Grundlagen, S. 214 und S. 226 (zu den Kosten von Sorgfaltspflichten für die Aktionäre); SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 128; EASTERBROOK/FISCHEL, Structure, S. 93.

128 SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 644 f.; vgl. auch EASTERBROOK/FISCHEL, Structure, S. 100; RUFFNER, Grundlagen, S. 218 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 23; VON DER CRONE, Haftung, S. 16.

129 RUFFNER, Grundlagen, S. 226.

130 RUFFNER, Grundlagen, S. 235 ff.

Schutz vor Verantwortlichkeitsklagen wegen Fehlentscheidungen bieten etwa die *Business Judgment Rule* oder Versicherungslösungen.<sup>131</sup>

## (2) Durchsetzbarkeit

«Das Wesen des Rechts ist die praktische Verwirklichung. Eine Rechtsnorm, welche derselben nie teilhaftig geworden oder derselben wieder verlustig gegangen ist, hat auf diesen Namen keinen Anspruch mehr.»<sup>132</sup> Sicher ist, dass das Verantwortlichkeitsrecht keine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten kann, wenn die Durchsetzbarkeit allfälliger Ansprüche nicht gewährleistet ist, weil die betroffenen Personen nichts zu befürchten haben, wenn sie eine Pflichtverletzung begehen. Die Durchsetzbarkeit erschweren können z.B. Kosten<sup>133</sup>, Verfahrensdauer, Beweisprobleme<sup>134</sup> oder die Informationslage der potentiell Anspruchsberechtigten<sup>135</sup>. Der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens kommt in diesem Zusammenhang somit grosse Bedeutung zu. Die mangelnde Durchsetzbarkeit der Ansprüche enttäuscht zudem die Erwartungen der Gesellschaft, was längerfristig einer marktwirtschaftlich orientierten Grundordnung schadet.<sup>136</sup>

## (3) Höhe des Schadenersatzes

Die Höhe des Schadenersatzes induziert Verhaltensänderungen. So wird versucht, das Verhalten der Agenten über exzessive Schadenersatzsummen zu steuern, wie dies vor allem in den USA beobachtet werden kann (so genannte *punitive damages*). Die Schweiz ist bisher trotz des us-amerikanischen Einflusses dem Grundsatz treu geblieben, dass der tatsächliche Schaden die Obergrenze für den Schadenersatzanspruch bildet. Dem Schadenersatzrecht kommt keine pönale Funktion zu,<sup>137</sup> diese bleibt dem Strafrecht vorbehalten.

---

131 Dazu unten I.A.2.b)(4). Vgl. zum Ganzen auch GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 159 f.

132 VON IHERING, Kampf, S. 47.

133 Es handelt sich dabei um wirtschaftliche Zugangssperren zum Rechtsschutz, vgl. III.A.1.; LUSTENBERGER, Verwaltung, S. 196; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1189 ff.; DIEZI, Ver- sicherbarkeit S. 11.

134 Erstens ist für das Gericht die Informationslage der Agenten im Zeitpunkt der Entscheidung massgebend und zweitens verbietet die sog. Business Judgment Rule eine inhaltliche Überprüfung des Entscheides (sofern der Entscheid in deren Anwendungsbereich fällt). Vgl. III.A.3.; GRASS, Business Judgment Rule, S. 46 f.; RUFFNER, Grundlagen, S. 228 f.

135 Zum Informationsnotstand der Aktionäre: LUSTENBERGER, Verwaltung, S. 195 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1191. So ist es beispielsweise infolge der starken internationalen Verflechtung von Gesellschaften, flachen Hierarchien und grossen Entscheidungsspielräume von Mitarbeitern schwierig, den Schaden einer bestimmten Person zuzurechnen.

136 VON DER CRONE, Freiheit und Verantwortung, S. 73. Siehe auch I.A.3.

137 Vgl. I.A.1.c). Gemäss OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 33 ff. kommt die rechtliche Nichtbeachtung der Voraussehbarkeit eines Schadens, wie es etwa bei Kausal- und Gefährdungshaftungen der Fall ist, einem pönalen Element gleich.

#### (4) Versicherungen und andere Entschädigungszahlungen

Angesichts der Risiken im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Organ<sup>138</sup> wird der Ruf nach einer Versicherung der Verantwortlichkeit laut.<sup>139</sup> Denn macht sich ein Organ verantwortlich (Risikoeintritt), sind die Schadenersatzsummen oft so hoch, dass das Privatvermögen als Haftungssubstrat zur Deckung des Schadens bei weitem nicht genügt.<sup>140</sup> So ist es sowohl im Interesse des Organs, dem an der Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz liegt, als auch im Interesse des Geschädigten, der primär auf Schadensausgleich drängt, dass eine Versicherung solche Schäden deckt.<sup>141</sup> Solche so genannten D&O-Versicherungen<sup>142</sup> verstossen nicht gegen das Aktienrecht und sind deshalb grundsätzlich zulässig.<sup>143</sup>

Durch den Abschluss einer Versicherung oder durch anderweitige Entschädigungszahlungen<sup>144</sup> an die Verantwortlichen wird der verhaltenssteuernde Effekt des Verantwortlichkeitsrechts potentiell abgeschwächt, weil unsorgfältiges Verhalten für die Organe keine spürbaren Konsequenzen zeitigt,<sup>145</sup> sofern es sich nicht um eine absichtliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung handelt.<sup>146</sup> Versicherungslösungen werden aus diesem Grunde als schlechte Anreizsysteme bezeichnet, da sie zu einer Erhöhung der schadens-

138 I.A.2.b)(1).

139 Siehe dazu eingehend VON DER CRONE, Haftung, S. 4 f.

140 Vgl. dazu die bereits im Rahmen der Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren Schäden gemachten Ausführungen unter I.A.1.d)(6). Vgl. auch VON DER CRONE, Haftung, S. 4 f.

141 VON DER CRONE, Haftung, S. 18 f.

142 VON DER CRONE, Haftung, S. 4 f.

143 Dabei spielt es keine Rolle, wer die Prämien bezahlt: das versicherte Organ oder die Gesellschaft. Bezahlt die Gesellschaft die Prämien nicht, so entrichtet sie den Organen eine höhere Entschädigung, damit die Auslagen der Organe für die Prämien gedeckt sind. Letzten Endes dürfte wohl immer die Gesellschaft die Versicherung finanzieren. Vgl. zur Thematik der Versicherung von Verantwortlichkeitsansprüchen: DIEZI, Versicherbarkeit, S. 91 ff.; BÄRTSCHL, Verantwortlichkeit, S. 39 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1160 ff., insb. 1181; DAENIKER, Versicherung, S. 523 ff.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung, N 243 ff.

144 Bsp.: Schadloshaltungserklärung der Gesellschaft (*indemnification*), mittels derer die Gesellschaft sich verpflichtet, das Organ für den Fall einer Verantwortlichkeit schadlos zu halten. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Schadloshaltungsabrede ist umstritten. Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 861 ff.

145 EASTERBROOK/FISCHEL, Structure, S. 105; RUFFNER, Grundlagen, S. 279 ff.; LARENZ, Band I, S. 423.

146 Gemäss Art. 14 Abs. 1 VVG haftet der Versicherer bei absichtlicher Herbeiführung des Ereignisses nicht, bei grobfahrlässiger Verursachung kann er laut Art. 14 Abs. 2 VVG seine Leistungen kürzen oder verweigern. Ohnehin nicht versichert ist strafrechtlich relevantes Verhalten. Vgl. LUTERBACHER, Haftpflichtversicherung, S. 441 ff., 449; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 877 ff.

verursachenden Tätigkeiten (sowohl Häufigkeit als auch Risiko) und zu minimalen Aufwendungen in die Sorgfalt und Prävention führen sollen.<sup>147</sup> Bei einer näheren Betrachtung der Thematik wird jedoch klar, dass Versicherungssysteme die verhaltenssteuernde Wirkung der Verantwortlichkeit keineswegs beseitigen. Regelmässig deckt die Versicherungssumme nur einen Teil des geschuldeten Schadenersatzes. Ausserdem zeitigt jeder Prozess und jedes Urteil Auswirkungen auf die Reputation des Beklagten, sei es im Falle eines Freispruches, sei es im Falle einer Verurteilung zu einer Schadenersatzleistung. In letzterem Falle ist der Ruf des Verurteilten stark beeinträchtigt mit entsprechenden Konsequenzen für seine Zukunftsaussichten.<sup>148</sup> Daran ändert auch nichts, dass eine Versicherung den Schaden deckt. Vielmehr wird mit dieser Lösung die Erfüllung der primären Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – der Schadensausgleich – gesichert.

Die Versicherungslösung bringt darüber hinaus noch weitere Vorteile mit sich: Durch die Garantie der Prozesskosten übernimmt die Versicherung das Prozessrisiko und gewährleistet damit, dass Konflikte bewältigt werden können, die ohne Kostendeckung durch Dritte ungelöst im Raum stehen gelassen würden.<sup>149</sup> Der Versicherer übernimmt oft eine aktive Rolle im Prozess, da die meisten Versicherungsverträge die Pflicht des Versicherers beinhalten, unbegründete Ansprüche Dritter abzuwenden.<sup>150</sup> Ausserdem werden Versicherungsgesellschaften zur Risikoübernahme nur bereit sein, sofern sich die betreffende Gesellschaft angemessen organisiert und das zu versichernde Organ die erforderlichen Fähigkeiten für die Tätigkeit mitbringt. Diese indirekte «Überwachung» durch die Versicherung steigert den Qualitätsstandard der Orga-

---

147 Zum Problem der Verkümmern der Selbstverantwortung vgl. ADAMS, Theorie, S. 155 ff.; vgl. auch SCHÄFER/OTT, Analyse, S. 139 ff. zum Prinzipal-Agent-Problem von Versicherungslösungen. Gemäss BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 41 ist aber kaum nachweisbar, dass die potentiell Verantwortlichen im Falle einer Versicherungslösung sich weniger sorgfältig verhalten.

148 Der Verlust der Reputation dürfte wohl das grösste Risiko darstellen, das von niemandem abgenommen werden kann. In diesem Sinne kommt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch eine gewisse pönale Funktion zu. Vgl. zum Ganzen VON DER CRONE, Haftung, S. 2 ff. m.w.H.

149 Eine Kostenübernahme durch die Gesellschaft hätte bei einer Gutheissung einer Schadenersatzklage dieselbe Wirkung wie ein Haftungsausschluss. Da die aktienrechtliche Verantwortlichkeit zwingendes Recht darstellt, sind Haftungsausschlüsse und andere Vereinbarungen mit demselben Resultat nicht zulässig. Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 559 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 894. Zur Funktion der Konfliktbewältigung, vgl. I.A.3.

150 LUTERBACHER, Haftpflichtversicherung, S. 441 ff.; LUTERBACHER, Versicherung, S. 129 ff., 149.

ne.<sup>151</sup> Zugleich begünstigt die Risikoübernahme die Risikofreude der Organe und vermindert somit die Gefahr risikoaversen Verhaltens.<sup>152</sup>

### (5) Fazit

Das Verantwortlichkeitsrecht leistet einen gewissen Beitrag zur Verhinderung von Pflichtverletzungen. Sorgfältiges Verhalten wird dadurch zwar gefördert, nicht aber garantiert, weil die Zweckmässigkeit und die Qualität einer Entscheidung im Verantwortlichkeitsprozess nicht überprüft werden kann und soll.<sup>153</sup>

## 3. Konfliktbewältigung und sozialer Friede/Rechtsfrieden

Eine nicht zu unterschätzende Funktion der Rechtsordnung und damit auch der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist die Konfliktbewältigung und die Gewährleistung des Rechtsfriedens.<sup>154</sup> Die Rechtsordnung als soziale Friedensordnung soll Sicherheit, Ordnung und Ruhe gewährleisten und so das Zusammenleben in der Gesellschaft ermöglichen.<sup>155</sup> Um diese Ziele erreichen zu können, muss die Rechtsordnung mit zweckmässigen Regelungen dafür sorgen, dass Konflikte entweder vermieden oder aber bewältigt werden, Selbsthilfe eliminiert wird und Streitigkeiten endgültig entschieden werden können.<sup>156</sup>

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist ein Teil der Rechtsordnung und wird von der Gesellschaft als Mittel zur Behebung von Missständen und zur Wiedergutmachung von Unrecht und Schaden verstanden. Diesem Aspekt muss bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Rechnung getragen werden. *Allerdings heiligt der Zweck nicht alle Mittel.* Immer sind die anderen Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und übergeordnet die fundamentalen Prinzipien ei-

---

151 Für qualifizierte Organe werden weniger hohe Prämien verlangt, weil das Risiko kleiner ist. Verlangt das Gesetz eine Befähigung (z.B. Art. 727b OR), entfällt die Versicherungsdeckung, wenn dem handelnden Organ diese Fähigkeiten abgehen. Vgl. auch HÜTTE, Versicherbarkeit, S. 1294 ff.; LUTERBACHER, Haftpflichtversicherung, S. 450.

152 Vgl. I.A.2.b)(1).

153 GRASS, Business Judgment Rule, S. 35 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 24; RUFFNER, Grundlagen, S. 229 ff.; VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation, S. 15; VON DER CRONE/GIANINI, responsabilità, S. 53 ff.; VON DER CRONE, Qualitätssicherung, S. 73.

154 MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 13 ff.; OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 18.

155 Es geht also nicht nur um die Erhaltung des Rechtsfriedens, sondern um grundsätzlichere Fragen des Verhältnisses zwischen Menschen. Vgl. dazu OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 21.

156 FORSTMOSER, Einführung, § 6 N 141 ff.; LUHMANN, Vertrauen, S. 35.

nes Rechtsstaates in die Anwendung der Bestimmungen mit einzubeziehen. Zuerst sollen daher die Möglichkeiten und Grenzen aufgezeigt werden, im Rahmen derer dem Bedürfnis nach Konfliktbewältigung und Rechtsfrieden nachgelebt werden kann. Ebenfalls gilt es, eine klare Grenzziehung zwischen den Aufgaben des Strafrechts und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu ziehen.

a) *Voraussetzungen der Konfliktbewältigung*

Damit Konflikte bewältigt werden können, muss gewährleistet sein, dass Ansprüche durchgesetzt werden können, Gerichtsentscheide endgültig sind und von den Parteien nachvollzogen werden können. Damit ein Gerichtsentscheid oder eine andere Lösung des Konfliktes akzeptiert wird und so das Rachegefühl beseitigt werden kann, muss die Lösung des Konfliktes dem Gerechtigkeitsempfinden der Parteien und der Gesellschaft entsprechen. Die Gesellschaft setzt nicht selten (zu) grosse Erwartungen in die Justiz. Um dies teilweise zu kompensieren, bedarf es insbesondere eines optimalen *Verfahrens*.

Unter dem geltenden Verantwortlichkeitsrecht dauern gerichtliche Verfahren lange und verursachen hohe Kosten, worunter sowohl die Durchsetzbarkeit als auch die Akzeptanz von Entscheidungen leiden.<sup>157</sup> Zur Verfahrensbeschleunigung und Kostensenkung beitragen könnte beispielsweise ein aktienrechtliches Spezialgericht auf Bundesebene, ein auf handels- und wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten spezialisiertes Gericht im Sinne eines Handelsgerichts.<sup>158</sup>

Der Rechtsfrieden wird erst durch die Beseitigung des Rechtsstreites wiederhergestellt, wenn Klarheit über die Verhältnisse besteht.<sup>159</sup> Deshalb müssen Konflikte auch endgültig bewältigt werden. Die allgemeinen Instrumente, um dies zu gewährleisten, finden sich auch im Verantwortlichkeitsrecht unter den Stichworten Verjährung, Verwirkung und Rechtskraft.

Um die Akzeptanz der Gerichtsentscheide zu erhöhen und damit das Rachegefühl zu beseitigen oder zumindest zu besänftigen, sollte das Verantwortlichkeitsrecht so einfach und verständlich wie möglich ausgestaltet werden. Es geht dabei nicht darum, dass jede Person die Rechtsnormen versteht

---

157 Vgl. III.A.4.

158 WEBER/SCHALLER, Finanzmarktrecht, S. 177 ff., 189; VON DER CRONE, Markt und Intervention, S. 57 ff., 64; VON DER CRONE, Aktienrecht, S. 157 ff., 169.

159 BEGLINGER, Rechtskraft, S. 589 ff.

und anwenden könnte,<sup>160</sup> sondern u.a. um die Nachvollziehbarkeit eines Gerichtsentscheides und um das Gerechtigkeitsempfinden.<sup>161</sup> Um dies zu erreichen, sollte insbesondere im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefördert werden.<sup>162</sup> Nichtsdestoweniger hat das Gericht im Rahmen seines Ermessens die sich ändernden Wertvorstellungen der Gesellschaft zu berücksichtigen.

*b) Exkurs: Rolle des Strafrechts*

Mehr noch als auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit dürfte die Gesellschaft ihren Blick auf das Strafrecht und dessen Wirkung und Rolle im Rahmen von unternehmerischen Fehlentscheidungen richten. Einem strafrechtlichen Eingreifen sind allerdings enge Grenzen zu setzen, auch wenn das Strafrecht ein wichtiges Instrument zur Konfliktbewältigung, d.h. zur Gewährleistung des sozialen Friedens darstellt. Strafrechtliche Sanktionen haben auszu bleiben, wo sich systemimmanente Risiken verwirklichen und zu Schäden führen. Konkret sind damit Fälle wirtschaftlichen Misserfolgs angesprochen. Genauso wie ein Unternehmen keinen Schadenersatz verlangen kann, wenn ein Konkurrent ihm mit legalen Mitteln Marktanteile abringt, so kann der durch falsche Geschäftsentscheide in letzter Konsequenz eintretende Konkurs nicht auf denjenigen abgewälzt werden, der die Entscheidungen in guten Treuen getroffen hat. Was von der Rechtsordnung erlaubt, ja im Hinblick auf den Wettbewerb sogar vorgeschrieben ist,<sup>163</sup> kann nicht zu einem späteren Zeitpunkt strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Das Strafrecht sollte daher grundsätzlich erst dann zum Zuge kommen, wenn die verantwortliche Person mit Bereicherungsabsicht gehandelt hat. Die Fälle der Sorgfaltspflichtverletzung und die dadurch hervorgerufenen Schäden sollten nicht strafrechtlich sanktioniert werden.<sup>164</sup>

---

160 Adressatengerechtigkeit ist gemäss Rechtssetzungslehre nicht das Ziel bei Gestaltung von Normen, vielmehr müssen sie anwendungsgerecht formuliert werden, d.h. diejenigen Behörden, welche mit der Anwendung dieser Normen betraut werden, sollten über Spezialwissen verfügen. Information der Bürger ist Aufgabe des Staates. Vgl. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 134 ff. Vgl. auch Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 83 zur Gesetzessprache (<http://www.ofj.admin.ch/themen/gesmeth/gleitf-d.pdf>, besucht am 28.02.2006).

161 OFTINGER/STARK, Band I, § 1 N 70 f.

162 Die Verwirrung, welche die Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich mittelbaren und unmittelbaren Schadens verursacht, ist einer klaren und einheitlichen Unterscheidung nicht zuträglich. Vgl. dazu die Ausführungen I.A.1.d).

163 Das Kartellrecht kann als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Private verstanden werden. Siehe dazu ZÄCH, Kartellrecht, N 116 ff.

164 Vgl. aber Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der auch ohne Bereicherungsabsicht erfüllt wird.

Zwar führt auch die Verletzung der Sorgfaltspflicht bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen zu Schadenersatzansprüchen. Im Unterschied zu Verstössen gegen die Treuepflicht ist die Sorgfaltspflicht aber weitaus schwammiger und konturloser in der Definition ihrer Grenzen. Da im Strafrecht die persönliche Vorwerfbarkeit des Verhaltens eine weitaus grössere Rolle spielt als im Zivilrecht, ist von einer Sanktionierung abzusehen. Allerdings ist im Hinblick auf die Entwicklungen im Bereich der *Business Judgment Rule* darauf hinzuweisen, dass eine korrekte Fassung der Sorgfaltspflicht zu einer kongruenten Betrachtung der Situation unter straf- als auch zivilrechtlichen Aspekten führen kann.<sup>165</sup> Im Moment ist die Sorgfaltspflicht im Bereich geschäftlicher Entscheidungen aber definitorisch weitaus zu ungenau eingegrenzt, als dass sie aus strafrechtlicher Sicht als Massstab für eine Sanktionierung herangezogen werden sollte. Besonders problematisch ist daher Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der je nach Fallkonstellation im angesprochenen Spannungsverhältnis steht.<sup>166</sup>

## B. Systematische Einordnung

Die Normen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sind von anderen Bestimmungen abzugrenzen, die eine Haftung begründen bzw. Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen bezwecken. Diese Abgrenzung ist im Hinblick auf die Erfüllung der Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Bedeutung, erfüllt aber auch das Bedürfnis nach einer möglichst widerspruchsfreien Anspruchsordnung.

Die Frage der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann entweder einheitlich<sup>167</sup> oder auf der Stufe der möglichen Ansprüche beantwortet werden.<sup>168</sup> Nachfolgend wird eine auf die einzelnen Ansprüche abstellende Betrachtungsweise eingenommen. Dies erlaubt, die unterschiedlichen Beziehungen der Beteiligten differenziert abzubilden und eine funktional adäquate Einordnung vorzunehmen.

---

165 Siehe dazu unten II.C.2.b)(3) und die dort aufgeführte Einführung der *Business Judgment Rule* in Deutschland.

166 Für eine Übersicht aus strafrechtlicher Sicht vgl. BSK-NIGGLI, Art. 158 StGB, N 57 ff., insbesondere N 106.

167 So z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 433, der gesamthaft von einer gesetzlichen Haftung ausgeht.

168 Vgl. die Darstellung bei BÄRTSCHLI, Verantwortlichkeit, S. 195 ff.

## 1. Verschuldenshaftung

Bei einer ersten Analyse der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit fällt die Ähnlichkeit und strukturelle Verwandtschaft zur allgemeinen Haftung aus Delikt (Art. 41 ff. OR) auf.<sup>169</sup> Bei näherer Betrachtung allerdings werden Unterschiede sichtbar, die eine eindeutige Einordnung verunmöglichen.

Betrachtet man global das Verhältnis Schadensstifter und Geschädigte, so befasst sich die aktienrechtliche Verantwortlichkeit vorab mit Fällen, in denen die Beteiligten in einem bestimmten Näheverhältnis stehen.<sup>170</sup> Nicht immer gedeiht dieses bis zu einem Vertrag,<sup>171</sup> immer aber ist mehr als bloss ein zufälliger sozialer Fehlkontakt<sup>172</sup> Grundlage der rechtlich relevanten Beziehung der Beteiligten. Dies unterscheidet die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von der deliktischen Haftung, bei welcher ein solches Näheverhältnis zwar nicht ausgeschlossen, aber ebenso wenig notwendig ist.

Die Einordnung der Klagen der Aktionäre aus unmittelbarem Schaden ist in der Lehre umstritten.<sup>173</sup> Da keine konkreten Vertragsbeziehungen zwischen Aktionären und verantwortlichen Personen bestehen, erscheint die Qualifikation als deliktische Ansprüche vertretbar.<sup>174</sup> Dies gilt umso mehr für Ansprüche der Gläubiger aus unmittelbarem Schaden.<sup>175</sup> Eine bis anhin nicht in Betracht gezogene Möglichkeit, wäre die Qualifikation dieser Ansprüche als gesetzlich normierte Vertrauenshaftungstatbestände, insofern sie sich auf Art. 754 OR abstützen.<sup>176</sup> Dafür spricht die eingangs erwähnte Nähebeziehung.<sup>177</sup>

Es stellt sich die Frage, inwiefern Ansprüche aus Art. 41 ff. OR in Konkurrenz zu solchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit treten können. Das

169 BSK-WIDMER/BANZ, vor Art. 754–761 OR, N 2, charakterisieren die aktienrechtliche Verantwortlichkeit als Teil des allgemeinen Haftpflichtrechts. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 75 stellt fest, dass die Voraussetzungen eines Vorgehens nach allgemeinem Haftpflichtrecht nur wenig vom Vorgehen nach Aktienrecht abweichen.

170 Zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht siehe SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.01. Angesprochen ist das Verhältnis zwischen den potentiell Aktivlegitimierten (Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger) und den Passivlegitimierten.

171 Dies ist beispielsweise für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und formellem Organ der Fall, siehe I.B.4.

172 Dieser bildet gemäss REY, Haftpflichtrecht, N 21 den Entstehungsgrund für die Forderung auf Schadenersatz, wobei die jeweilige Gesetzesnorm diesen konkretisiert.

173 Vgl. die Übersicht bei BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 198 f.

174 Gl.M. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 199. A.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 36, welche den Anspruch als vertragsähnlich qualifizieren.

175 Gl.M. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 200; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 38.

176 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 199, FN 1029, der für die Ansprüche der Aktionäre aus unmittelbarem Schaden eine Abstützung auf die *culpa in contrahendo* zwar in Betracht zieht, aber als wenig fruchtbar erachtet.

177 Vgl. weiter unten die Ausführungen zur Vertrauenshaftung I.B.3.

Problem der Konkurrenz bleibt auch nach dem Biber-Entscheid aktuell. Es ist immer noch denkbar, dass ein nach dieser Rechtsprechung lediglich mittelbar geschädigter Aktionär oder Gläubiger sich auf Art. 41 ff. OR beruft, um die Anwendung der Art. 756 f. OR zu umgehen. Stehen der Geschädigte und der Ersatzpflichtige bereits in Rechtsbeziehungen (beispielsweise als Vertragsparteien), so ist eine Berufung auf Art. 41 ff. OR in Anspruchskonkurrenz grundsätzlich möglich.<sup>178</sup> Mit Bezug auf die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger aus unmittelbarem Schaden werden die Normen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von einem Teil der Lehre aber als *lex specialis* zu Art. 41 ff. OR qualifiziert, was die Anwendung der Deliktshaftung bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 754 OR obsolet macht.<sup>179</sup> In jedem Fall muss die Anwendung von Art. 41 OR als allgemeinere Norm aber ausgeschlossen sein, wenn ein Verhalten die Voraussetzungen von Art. 754 ff. OR erfüllt. Die Begründung dafür liegt zum einen in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Ansprüche, was ihre Durchsetzung betrifft (vgl. Art. 756 f. OR). Zum anderen ist die Verletzung aktienrechtlicher Pflichten durch verantwortliche Personen im Bereich der Geschäftsführung einheitlich von Art. 754 OR erfasst. Die speziellen Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit würden bedeutungslos, wäre in jedem Fall auch eine Berufung auf Art. 41 ff. OR möglich.<sup>180</sup> Die Haftung aus Delikt bleibt als Anspruchsgrundlage lediglich für die Fälle bedeutsam, in denen ein Organ eine ausserhalb des Aktienrechts liegende Pflicht verletzt, welche die Interessen der betroffenen Person schützt.<sup>181, 182</sup>

Spielt nach allgemeinem Verständnis der Aspekt der Verhaltenssteuerung bei der Haftung aus Delikt nur eine untergeordnete Rolle,<sup>183</sup> so ist er bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von grösserer Bedeutung. Denn diese beschlägt eine Prinzipal-Agent-Situation, die sich von einem losen sozialen Fehlkontakt unterscheidet.<sup>184</sup> Dies gilt es bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen zu berücksichtigen.

---

178 REY, Haftpflichtrecht, N 38 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 2 N 21 ff.

179 HIRSCH, investisseurs, S. 50; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 74 f.

180 Die Meinung, dass Art. 41 OR als zusätzliche Haftungsgrundlage für unmittelbare Aktionärs- und Gläubigerschäden besteht, ist daher zu verwerfen. So aber noch zum alten Recht FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 599.

181 So wohl auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 311 ff., der Art. 41 OR nur noch für unmittelbare Schädigungen eine Bedeutung zuspricht. Gemäss BÖCKLI sind aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Konkurs eigenständige Klagen des Gläubigers nicht mehr möglich (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 313).

182 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 286, der davon ausgeht, dass sowohl bei einem Vorgehen nach allgemeinem Haftpflichtrecht unter Berufung auf Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht als auch allgemein bei einem Vorgehen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die modifizierte Schutzzwecklehre zur Anwendung gebracht wird.

183 REY, Haftpflichtrecht, N 14 f.; a.M. FELLMANN, Selbstverantwortung, S. 44 f.

184 Siehe zur Verhaltenssteuerung oben I.A.2.

## 2. Kausal- und Gefährdungshaftungstatbestände

Weniger die Gemeinsamkeiten als die Unterschiede treten bei einem Vergleich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit Kausal- und Gefährdungshaftungstatbeständen in den Vordergrund. Der Hauptunterschied liegt in der Frage nach dem Verschulden, das bei Kausal- und Gefährdungshaftungstatbeständen keine Anspruchsvoraussetzung darstellt.<sup>185</sup> Nimmt man allerdings den objektivierten Verschuldensbegriff als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen, so entpuppt sich der vermeintlich grundlegende Unterschied bei näherer Betrachtung als relativ geringfügig. In der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stehen immer Vermögensschäden und damit die Verletzung von Schutznormen, d.h. Verhaltensunrecht<sup>186</sup>, zur Diskussion. Im Rahmen der Prüfung des Verschuldens wird, von der subjektiven Komponente abgesehen, in diesen Fällen noch einmal die gleiche Frage aufgeworfen wie bereits bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtverletzung.<sup>187</sup> Insofern werden bei erstellter Pflichtverletzung die Frage nach dem Verschulden und insbesondere die damit zusammenhängende Frage nach der Beweislast irrelevant. Die Urteilsfähigkeit der verantwortlichen Person wird nur in Ausnahmefällen Gegenstand eines Prozesses.<sup>188</sup> Dies relativiert zum einen die Bedeutung des Verschuldens, macht aber gleichzeitig auch sichtbar, welche Bedeutung der Frage nach einer allfälligen Pflichtverletzung zukommt. Bei Lichte betrachtet verkürzt sich nämlich die Kette der Anspruchsvoraussetzungen um ein Element. Diese Betrachtungsweise wirft auch ein anderes Licht auf die *Business Judgment Rule*, die als Ausgleich zur faktischen Annäherungstendenz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit an die Kausalhaftungstatbestände wirkt.

## 3. Vertrauenshaftung

Nimmt man Bezug auf die obigen Ausführungen zur Abgrenzung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von der Haftung aus Delikt wird klar, dass die Vertrauenshaftung sich von der Deliktshaftung ebenfalls dadurch unterscheidet

185 Vgl. REY, Haftpflichtrecht, N 66 ff. und N 880 ff.

186 Im Gegensatz dazu bezeichnet der Begriff des Erfolgsunrechts die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter wie z.B. Leib und Leben. Vgl. dazu REY, Haftpflichtrecht, N 672 und 682. Die Unterscheidung in Erfolgs- und Verhaltensunrecht sollte aber ganz allgemein aufgegeben werden. So auch REY, Haftpflichtrecht, N 702a; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 50.31 und wohl auch HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N 1a.

187 Allgemein zur Überschneidung des objektivierten Verschuldensbegriffs mit der Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtverletzung SCHWENZER, Obligationenrecht, N 22.21; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 6 N 21; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 432.

188 Gl.M. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 ff.

det, dass eine bestimmte Nähebeziehung zwischen Personen bestehen muss. Diese wird gemeinhin als Sonderverbindung bezeichnet.<sup>189</sup> Die Beziehung zwischen Gesellschaft und fehlbarem Organ aber hat vertraglichen Charakter. Es muss von einem mandatsähnlichen Verhältnis ausgegangen werden, womit die Vertrauenshaftung nicht mehr einschlägig ist.<sup>190</sup> Für die Ansprüche von Aktionären und Gläubigern gestützt auf unmittelbare Schäden erscheint die Qualifikation der daraus resultierenden Ansprüche als gesetzlich normierte Vertrauenshaftung aber angebracht. Erfasst wird eine Konstellation, in der eine Person das nach Treu und Glauben berechnete Vertrauen in ein entsprechendes Verhalten ihrerseits enttäuscht. Sowohl die h.L. als auch die Rechtsprechung gehen aber davon aus, dass diese Ansprüche entweder als deliktisch oder aber als vertragsähnlich zu qualifizieren sind.<sup>191</sup>

#### 4. Vertragshaftung

Die Ansprüche der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegenüber ihren Organen weisen eine grosse Nähe zu vertraglichen Haftungsansprüchen auf.<sup>192</sup> Ansatzpunkt ist das Verhältnis zwischen Organ und Gesellschaft. Dieses hat in jedem Fall einen starken vertragsrechtlichen Einschlag.<sup>193</sup> Verletzungen dieses vertragsähnlichen Verhältnisses sind dementsprechend

---

189 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 248 ff., insbesondere N 261. Siehe auch VON DER CRONE/WALTER, Konzernklärung, S. 53 ff. und die dort angegebene Literatur.

190 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 261. Die Vertrauenshaftung hat ihren Platz dort, wo das Verhältnis der Parteien noch nicht zum Vertrag i.S.v. Art. 1 ff. OR geworden ist, aber dennoch mehr vorliegt als lediglich ein sozialer Fehlkontakt. Kritisch dazu VON DER CRONE/WALTER, S. 57 ff.

191 Siehe oben I.B.1.

192 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 196 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 36. BSK-WIDMER/BANZ, vor Art. 754–761 OR, N 5 betonen, dass eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit unabhängig vom Bestehen eines Vertrags zwischen Gesellschaft und Organ möglich ist, da lediglich eine Verletzung aktienrechtlicher Organpflichten vorausgesetzt ist. Angesprochen ist in diesem Zusammenhang das faktische Organ, bei welchem die Vertragstheorie an ihre Grenzen stösst.

193 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 196, der festhält, dass die unterschiedlichen Lehrmeinungen im Ergebnis deckungsgleich sind, da in erster Linie die gesetzliche und statutarische Regelung massgebend ist und subsidiär das Vertragsrecht analog zur Anwendung gelangt. Vgl. zur Diskussion, ob das Verhältnis zwischen Organ und Gesellschaft als ein einheitliches organschaftliches Rechtsverhältnis mit einer gesellschaftsrechtlichen und einer vertragsrechtlichen Komponente oder aber als ein Innominatvertrag sui generis zu qualifizieren ist, HUNGERBÜHLER, Verwaltungsratspräsident, S. 167 f. Das Bundesgericht geht in BGE 128 III 129 implizit davon aus, dass es sich um zwei Rechtsverhältnisse handelt. Vgl. dazu STUTZ/VON DER CRONE, Kündigung, S. 260 ff., sowie die ausführliche Übersicht über den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung bei MÜLLER, Verwaltungsrat, S. 44 ff., insbesondere S. 80.

auch nach vertragsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, z.B. was die Beweislast für das Verschulden betrifft. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch von der Gläubigergesamtheit geltend gemacht wird, verändert sich doch die Natur des Anspruchs durch die Konkureröffnung nicht.<sup>194</sup> Allerdings dürften die praktischen Konsequenzen gering sein.

## 5. Ungerechtfertigte Bereicherung

Geht es bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit um den Ausgleich eines Schadens, ist Gegenstand der Ansprüche aus Art. 62 ff. OR die Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Bei Letzteren ist somit die Vermögenslage des Bereicherten und nicht diejenige des Geschädigten massgebend.<sup>195</sup> Im Aktienrecht findet sich mit Art. 678 OR eine der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 ff. OR nachempfundene Regelung. Die Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR wird als aktienrechtliche *lex specialis* zu Art. 62 ff. OR qualifiziert.<sup>196</sup> Im Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann grundsätzlich von Anspruchskonkurrenz ausgegangen werden, da die Ansprüche sich auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen abstützen. Die Ausgleichszahlung erfolgt immer an die (entreicherte) Gesellschaft.<sup>197</sup> Eine Anspruchskonkurrenz tangiert die vom Bundesgericht anvisierte faire Aufteilung des knappen Haftungssubstrats daher nicht. An dieser Regelung lässt sich erneut ablesen, dass die Aktionäre und Gläubiger primär über das Vermögen der Gesellschaft Ausgleich zu suchen haben.

## 6. Zusammenfassung

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit erweist sich primär als vertragsähnliche Haftung, da es vor allem um Ansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren fehlbaren Organen geht.<sup>198</sup> Die Ansprüche der Aktionäre bzw. Gläubiger aus unmittelbarer Schädigung könnten als gesetzlich normierte Vertrauenshaftungstatbestände verstanden werden. Rechtsprechung und Lehre gehen bei diesen Ansprüchen aber entweder von einer vertragsähnlichen oder deliktischen Natur aus, was die Sonderverbindung zwischen Aktionären und Gläubi-

---

194 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 198.

195 BSK-SCHULIN, Art. 62 OR, N 4.

196 BSK-KÜRER, Art. 678 OR, N 3; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 50 N 113.

197 Vgl. Art. 678 Abs. 3 OR.

198 Darin eingeschlossen selbstverständlich die Geltendmachung dieser Ansprüche in Prozessstandschaft durch die Aktionäre und Gläubiger. Eingehend dazu weiter unten III.B.1.

gern auf der einen und verantwortlichen Personen auf der anderen Seite ausser Acht lässt. Auch was die konkreten Anspruchsvoraussetzungen betrifft, zeigen sich Unterschiede zur Haftung aus Delikt, welche die gängige Einordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darunter erschwert. So wurde im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bis anhin eine modifizierte Schutzzwecktheorie zur Anwendung gebracht, die nun neu nur noch die Durchsetzung der Ansprüche beschränken soll.<sup>199</sup> Ausserdem geht es bei der Frage der Pflichtwidrigkeit um Verletzungen von Verhaltensnormen, d.h. um Verhaltensunrecht. Die Begriffskategorie des Erfolgsunrechts ist für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nicht von Bedeutung. Was hingegen die vermeintlichen Unterschiede zwischen Kausal- und Gefährdungshaftungstatbeständen betrifft, so dürften sich diese aufgrund des objektivierten Verschuldensbegriffs und der bereits erwähnten Abstützung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf positive Verhaltensnormen als irrelevant erweisen. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ihrerseits können klar von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit abgegrenzt werden und bieten keine grösseren Probleme. In Art. 678 Abs. 3 OR findet sich aber ebenfalls das aus Art. 756 f. OR bekannte Konzept des Ausgleichs über das Gesellschaftsvermögen. Ansonsten sind diese Bereiche getrennt voneinander zu betrachten und zu behandeln.

### **C. Fazit**

Die beschriebenen Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit müssen in die Auslegung der einzelnen Bestimmungen einfließen. Dies rechtfertigt gewisse Abweichungen vom allgemeinen Haftpflichtrecht, wie sie z.B. in der modifizierten Schutzzwecktheorie des Bundesgerichts zum Ausdruck kamen, aber auch explizit vom Gesetzgeber vorgesehen wurden. Allerdings erscheint uns die eingeführte Einschränkung im Bereich der Durchsetzung von unmittelbaren Gläubiger- und Aktionärsschäden auch vor diesem Hintergrund nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage zu stehen. Die zentrale Frage nach der Beurteilung einer Pflichtverletzung muss die Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, insbesondere diejenige der Verhaltenssteuerung und der Konfliktbewältigung und Sicherung des sozialen Friedens berücksichtigen, wobei die Grenzen der Zielerreichung aufgezeigt worden sind.

---

199 Eingehend dazu oben I.A.1.d)(3).

## II. Materielles Recht

### A. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert<sup>200</sup> ist gewöhnlich der Träger eines materiellen Rechts.<sup>201</sup> Liegen alle Anspruchsvoraussetzungen in einer Person vor, so ist diese aktivlegitimiert, einen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Es gibt aber Konstellationen, in denen einer Person das Recht, in eigenem Namen zu klagen, zugestanden wird, obwohl sie nicht Trägerin des Rechts ist.<sup>202</sup> Auch diese in Prozessstandschaft handelnden Personen werden als aktivlegitimiert bezeichnet.<sup>203</sup> Zwischen der Durchsetzung, d.h. der Einräumung eines Prozessführungsrechts trotz fehlender Rechtsträgerschaft, und dem Bestand bzw. der Trägerschaft materieller Rechte gilt es aber klar zu unterscheiden. Die Frage des Bestands und der Trägerschaft materieller Rechte ist eine Frage des materiellen Rechts<sup>204</sup> und wird daher hier abgehandelt. Unweigerlich strahlt sie auf die Durchsetzung aus, da die Rechtsordnung eingeräumte Rechte durchgesetzt wissen will und dem Rechtsträger dazu Klagen an die Hand gibt.<sup>205</sup> Die Einräumung eines Prozessführungsrechts im Sinne einer Prozessstandschaft wird im Folgenden nur der Klarheit wegen angeschnitten und erst im dritten Teil «Durchsetzung und Prozess» ausführlich diskutiert. Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommen als Aktivlegitimierte im weitesten Sinne die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger in Frage.<sup>206</sup>

#### 1. Gesellschaft

Wird die Aktiengesellschaft durch pflichtwidriges und von den Organen verschuldetes Verhalten geschädigt, ist sie bezüglich des ihr daraus entstehenden Schadenersatzanspruches aktivlegitimiert.<sup>207</sup> Die Gesellschaft ist also Trägerin des materiellen Rechts und demnach auch aktivlegitimiert.<sup>208</sup>

---

200 Vgl. zum Begriff VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 7 N 89; KUMMER, Grundriss, S. 66 f.

201 Vgl. die Formulierung bei GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 139 f.

202 GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 140 ff., insbesondere S. 142 f. zur Prozessstandschaft; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 7 N 91.

203 BÄRTSCHL, Verantwortlichkeit, S. 151 insbesondere FN 767 m.w.H.

204 VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 7 N 76 und N 89 f.

205 Zum Verhältnis zwischen Zivilprozessrecht und materiellem Recht siehe VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 1 N 14 und 1 N 44 ff. m.w.H.

206 Vgl. den Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR.

207 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 18 ff.

208 CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 78.

## 2. Aktionäre

Sind alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, kann ein Aktionär einen unmittelbaren Schaden zum Ausgleich bringen. Anders ist die Situation bei Vorliegen eines mittelbaren, d.h. indirekten Schadens. Aktionäre sind in diesen Fällen lediglich als Reflexgeschädigte zu qualifizieren.<sup>209</sup> Da es an einem ersatzfähigen Schaden fehlt, besteht kein Schadenersatzanspruch des Aktionärs. Indirekt Geschädigte werden nur aufgrund besonderer Normen materiell anspruchsberechtigt, d.h. Träger eines materiellen Rechts.<sup>210</sup> Die Art. 756 f. OR vermitteln u.E. keine solchen materiellen Rechte sondern lediglich ein Prozessführungsrecht im Sinne einer Prozessstandschaft.<sup>211</sup>

## 3. Gläubiger und Konkursverwaltung

Im Falle eines Konkurses erleiden die Gläubiger einen Schaden im Sinne der Differenztheorie, da ihre Forderungen nicht mehr gedeckt sind. Handelt es sich um einen unmittelbaren Schaden, besteht ein Schadenersatzanspruch des Gläubigers. Für mittelbare Schäden bestehen hingegen keine materiellen Ansprüche der Gläubiger. Es handelt sich in diesen Fällen um Schadenersatzansprüche der Gesellschaft. Insofern gilt analog das für die Aktionäre Ausgeführte.

Das Bundesgericht war bis anhin der Auffassung, dass der Anspruch der Gesellschaft gegen die fehlbaren Organe durch einen gänzlich neuen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst wird.<sup>212</sup> Dieser so genannten Raschein-Praxis des Bundesgerichts<sup>213</sup> kann trotz Billigung der allgemeinen Folgen der Rechtsprechung nicht zugestimmt werden. Es handelt sich auch im Konkurs um die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft.<sup>214</sup> Diese Geltendmachung erfährt aber durch den Konkurs Modifikationen.<sup>215</sup> Diesem Gedanken scheint sich auch das Bundesgericht im Biber-Entscheid wieder anzunähern.

---

209 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 15; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 65. Zum Reflexschaden siehe auch FN 50.

210 Beispielsweise räumt Art. 45 Abs. 3 OR den Reflexgeschädigten einen materiellen Anspruch ein. Vgl. dazu BK-BREHM, Art. 45 OR, N 28 und 31 ff.

211 Siehe dazu hinten III.B.1.a)(2) und III.B.1.b)(2). In der Sache wohl gl.M. CORBOZ, Com-Art. 756 OR, N 16, der allerdings an anderer Stelle (vgl. CORBOZ, Com-Art. 757 OR, 12) den Begriff der Prozessstandschaft abzulehnen scheint.

212 Vgl. BGE 122 III 166, Erw. 3b/cc und 122 III 176, Erw. 7a, wo explizit von zwei unterschiedlichen Ansprüchen die Rede ist. Vgl. dazu CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 13 und 18.

213 BGE 117 II 432.

214 So offenbar auch das Bundesgericht in BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1.

215 Gl.M. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 157 f. und 183 f. Siehe dazu eingehend hinten III.B.

Nicht von Ansprüchen der Gläubigergesamtheit, sondern von Ansprüchen der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, die nach Konkursöffnung durch den Konkursverwalter geltend zu machen sind, ist da die Rede.<sup>216</sup> Allerdings nimmt das Bundesgericht in seiner Entscheidung nicht konkret Bezug auf die Raschein-Praxis und auf eine allfällige Abkehr von dem damit verbundenen Gesetzesverständnis, weshalb Vorsicht angebracht ist.<sup>217</sup>

## B. Passivlegitimation

### 1. Formelle und faktische Organe

Verantwortlich ist, wer explizit oder implizit die Verantwortung für die Führung der Geschäfte übernimmt. Ausgangspunkt für diese Definition des von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erfassten Personenkreises ist Art. 754 Abs. 1 OR. Gemäss dieser Bestimmung haften «alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen» für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Passivlegitimation ist demnach nicht formell, sondern funktional bestimmt.<sup>218</sup> Trotzdem wird zwischen formellen und faktischen Organen unterschieden.<sup>219</sup> Formelle Organe werden gewählt oder gegebenenfalls von befugter Stelle in ihr Amt eingesetzt. Faktische Organe hingegen nehmen de facto Kompetenzen wahr, die vom Gesetz Organen im formellen Sinne vorbehalten sind. Zu den formellen Organen gehören folglich die gewählten Verwaltungsratsmitglieder und die aufgrund einer befugten Delegation eingesetzte Geschäftsleitung nach Massgabe des Organisationsreglements.<sup>220</sup> Diese Verantwortlichen können ohne weiteres auch durch ein Unterlassen haftbar werden, indem sie die von ihnen übernommenen Pflichten nicht erfüllen. Faktische Organe hingegen können alleine durch ein Unterlassen nur dann haftbar werden, wenn der Unterlassung ein Tätigwerden vorangeht.<sup>221</sup> Als faktische Organe werden vom Bundesgericht

---

216 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1.

217 Vgl. die Ausführungen von CORBOZ, Note, S. 392, der an der Ablösung des Anspruchs festhält.

218 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 95 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 107; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 5.

219 Vgl. zum Ganzen BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 93 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 107 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 4 ff.; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 1 ff.

220 Der Begriff des materiellen Organs wird im Folgenden nicht verwendet, da er im formellen Organbegriff aufgeht. Vgl. dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 100 f. Zum Begriff des materiellen Organs vgl. auch BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 5.

221 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 100. Dieses Tätigwerden begründet in diesem Fall die faktische Organstellung. Siehe auch BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 7.

Personen bezeichnet, die «tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen».<sup>222</sup> Das faktische Organ muss dabei aus einer organotypischen Stellung heraus auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen können.<sup>223</sup>

Nimmt ein formelles Organ seine ihm zugewiesene Funktion wahr, liegt immer auch eine faktische Organstellung vor.<sup>224</sup> Im Gegensatz zum formellen Organ begeht das faktische Organ aber eine Kompetenzanmassung.<sup>225</sup> Da auch formelle Organe ihr Amt annehmen müssen<sup>226</sup> und erst danach für Unterlassungen haftbar gemacht werden können, entpuppt sich der vermeintliche Unterschied zu den faktischen Organen, die für eine Unterlassung erst nach einem vorangehenden Tätigwerden haftbar werden, als unbedeutend. Erfüllt folglich eine Person alle Kriterien einer faktischen Organstellung, ist sie der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt.<sup>227</sup> Dass in Art. 754 Abs. 1 OR die Mitglieder des Verwaltungsrates neben den mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen speziell Erwähnung finden, erleichtert indessen die Bestimmung von Personen, die mit Sicherheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt sind. Ihre Haftung für die unterlassene Pflichterfüllung ergibt sich aus der Annahme des Amtes und aus dem vertraglichen Charakter der Beziehung zwischen formellen Organen und Gesellschaft.<sup>228</sup>

## 2. Zeitliche Tiefe

Wie der Kreis der potentiell Verantwortlichen ist auch die zeitliche Dimension funktional bestimmt.<sup>229</sup> Solange eine Person weder explizit noch implizit die Verantwortung für die Geschäftsführung oder Liquidation übernommen hat, solange kann sie für ihr Verhalten im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht haftbar gemacht werden. Für formelle Organe beginnt ihre

---

222 BGE 117 II 432, Erw. 2b; BGE 128 III 29, Erw. 3a; siehe auch BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 5, welche diese Formulierung übernehmen.

223 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 102; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 37 N 7.

224 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 100.

225 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 5.

226 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 27 N 23 mit Verweis auf BGE 105 II 130, Erw. 1.

227 Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 107 und 109.

228 Siehe dazu I.I.C.4.c).

229 In diesem Sinne auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 110; siehe auch BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 11; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 161.

Verantwortlichkeit mit der Annahme der Wahl.<sup>230</sup> Bei faktischen Organen begründet ihr Tätigwerden in der Art eines formellen Organs ihre Verantwortlichkeit.<sup>231</sup>

Eine Person bleibt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit weiter so lange unterstellt, als sie einen entsprechenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aus einer organtypischen Stellung heraus ausüben kann. Für formelle Organe bedeutet dies, dass sie bis zum Zeitpunkt ihrer Abwahl oder ihres Rücktritts als «mit der Geschäftsführung befasste Personen» betrachtet werden, auch wenn sie effektiv nicht mehr an der Willensbildung der Gesellschaft partizipieren.<sup>232</sup> Ein faktisches Organ hört dann auf, faktisches Organ zu sein, wenn es die Möglichkeit verliert, auf die Willensbildung einzuwirken. Jedes pflichtwidrige Verhalten, das innerhalb der dargelegten Zeitspanne liegt und adäquat kausal zu einem Schaden führt, begründet eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit.

## C. Anspruchsvoraussetzungen

### 1. Schaden

#### a) Grundsatz

Das Vorliegen eines Schadens wird allgemein und auch in Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach der Differenztheorie bestimmt.<sup>233</sup> Die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden spielt für die Beurteilung, ob ein Schaden im Sinne der Differenztheorie vorliegt, keine Rolle. Schadenersatzansprüche entstehen allerdings erst, wenn ein ersatzfähiger Schaden gegeben ist, wozu Reflexschäden nicht zählen.<sup>234</sup> Insofern kann man also bei einer mittelbaren Schädigung eines Aktionärs oder Gläubigers

---

230 CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 16.

231 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 11; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 16.

232 Vgl. dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 98; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 11; CORBOZ, Com-Art. 754 OR, N 16.

233 Demnach besteht ein Schaden aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand (der Gesellschaft bzw. des Aktionärs/Gläubigers) und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis (bei korrektem Verhalten des verantwortlichen Organs) hätte. Vgl. dazu BGE 4C.19/2004 vom 19. Mai 2004, Erw. 1.5; BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, Erw. 2 d/aa. Siehe bereits eingehend dazu oben I.A.1.b).

234 Allgemein: BK-BREHM, Art. 41 OR, N 20 ff. und N 74a; REY, Haftpflichtrecht, N 356; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 49 ff.; für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit vgl. ROUSS, Revisionsstellenhaftung, S. 42 ff. Siehe dazu oben I.A.1.b).

davon sprechen, dass ein Schaden im Sinne der Differenztheorie vorliegt, dieser aber nicht zum Ersatz gebracht werden kann. Vielmehr erwirbt die Gesellschaft als direkt Geschädigte Schadenersatzansprüche.<sup>235</sup>

Ein Schaden liegt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dann vor, wenn eine Verminderung der Aktiven, eine Vermehrung der Passiven oder aber ein entgangener Gewinn zu verzeichnen ist.<sup>236</sup> Ob ein Schaden vorliegt, ergibt sich aus dem Vergleich zwischen dem hypothetischen und dem tatsächlichen Vermögensstand, wobei konkret nicht das Gesamtvermögen verglichen, sondern auf die tatsächlichen Veränderungen bei einzelnen Aktiven und Passiven abgestellt wird.<sup>237</sup> Sofern eine Differenz resultiert, liegt ein Schaden im zivilrechtlichen Sinne vor. Nur ein solcher Schaden kann zum Ausgleich gebracht werden.<sup>238, 239</sup>

Die Art. 754 ff. OR äussern sich nicht dazu, in welcher konkreten Form Schadenersatz zu leisten ist. Grundsätzlich lauten Schadenersatzansprüche auf Geld.<sup>240</sup> Die allgemeine Regel von Art. 43 Abs. 1 OR, wonach der Richter auch über die Art des Schadenersatzes zu entscheiden hat, gilt aber auch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit.<sup>241</sup> Somit ist es nicht ausgeschlossen, im Einzelfall vielmehr sogar angebracht, dass das Gericht eine andere Form des Schadenersatzes anordnet, weil damit ein umfassenderer Ausgleich erreicht wird als lediglich durch eine Geldzahlung.<sup>242</sup> Immer aber wird es sich um einen geldwerten Ausgleich handeln, da es immer um den Ausgleich einer Vermögensverminderung geht.

---

235 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1.

236 Allgemein: REY, Haftpflichtrecht, N 152; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 70; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 26 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 585. Für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754, N 13; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 206 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 152; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 58.

237 BK-BREHM, Art. 41 OR, N 70b; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 6 N 33; UMBACH/WEBER, Schadensberechnung, S. 125.

238 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 206 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 13 ff.

239 Betreffend Ausgleich von immaterieller Unbill siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 205, der allfällige Ansprüche nicht im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sondern nach Art. 47 und 49 OR bzw. aufgrund spezialgesetzlicher Grundlage geregelt sieht. Anders FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 59.

240 BK-BREHM, Art. 43 OR, N 5 ff.; BSK-SCHNYDER, Art. 43 OR, N 1 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 583.

241 Vgl. BGE 99 II 176, Erw. 3.

242 Siehe das Beispiel in BGE 99 II 176, in dem das Gericht anstatt Geld die Übereignung von Aktien anordnete.

*b) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*

Die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden ist, wie bereits gezeigt, für die Entstehung von Schadenersatzansprüchen bedeutsam.<sup>243</sup> Liegt ein Schaden gemäss Differenztheorie vor, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob es sich um einen ersatzfähigen Schaden handelt.<sup>244</sup> Erst dann kann, bei Vorliegen aller übrigen Anspruchsvoraussetzungen, ein materielles Recht auf Schadenersatz entstehen. Besteht ein Anspruch, kann festgestellt werden, wer (Gesellschaft/Konkursverwaltung, Aktionär oder Gläubiger) den Anspruch auf Schadenersatz wann (ausser/im Konkurs) und wie (Prozessstandschaft oder eigener Anspruch) durchsetzen kann. Nur unmittelbar geschädigte Aktionäre und Gläubiger haben Anspruch auf Schadenersatz. Mittelbare Aktionärs- und Gläubigerschäden begründen als Reflexschäden hingegen keine Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.<sup>245</sup>

## **2. Pflichtverletzung**

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Organe «für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen». Es sind die aktienrechtlichen Pflichten bzw. die Pflichtverletzung als Anspruchsvoraussetzung, welche die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von anderen Haftungsgrundlagen unterscheiden.<sup>246</sup> Nur für den Fall der Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht kann ein Anspruch gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR entstehen. Die Verhaltenspflichten ergeben sich aus dem Gesetz (z.B. Art. 716a OR), zum Teil auch aus den Statuten. Die im Gesetz aufgezählten Pflichten variieren in ihrer Ausgestaltung: Während gewisse Normen dem Verwaltungsrat eine konkrete Pflicht auferlegen, sind andere sehr offen und allgemein formuliert wie die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR). Hier stellt sich die Frage, wie diese Pflichten inhaltlich bestimmt werden. Zunächst soll aber ein grober Überblick über die relevanten Pflichten gegeben werden.

---

243 Vgl. BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1; BGE 127 III 374.

244 Vgl. nun auch BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1, wo der mittelbare Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden als nicht ersatzfähiger indirekter bzw. Reflexschaden qualifiziert wird.

245 Klar in dieser Hinsicht BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1.

246 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240.

a) *Pflichten des Verwaltungsrates*<sup>247</sup>

Ganz allgemein ist der Verwaltungsrat das geschäftsführende (Art. 716 Abs. 2 OR) und zur Vertretung befugte (Art. 718 Abs. 1 OR) Organ einer Aktiengesellschaft. Der Gesetzgeber hat dem Verwaltungsrat gewisse unübertragbare und unentziehbare Pflichten<sup>248</sup> zugeteilt.<sup>249</sup> Während diese Pflichten im Gesetz bis zu einem gewissen Grad konkret ausformuliert sind, besteht bei der von Art. 717 Abs. 1 OR statuierten Sorgfalts- und Treuepflicht erhöhter Auslegungsbedarf.

Die Sorgfaltspflicht beschreibt die Art und Weise, wie der Verwaltungsrat seine Aufgaben und Pflichten zu erfüllen hat. Sie dient als Massstab, woran das Verhalten des Verwaltungsrates generell zu messen ist.<sup>250</sup> Je unpräziser die zur Diskussion stehende Pflicht oder Aufgabe formuliert ist, umso bedeutender wird die allgemeine Sorgfaltspflicht.<sup>251</sup>

Die Treuepflicht wird durch Rechtsprechung<sup>252</sup> und Lehre<sup>253</sup> konkretisiert. Im Wesentlichen beinhaltet sie negative Aspekte, z.B. das Vermeiden von Interessenkonflikten. Das Problem der Interessenkollision wirft die Frage auf, welche Interessen die verantwortlichen Personen zu wahren haben.<sup>254</sup>

Nach der Gleichbehandlungspflicht in Art. 717 Abs. 2 OR sind «die Aktionäre unter den gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln». Die Verletzung der Gleichbehandlungspflicht kann ebenfalls zu einem Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit führen.<sup>255</sup>

b) *Massstab zur Beurteilung der Pflichtverletzung*

(1) Problematik: Handlungs- und Ermessensspielraum

Hinreichend konkrete Normen haben den Vorteil, dass sie für das Organ und das Gericht einen Massstab bilden, an dem das Verhalten zu messen ist. Gleichzeitig schränken sie dadurch den Ermessens- und Handlungsspielraum

---

247 Für eine Übersicht über Lehre und insbesondere auch Rechtsprechung siehe VON DER CRONE, Haftung, S. 6 ff. Vgl. auch GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 164 ff.

248 Vgl. dazu Art. 716a OR, siehe aber z.B. auch Art. 643a Abs. 1 OR und Art. 725 OR. Zur Unvollständigkeit von Art. 716a OR vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 56 ff.

249 Art. 716a Abs. 1 OR.

250 Vgl. die Auflistung bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 563 ff.; ISLER, Sorgfalt, S. 1 ff.; VON DER CRONE, Haftung, S. 8.

251 Siehe unten II.C.2.b).

252 Z.B. BGE 130 III 213 (für die Treuepflicht von geschäftsleitenden Organen massgebende Normen).

253 Z.B. ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR, N 837 ff.; VON DER CRONE, Haftung, S. 7 f.

254 Vgl. dazu VON DER CRONE/DÉDEYAN/BEYELER, Stakeholder, S. 409 ff.

255 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 268 f.

des Verwaltungsrates ein. Optimale Führung lässt sich aber nicht im Voraus als exakte Soll-Vorgabe definieren.<sup>256</sup> Dieselbe Strategie kann zu einem Zeitpunkt erfolgreich sein, zu einem anderen Zeitpunkt jedoch Misserfolg mit sich bringen. Ebenso wenig kann nachträglich die Einhaltung allfälliger Soll-Vorgaben überprüft werden, weil Faulheit und Glück zum selben Resultat wie Fleiss und Pech führen können. Infolge dieser Informationsasymmetrien sind die Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren geschäftsführenden Organen notwendigerweise «offen» oder – in ökonomischer Terminologie – unvollständig, d.h. sie gewähren den geschäftsführenden Organen einen beträchtlichen Entscheidungs- und Handlungsspielraum. Der Gefahr, dass solche Freiräume opportunistisch ausgenützt werden (Prinzipal-Agent-Problem), ist mittels geeigneter Instrumente zu begegnen.<sup>257</sup> Ein Instrument, um das Verhalten der geschäftsführenden Organe zu steuern, stellt die aktienrechtliche Verantwortlichkeit dar.<sup>258</sup>

Solange das Unternehmen Gewinne erwirtschaftet, dürfte aus den grossen Entscheidungs- und Handlungsspielräumen kaum ein Problem resultieren. Kritisch wird meist erst die Phase nach der Konkureröffnung, wenn alle Handlungen der Organe auf mögliche Pflichtverletzungen hin untersucht werden. Da der Misserfolg allein jedoch noch keine Pflichtverletzung darstellt und eine solche juristisch gesehen auch nicht indiziert,<sup>259</sup> muss ein abstrakter Massstab gefunden werden, an dem das Verhalten gemessen werden kann, sofern es durch das Gesetz nicht genügend konkretisiert wird. Für die Verpflichteten ist es wichtig, ihren Pflichtenumfang und diesen Massstab zum Voraus in etwa zu kennen. Ansonsten werden sie zu risikoaversen Verhalten tendieren, um sich nicht verantwortlich zu machen.<sup>260</sup>

## (2) Sorgfaltsmassstab (Art. 717 Abs. 1 OR)

Gefordert wird eine objektivierte Sorgfalt, die anhand einer Referenzfigur bestimmt wird: Massgebend ist das Verhalten einer gewissenhaften und vernünftigen Person aus demselben Verkehrskreis unter den gleichen Umständen

256 Eine gesetzliche Normierung der Geschäftsführung ist angesichts der Vielfalt der Entscheidung nicht möglich und würde aufgrund ihrer Starrheit der Verschiedenheit der Gesellschaften zu wenig Rechnung tragen. Vgl. ISLER, Sorgfalt, S. 4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 581.

257 Grundlegend zum Prinzipal-Agent-Problem: JENSEN/MECKLING, Theory, S. 305 ff.; FAMA, Agency, S. 288 ff. Siehe dazu bereits vorne I.A.2.a).

258 Zur Verhaltenssteuerung siehe I.A.2.

259 In dieser Hinsicht besteht in der Tat kein Zusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung. Einem eingetretenen Schaden ist auch im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit neutral gegenüberzustehen, will man die Aufgliederung des Anspruchs in Anspruchsvoraussetzungen nicht zur Farce werden lassen.

260 Vgl. oben I.A.2.b)(1); GRASS, Richter, S. 1 ff.

den.<sup>261</sup> Daraus folgt, dass auch die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, nicht jedoch allfällige subjektive Entschuldigungsgründe wie fehlende Kenntnisse oder Zeitmangel.<sup>262</sup> Da aber auch die Drittperson kein fixer Massstab ist, dürfte die Beurteilung nicht zuletzt von der Einstellung des Richters betreffend richtiger Geschäftsführung abhängig sein. Auf diese Weise würde sich der Richter die Rolle des Managers anmassen. Dazu kommt, dass der Richter das Verhalten *ex post*, in Kenntnis der negativen Folgen, beurteilt. Aus dem Misserfolg darf nicht einfach auf die Pflichtverletzung geschlossen werden. Vielmehr kann auch eine simple Fehlentscheidung vorliegen, die *ex ante* angesichts der zu jenem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen und der Prognosen betreffend künftige Entwicklungen völlig gerechtfertigt war.<sup>263</sup> Die Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes im Einzelfall ist daher eine schwierige und heikle Aufgabe für das Gericht. Deshalb sollen nach h.L. unternehmerische Entscheide nur «mit Zurückhaltung» beurteilt werden.<sup>264</sup> Diese Zurückhaltung kommt darin zum Ausdruck, dass zunächst das Verfahren der Entscheidungsfindung und erst in zweiter Linie auch der Inhalt der Entscheidung (Richtigkeit und Angemessenheit) untersucht wird.<sup>265</sup> Diesen Gedanken verfolgt die so genannte *Business Judgment Rule*, die im angelsächsischen Rechtskreis zur Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen herangezogen wird.

### (3) Business Judgment Rule

Die *Business Judgment Rule* konkretisiert die Sorgfaltspflicht der beteiligten Personen, um so diejenigen Geschäftsführungsentscheide, welche sich im Nachhinein als falsch oder unzweckmässig und damit als Fehlentscheide erweisen, von eigentlichen Pflichtverletzungen abzugrenzen.<sup>266</sup> Gemäss *Busi-*

---

261 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 292; LUSTENBERGER, Verwaltung, S. 117; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 377.

262 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 28 N 21 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 377.

263 Vgl. DRUEY, Organfreiheit, S. 19; BERTSCHINGER, Wirtschaftsprüfer, S. 1247 ff., S. 1249.

264 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 401; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 31; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 3 N 13, § 28 N 24.

265 Eine Analyse der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit bestätigt, dass die Gerichte grundsätzlich davon absehen, ihr eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung zu setzen, vgl. dazu VON DER CRONE, Haftung, S. 6 ff., FN 29; vgl. auch ISLER, Sorgfalt, S. 2; GRASS, Business Judgment Rule, S. 110; LUSTENBERGER, Verwaltung, S. 120; VON DER CRONE, Weg, S. 99.

266 Verstösst ein Verhalten gegen eine zwingende Gesetzesnorm, erübrigt sich die Anwendung der *Business Judgment Rule*. Vgl. GRASS, Business Judgment Rule, S. 35 ff., S. 105; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 582 ff.

*ness Judgment Rule* ist ein Geschäftsführungsentscheid dann sorgfältig, wenn er gestützt auf genügend Informationen in einem korrekten Verfahren von unbefangenen und unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern gefällt worden ist.<sup>267</sup> Ob ein Verhalten sorgfältig ist, beurteilt sich somit nach formellen Kriterien.<sup>268</sup> Dem Richter ist es aufgrund der *Business Judgment Rule* verwehrt, materielle Aspekte der Entscheidung zu überprüfen. Demzufolge kommt dem Verfahren der Entscheidungsfindung im Verwaltungsrat erhöhte Bedeutung zu. Der Zwang zu einem formell korrekten Entscheidungsverfahren wirkt sich positiv auf die Qualität der Ergebnisse aus, ist doch davon auszugehen, dass in einem sauberen Entscheidungsprozess eher brauchbare Ergebnisse gefunden werden als in einem ungeordneten. Blosses Abhaken der einzelnen Verfahrensschritte genügt jedoch nicht. Entscheidend ist nicht ein rein formelles, sondern vielmehr ein prozessorientiertes Verständnis der *Business Judgment Rule*. Das heisst, dass die einzelnen Schritte des Entscheidungsprozesses vom Gericht auch materiell überprüft werden können, nicht aber das Ergebnis, der Entscheid selbst. Ein weiterer Vorteil der *Business Judgment Rule* besteht in der Förderung der Risikobereitschaft der potentiellen Verantwortlichen, weil diese *ex ante* wissen, an welchem Massstab ihre Geschäftsführung gemessen wird. So müssen sie nicht fürchten, im Nachhinein statt für den Entscheid für das Ergebnis verantwortlich zu werden.<sup>269</sup> Dies gilt verschärft für die strafrechtliche Sanktionierung von Pflichtverletzungen.<sup>270</sup> Auf der anderen Seite bringt die *Business Judgment Rule* auch Nachteile mit sich, ist es doch mit erheblichem Aufwand verbunden, wenn jeder Entscheidungsschritt genau dokumentiert werden muss, so dass die Aufmerksamkeit des entscheidenden Organs auf die Einhaltung des Verfahrens statt auf den Inhalt gelenkt wird.<sup>271</sup>

Aufgrund der in der Schweiz geübten Zurückhaltung bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden kann grundsätzlich festgehalten werden, dass die *Business Judgment Rule* und das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht

---

267 Der Verwaltungsratspräsident trägt hierbei eine besondere Verantwortung, weil es seine Aufgabe ist, die prozeduralen Voraussetzungen für eine Entscheidung zu schaffen, vgl. HUNGERBÜHLER, Verwaltungsratspräsident, S. 202. Für eine Übersicht über die Voraussetzungen vgl. GRASS, Richter, S. 1 ff.; GRASS, Business Judgment Rule, S. 86 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 588 ff.

268 Als Kriterien dienen amerikanischen Gerichten u.a. Dauer der Sitzungen, Gründlichkeit der Diskussion, Befragung des Managements und der Beizug von Sachverständigen. Vgl. GRASS, Business Judgment Rule, S. 89.

269 Vgl. oben I.A.2.b)(1). Die *Business Judgment Rule* verbessert also die Vorausehbarkeit der Verantwortlichkeit, indem sich aus ihren Kriterien Verhaltensrichtlinien für den Verwaltungsrat ableiten lassen, die dieser dann prophylaktisch einhalten kann.

270 Siehe dazu oben I.A.3.b).

271 DRUEY, Organfreiheit, S. 20 f.

Ähnlichkeiten aufweisen. Das schweizerische Recht stellt dieselben formellen Anforderungen an einen Geschäftsführungsentscheid,<sup>272</sup> geht aber in materiellen Belangen noch einen Schritt weiter als die *Business Judgment Rule*, indem ein Entscheid auch sachlich vertretbar sein muss. Deshalb ist sich die Lehre nicht einig, ob die *Business Judgment Rule* ohne weiteres ins schweizerische Recht übernommen werden kann.<sup>273</sup> Deutschland ist das erste Land, das die *Business Judgment Rule* positivrechtlich verankert.<sup>274</sup> Diese Entwicklung ist u.E. grundsätzlich zu begrüßen, da sie die Unsicherheiten im Zusammenhang mit der *Business Judgment Rule* – insbesondere was Beweisfragen betrifft<sup>275</sup> – abzubauen hilft und dadurch eine Zunahme der Risikoaversion vermeidet.<sup>276</sup> Ausserdem wird dadurch verdeutlicht, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nicht im Sinne einer Erfolgshaftung zu verstehen ist.

Die *Business Judgment Rule* dürfte grundsätzlich auch bei Klagen von unmittelbar Geschädigten zur Anwendung gelangen. Da die Widerrechtlichkeit bei unmittelbaren Schäden jedoch nur mit einer Verletzung einer spezifischen Schutznorm begründet werden kann, bleibt für die *Business Judgment Rule* in diesem Zusammenhang kein Raum, da die verletzten Schutznormen meist genügend konkret formuliert sind und keiner Konkretisierung mittels *Business Judgment Rule* bedürfen.<sup>277</sup>

#### (4) Unterschiedlicher Pflichtenumfang einzelner Verwaltungsratsmitglieder

Gliedert sich das Gremium – wie bei Publikumsgesellschaften üblich – in Ausschüsse (*committees*), stellt sich die Frage, welche Verantwortung Verwaltungsratsmitglieder, die nicht im Ausschuss Einsitz genommen haben (*non-*

---

272 VON DER CRONE, Weg, S. 97: Ist der Entscheid formell korrekt zustande gekommen und liegt kein Interessenkonflikt vor, besteht eine Vermutung für die materielle Richtigkeit des gefassten Entscheides. Deshalb kommt dem Entscheidungsverfahren auch in der Schweiz eine grosse Bedeutung zu. Denn im gegenteiligen Fall kehrt sich die Vermutung um: Es wird Pflichtwidrigkeit vermutet. In solchen Fällen obliegt es dem entscheidenden Organ, die materielle Angemessenheit des Entscheides nachzuweisen, was oft kaum möglich ist.

273 Pro: GRASS, *Business Judgment Rule*, S. 97 ff. Contra: BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 582 ff.

274 Durch das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts) wird § 93 AktG folgender Satz hinzugefügt: «Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.» Vgl. dazu die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf, S. 21 ff., (<http://www.bmj.de/media/archive/797.pdf>, besucht am 27.2.2006). Siehe auch KOCK/DINKEL, *Haftung*, S. 441 ff.

275 Zu Beweisfragen vgl. III.A.3.b).

276 Zur Risikoaversion siehe I.A.2.b)(1). Vgl. zum Ganzen GLANZMANN, *Verantwortlichkeitsklage*, S. 164 ff.

277 GRASS, *Business Judgment Rule*, S. 134 ff.

*committee*-Verwaltungsratsmitglieder), für die an den Ausschuss delegierten Aufgaben tragen.

Im Rahmen einer befugten Delegation verringert sich ihre Verantwortlichkeit bezüglich der delegierten Aufgabe auf die Einhaltung der drei *curae* (Art. 754 Abs. 2 OR). Ausgenommen von einer solchen Delegation sind die gemäss Art. 716a Abs. 1 OR unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben. In diesem Bereich können lediglich Hilfsarbeiten zur Aufgabenerfüllung (z.B. die Vorbereitung oder Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen) an Ausschüsse übertragen werden, die eigentliche Entscheidkompetenz und damit die Verantwortung verbleiben beim Verwaltungsrat als Ganzem, weshalb sich *non-committee*-Verwaltungsratsmitglieder auch nicht nach Art. 754 Abs. 2 OR exkulpieren können.<sup>278</sup> Der auf das Verhalten der *non-committee*-Verwaltungsratsmitglieder anzuwendende Sorgfaltsmassstab ist folglich höher, als ihn die drei *curae* indizieren. Er ist aber nicht identisch mit demjenigen eines *committee*-Verwaltungsratsmitgliedes, weil damit ausser Acht gelassen würde, dass es u.U. selbst eine Pflichtverletzung dargestellt hätte, wären die Aufgaben nicht arbeitsteilig, also von einem *non-committee*-Verwaltungsratsmitglied selbst wahrgenommen worden. Diesem Umstand ist im Rahmen der Festlegung des Sorgfaltsmassstabes Rechnung zu tragen. So darf sich ein *non-committee*-Verwaltungsratsmitglied in gewissem Masse auf die jeweilige Arbeit der *committee*-Mitglieder verlassen und braucht nicht im Detail jeden Arbeitsschritt zu «kontrollieren». Um den Anforderungen der Sorgfaltspflicht gerecht zu werden, hat jedes Verwaltungsratsmitglied die *committee*-Berichte kritisch zu würdigen und ungenügende Berichte zurückzuweisen.<sup>279</sup>

Generell kann festgehalten werden, dass sich der objektivierte Sorgfaltsmassstab den übernommenen Aufgaben anpasst. Ein Verwaltungsratsmitglied handelt sorgfältig, wenn es neben der allgemeinen Pflicht der sorgfältigen Entscheidungsfindung (formelle Aspekte; zweckmässige Organisation der Entscheidungsabläufe) seine Funktion mit derjenigen Sorgfalt wahrnimmt, die von einer für diese Aufgabe angemessenen qualifizierten Person erwartet werden darf. Dies führt letztlich zu einer differenzierten Haftung i.S.v. Art. 759 Abs. 1 OR im Rahmen des persönlichen Verschuldens.

278 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 29 N 31 und 37; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 405 und 423; BSK-WATTER, Art. 716a OR, N 27; ZK-HOMBURGER, Art. 716a OR, N 688; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 230.

279 VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÍNEZ, Führungsorganisation, S. 412. Ausführlich zum Ganzen VON DER CRONE, Arbeitsteilung, S. 89 ff. und S. 95 ff.

c) *Pflichten der Revisionsstelle?*<sup>280</sup>

Mit der separaten Nennung in Art. 755 OR wird im Verantwortlichkeitsrecht festgehalten, was auch aus der aktienrechtlichen Aufgabenteilung folgt: *Die Revisionsstelle ist nicht verantwortlich für die Geschäftsführung der Gesellschaft!* Demnach erübrigen sich Ausführungen zum Pflichtenumfang der Revisionsstelle im Bereich der Geschäftsführung.

### 3. Kausalzusammenhang

Der Kausalzusammenhang liegt nach den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts, die auch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gelten,<sup>281</sup> vor, wenn der Schaden durch das pflichtwidrige Verhalten des Verantwortlichen natürlich<sup>282</sup> sowie adäquat<sup>283</sup> kausal verursacht worden ist. Das pflichtwidrige Verhalten muss nicht alleinige Ursache des Schadens sein. Es genügt, wenn es den Schadenseintritt bloss als Teilursache bewirkt hat.<sup>284</sup> Da Unterlassungen einen Schaden nicht natürlich kausal bewirken können,<sup>285</sup> stützt man sich bei ihrer Beurteilung auf den hypothetischen Kausalzusammenhang: Bei rechzeitigem und pflichtgemäsem Handeln des Verantwortlichen wäre der Schaden nicht oder nicht in diesem Ausmass eingetreten (*conditio cum qua non*).<sup>286</sup> Die

---

280 Vgl. dazu allgemein RUOSS, Revisionsstellenhaftung, S. 34 ff.; VON DER CRONE, Haftung, S. 2 ff.

281 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 227 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 416 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 91 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 43 ff.; zum aOR siehe FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 266 ff.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 OR, N 86 ff.

282 Der natürliche Kausalzusammenhang bezeichnet die tatsächliche ursächliche Verbindung zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden. Das pflichtwidrige Verhalten stellt eine *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt dar. Allgemein zum natürlichen Kausalverlauf siehe REY, Haftpflichtrecht, N 518 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 3 N 1 ff.; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 19.01 f.; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 106 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 151 ff.

283 Ein Ereignis bzw. ein Verhalten ist dann adäquate Ursache einer Schädigung, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis als allgemein begünstigt erscheint». BGE 123 III 110, Erw. 3a); 113 II 52, Erw. 3. Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 231; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 416; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 43; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 92.

284 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 227; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 91.

285 *Ex nihilo nihil fit!*

286 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 228; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 424 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 44; BGE 115 II 440, Erw. 5.

damit verbundene Wertung beinhaltet zugleich die Adäquanz, womit eine separate Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs hinfällig wird.<sup>287</sup>

Es geht auch bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit um die persönliche Verursachung<sup>288</sup> eines Schadens, mithin um die Verknüpfung eines Einzelverhaltens mit einem Schaden, womit globale Zurechnungen unzulässig sind. Die Kausalität ist daher gesondert für jede verantwortliche Person, jede einzelne Pflichtverletzung und jeden einzelnen Schaden nachzuweisen.<sup>289</sup> Verantwortlich ist nicht das Gremium als solches, sondern die einzelne Person.<sup>290</sup> Daran ändert auch die solidarische Haftung nichts.

#### 4. Verschulden

Auch das Verschulden wird in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht anders definiert als im allgemeinen Haftpflichtrecht.<sup>291</sup> Es geht um die Frage, ob das Verhalten des Schädigers diesem zum Vorwurf gemacht werden kann.<sup>292</sup> Das Verschulden zerfällt dabei in eine subjektive und eine objektive Komponente. Gehaftet wird für jedes Verschulden, womit auch Fälle leichter Fahrlässigkeit erfasst sind.<sup>293</sup>

##### a) Subjektive Komponente

Die subjektive Komponente des Verschuldens beschlägt die Frage, ob die verantwortliche Person urteilsfähig war.<sup>294</sup> Die tatsächliche Bedeutung der subjektiven Komponente in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist gering.<sup>295</sup>

287 Siehe BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 228 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 44.

288 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 416 ff. verwendet für die Fragen der Kausalität diesen Begriff.

289 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 421 f.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 43. Davon strikte zu unterscheiden ist die Frage, wie ein Gesamtschaden prozessual behandelt werden soll. Hierzu ist Art. 759 Abs. 2 OR einschlägig. Siehe dazu weiter unten II.C.4.d). Beweisprobleme hinsichtlich des Kausalzusammenhangs dürfen nicht zu einer Vermutung der Kausalität führen. Siehe dazu BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 43; zur Rechtsprechung unter aOR BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 418 f.; zu den Beweisfragen siehe unten III.A.3.

290 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 420 mit Verweis auf Art. 759 Abs. 1 OR.

291 Siehe dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 299 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 75; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 32; zum aOR siehe FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 285 ff.; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754, N 89 ff.

292 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 299.

293 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 300; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 112; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 75; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 32.

294 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 299; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 78.

295 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 ff., der unter dem Aspekt des subjektiven Elements allerdings eher den objektivierten Verschuldensbegriff und die damit verbundene grundsätzliche Nichtberücksichtigung von subjektiven Umständen abhandelt.

b) *Objektive Komponente*

Bei der objektiven Komponente des Verschuldens wird danach gefragt, ob das Verhalten einem objektivierten Sorgfaltsmassstab entsprochen hat.<sup>296</sup> Ist dies zu verneinen, liegt ein Verschulden vor.<sup>297</sup> Massgebend ist dabei diejenige Sorgfalt, die ein vernünftiger und gewissenhafter Mensch des gleichen Verkehrskreises wie die verantwortliche Person unter den gleichen Umständen angewandt hätte.<sup>298</sup>

c) *Abgrenzung zur Pflichtverletzung*

Sowohl bei der Pflichtverletzung als auch bei der objektiven Komponente des Verschuldens wird danach gefragt, ob das konkrete Verhalten der verantwortlichen Person den Soll-Vorgaben genügt. Als Massstab fungiert in beiden Fällen der sorgfältige und gewissenhafte Verwaltungsrat, dem seine Spezialkenntnisse angerechnet werden. Ist die Pflichtverletzung erstellt, kann sich die verantwortliche Person daher kaum mehr mangels Verschuldens von der Verantwortlichkeit befreien.<sup>299</sup> Ein Verhalten, das abstrakt nicht dem genügt, was Gesetz oder Statuten als normative Vorgabe aufstellen, wird der verantwortlichen Person als Fehlverhalten vorgeworfen. Die persönliche Vorwerfbarkeit ist durch den Umstand begründet, dass die Freiheit, die Geschicke einer Gesellschaft zu leiten, auch zu einer Verantwortung gegenüber den übrigen Beteiligten führt. Dieser Gedanke liegt nahe beim Grundsatz *pacta sunt servanda* und rechtfertigt daher die Objektivierung nicht nur aus Schutzüberlegungen zu Gunsten der Geschädigten,<sup>300</sup> sondern auch aufgrund der übernommenen Verpflichtung. Es besteht kein Zwang, ein Verwaltungsratsmandat an- bzw. eine faktische Organstellung einzunehmen.

d) *Differenzierte Solidarität und Gesamtschaden*

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so haftet der einzelne nur soweit, als ihm der Schaden aufgrund seines eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR). Diese Bestim-

---

296 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 301 ff.

297 Die Vorwerfbarkeit eines in dieser Art und Weise ermittelten Verschuldens ist zu relativieren, da subjektive Momente bewusst ausgeblendet werden. Siehe dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 302.

298 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 302; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 80; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 3.

299 CORBOZ, Com-Art. 754 CO, N 40; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 432; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 161.

300 So die allgemeinen Überlegungen zur Rechtfertigung des objektivierten Sorgfaltsmassstabes. Siehe hierzu REY, Haftpflichtrecht, N 843 ff.; OFTINGER/STARK, Band I, § 5 N 79.

mung regelt somit, in welchem Umfang eine Person im Aussenverhältnis für einen gemeinsam mit anderen verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann.<sup>301</sup> Obere Grenze bildet der ihr persönlich zurechenbare Schaden.<sup>302</sup> Der Verwaltungsrat haftet somit nicht gesamthaft als Kollektiv: Es muss stets eine individuelle Betrachtungsweise vorgenommen werden.<sup>303</sup> Im Ergebnis führt die differenzierte Solidarität dazu, dass die solidarische Haftung auf den Betrag begrenzt wird, für den das Verwaltungsratsmitglied auch selbständig hätte eingeklagt werden können.<sup>304</sup>

Der in Art. 759 Abs. 2 OR angesprochene Gesamtschaden hingegen betrifft die Frage, wie prozessual mit der Verursachung eines Gesamtschadens durch mehrere verantwortliche Personen umzugehen ist. Daraus folgt keine Durchbrechung der differenzierten Solidarität, die eine Haftung des Gremiums zur Folge hätte. Vielmehr wird dem Kläger die Möglichkeit gegeben, mehrere Verantwortliche in einem einzigen Prozess für die gemeinsame Verursachung eines Schadens zu belangen, womit sein Prozesskostenrisiko minimiert wird.<sup>305</sup> Die Folgen von Abs. 2 dieser Bestimmung sind daher prozessualer Natur und ändern nichts an der individuellen Verantwortlichkeit.

---

301 MEINHARDT, Solidarität, S. 144; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 117 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 480 ff.

302 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 489; MEINHARDT, Solidarität, S. 147.

303 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 490. Diese Regelung steht nicht im Konflikt mit den in Art. 716a Abs. 1 OR statuierten unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates. Die Tatsache, dass eine Delegation ausgeschlossen ist (Art. 716a Abs. 2 OR), führt nicht zwingend zu einer Gesamthaftung des Organs. Jeder Verwaltungsrat bleibt individuell für die Erfüllung der unübertragbaren Aufgaben haftbar. Ausgeschlossen ist mit der Regelung in Art. 716a OR lediglich, dass durch eine Delegation gleichsam die Verantwortung für die Erfüllung der aufgezählten Pflichten abgeschoben werden kann.

304 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 480 ff., insbesondere N 504 ff. mit Zahlenbeispiel; MEINHARDT, Solidarität, S. 147 ff.

305 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 122 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 511 ff.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 759 OR, N 8. Jeweils mit eingehender Darstellung der Rechtspraxis.



### III. Durchsetzung und Prozess

#### A. Prozess

Neben der Bestimmung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit interessieren unter prozessualen Gesichtspunkten vor allem Beweisfragen und der Umgang mit den Verfahrenskosten.

#### 1. Örtliche Zuständigkeit

##### a) *Gerichtsstand in internationalen Sachverhalten*

Im Anwendungsbereich des LugÜ<sup>306</sup> richtet sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Vorschriften der Konvention, weil Verantwortlichkeitsklagen keine gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten i.S.v. Art. 16 Ziff. 2 oder 3 LugÜ darstellen und das LugÜ keine weiteren gesellschaftsrechtlichen Sonderbestimmungen enthält.<sup>307</sup> In Betracht kommen dabei insbesondere Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Ziff. 1 und 3 und Art. 6 Ziff. 1 LugÜ. Welche Bestimmung im konkreten Einzelfall massgebend ist, hängt vom Wohnsitz der Beklagten und von der Qualifikation des Anspruches als deliktischer oder vertraglicher Anspruch ab.<sup>308</sup>

Findet das LugÜ keine Anwendung, richtet sich die Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 151 f. IPRG. Unter «gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten» i.S.v. Art. 151 IPRG fallen gemäss Wortlaut auch Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe. Bemerkenswert ist Art. 152 IPRG,<sup>309</sup> der besondere Zuständigkeiten bei Haftung für ausländische Gesellschaften vorsieht. So kann am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der beklagten Person sowie am Ort, wo die ausländische Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird, geklagt werden. Beruht der Anspruch nicht auf gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit, so richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 129–131 IPRG (Ansprüche aus unerlaubter Handlung).

---

306 Staatsverträge wie das LugÜ gehen autonomem Recht (IPRG) vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG, deklaratorisch). Sachlich ist das LugÜ auf Zivil- und Handelssachen anwendbar, also auch auf Verantwortlichkeitsklagen. Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich ist für jede Norm separat zu bestimmen, da das Wohnsitzprinzip von Art. 2 LugÜ zum Teil durchbrochen wird.

307 SCHNYDER/LIATOWITSCH, Zivilverfahrensrecht, N 846; GEHRI, Zuständigkeiten, S. 151.

308 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 195 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 35 ff. Vgl. I.B.

309 Art. 152 IPRG ist das zuständigkeitsrechtliche Pendant zu Art. 159 IPRG.

Im Falle einer Übernahme durch eine ausländische Gesellschaft können die Gläubiger in jedem Fall am Sitz der schweizerischen Gesellschaft klagen.<sup>310</sup>

b) *Gerichtsstand in nationalen Sachverhalten*

Wenn kein internationaler Sachverhalt vorliegt, findet das Gerichtsstandsgesetz (GestG) Anwendung.<sup>311</sup> Dieses stellt dem Kläger in Art. 29 speziell für die Verantwortlichkeitsklage mehrere Gerichtsstände zur Verfügung, aus denen er den für ihn besten Gerichtsstand auswählen kann.<sup>312</sup> In Frage kommen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft.<sup>313</sup> Eine Klage gegen mehrere Beklagte kann nach Art. 7 GestG am Wohnsitz eines Beklagten anhängig gemacht werden (Gerichtsstand der Streitgenossenschaft).

Bei Klagen, die in einem sachlichen Zusammenhang<sup>314</sup> stehen, kann das später angerufene Gericht gemäss Art. 36 Abs. 1 GestG den Prozess so lange sistieren, bis das zuerst angerufene Gericht geurteilt hat. Der Entscheid liegt im Ermessen des Gerichts. Nach Abs. 2 derselben Norm können die Verfahren auch zusammengelegt werden, sofern sie sich in gleicher Instanz und noch nicht im Urteilsstadium befinden.<sup>315</sup> Grundsätzlich sind die Prozesse jedoch je einzeln durchzuführen.

Art. 29a GestG behält für Klagen, die sich auf das Fusionsgesetz (FusG) stützen, den Gerichtsstand am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger vor. Art. 108 FusG enthält eine so genannte Umstrukturierungs- bzw. Transaktionshaftung der an einer Strukturveränderung beteiligten Personen. Art. 29a GestG ist *lex specialis* zu Art. 29 GestG, wenn sich die Verantwortlichkeit aus einer Verletzung des Fusionsgesetzes ableitet.<sup>316</sup>

---

310 Vgl. Art. 164a IPRG sowie die Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.6.2000, BBl 2000, S. 4491.

311 Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GestG nach Art. 1 GestG müssen erfüllt sein.

312 Die alte Regel «*actor sequitur forum rei*» (Garantie des Wohnsitzrichters; Art. 30 Abs. 2 BV) hat mit Einführung des GestG (SchKG, LugÜ) ihre Bedeutung weitgehend verloren. Vgl. HOHL, Procédure, N 1532 ff., 1742 ff.; REETZ, Justizgrundsätze, S. 17 ff.; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 82 ff.; KURTH/BERNET, Gerichtsstandsgesetz, Art. 29, N 2.

313 Der Wohnsitz bestimmt sich bei natürlichen Personen nach Art. 23 und 25 f. ZGB und für juristische Personen nach Art. 56 ZGB. Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Wohnsitzes bzw. Sitzes ist der Eintritt der Rechtshängigkeit.

314 Gleicher Rechtsgrund oder Lebensvorgang (z.B. Pflichtverletzung).

315 SPÜHLER/VOCK, GestG, Art. 36, N 6.

316 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, Fusionsgesetz, N 1101 ff.; BERTSCHINGER, Klagen, S. 843; KURTH/BERNET, Gerichtsstandsgesetz, Art. 29a, N 22.

Der Zweck von Art. 29 GestG besteht darin, einen einheitlichen Gerichtsstand für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche sicherzustellen.<sup>317</sup> Somit bestimmt sich die Zuständigkeit für die Geltendmachung sowohl von mittelbaren als auch von unmittelbaren Schäden grundsätzlich nach Art. 29 GestG.<sup>318</sup> Die in BGE 122 III 176 eingeführte und mittlerweile wieder relativierte Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden führte jedoch dazu, dass sich Schadenersatzklagen von Aktionären und Gläubigern auf Klagegründe ausserhalb des Gesellschaftsrechts stützen mussten (Klagen aus Art. 41 OR, *culpa in contrahendo* oder Vertrauenshaftung) und sich die Zuständigkeit demzufolge nach Art. 25 GestG (alternativ auch Art. 3 GestG) richtete.<sup>319</sup> Diese Konsequenzen wurden kritisiert, weil sie die *ratio* von Art. 29 GestG unterlaufen.<sup>320</sup> Der Biber-Entscheid dürfte die Situation entschärfen, weil sich Aktionärs- und Gläubigerklagen zum Ersatz unmittelbaren Schadens wieder auf die Verletzung von aktienrechtlichen Bestimmungen stützen können.

### c) Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Einlassung

Da alle in Frage kommenden, behandelten Zuständigkeitsnormen dispositiver Natur sind, können die Parteien einen Gerichtsstand vereinbaren oder ihn durch Einlassung begründen oder eine Schiedsabrede treffen. Einzuhalten sind dabei immer die allerdings unterschiedlich ausgestalteten Anforderungen an die Formwirksamkeit einer solchen Vereinbarung (Art. 17 f. LugÜ, Art. 5 f. IPRG, Art. 9 f. GestG und Art. 6 KSG).<sup>321</sup>

317 KURTH/BERNET, Gerichtsstandsgesetz, Art. 29, N 6.

318 KURTH/BERNET, Gerichtsstandsgesetz, Art. 29, N 4.

319 BBl 1999, S. 2864. Vgl. SPÜHLER/VOCK, GestG, Art. 25, N 4. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist weit auszulegen, so dass auch Pflichtverletzungen eines Organs erfasst werden. Gemäss dieser Bestimmung ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig (gleichrangige, alternative Zuständigkeiten; BBl 1999, S. 2863). Das GestG sieht im Unterschied zum LugÜ und zum IPRG zusätzlich eine Zuständigkeit am Wohnsitz/Sitz der geschädigten Person vor.

320 KURTH/BERNET, Gerichtsstandsgesetz, Art. 29, N 6.

321 Darstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen: VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 4 N 79 ff.; VOCK, Fragen, S. 66 ff.; BERGER, Gerichtsstandsgesetz, Art. 9, N 9 ff.

## 2. Sachliche Zuständigkeit

Sofern keine gültige Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung abgeschlossen worden ist,<sup>322</sup> richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach der Prozessordnung des Kantons, in dessen Gebiet das örtlich zuständige Gericht liegt.<sup>323</sup>

Einzelne Kantone verfügen für die Beurteilung von Handelsstreitigkeiten über ein Handelsgericht,<sup>324</sup> das je nach getroffener Regelung ausschliesslich für die Beurteilung von Verantwortlichkeitsklagen zuständig ist.<sup>325</sup> Vorteil eines solchen Sondergerichts ist, dass die Angelegenheit von Spezialisten beurteilt wird. Die einzelnen kantonalen Lösungen haben jedoch den Nachteil, dass die spezialisierten Richter relativ selten zum Einsatz kommen und sich so keine kontinuierliche Rechtsprechung entwickeln kann. Aus diesem Grund wäre eine landes- bzw. bundesweite Lösung angebrachter.<sup>326</sup>

## 3. Beweisfragen

Wer einen Anspruch geltend macht, trägt grundsätzlich die Beweislast dafür, dass alle Voraussetzungen dieses Anspruches erfüllt sind (Art. 8 ZGB). Folglich obliegt es dem klagenden Geschädigten, den Schaden und die Schadenshöhe, den Kausalzusammenhang zwischen Handlung bzw. Unterlassung<sup>327</sup> und eingetretenem Schaden<sup>328</sup>, die Pflichtverletzung<sup>329</sup> und das Verschulden

---

322 Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen sind zulässig. Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 117 ff.

323 Im Kanton Zürich sind das Bezirksgericht (§ 31 Ziff. 1 GVG) oder das Handelsgericht (§ 63 Ziff. 2 GVG) sachlich für Verantwortlichkeitsklagen zuständig. Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren i.S.v. § 21 GVG ist wohl selten zuständig, weil sich der Streitwert nach dem Gesamtschaden bemisst, der CHF 20 000.– in der Regel überschreiten dürfte.

324 Es sind dies die Kantone Zürich, Bern, St. Gallen und Aargau. Vgl. dazu VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 3 N 65 ff.

325 Beispielsweise ist im Kanton Aargau gestützt auf § 404 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ZPO AG das Handelsgericht ausschliesslich für die Beurteilung von Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zuständig. Siehe dazu BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 404 ZPO, N 23. Vgl. im Gegensatz dazu die in FN 323 dargestellte Regelung der sachlichen Zuständigkeit im Kanton Zürich.

326 I.A.3.a).

327 BGE 122 III 195, Erw. 4. Auch Untätigkeit kann adäquate Ursache sein. Die Gerichte stellen im Allgemeinen keine hohen Anforderungen an den Nachweis der Kausalität, so dass quasi eine «Vermutung der Kausalität» besteht, was zu Recht kritisiert wird. Vgl. auch die Diskussion der Annäherungstendenzen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit an eine Kausal- bzw. Gefährdungshaftung unter I.B.2.

328 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 227; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 98; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 136.

329 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 136a; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240.

nachzuweisen. Diese grundsätzliche Beweislastverteilung bedarf der Konkretisierung und der Ergänzung für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit.

*a) Beweislastverteilung beim Schaden*

Infolge der Informationsasymmetrie zwischen Kläger und Beklagtem kann die ziffernmässige Berechnung des mittelbaren Schadens nach Differenztheorie für den Kläger ausserordentlich schwierig sein, weil ihm oft entsprechende Einsichts- und Kontrollrechte fehlen. Ist der Schaden oder die Schadenshöhe in Extremfällen nicht beweisbar oder die Berechnung unzumutbar, sieht Art. 42 Abs. 2 OR, der im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht ebenfalls Anwendung findet, eine Schätzung der Schadenshöhe durch das Gericht vor.<sup>330</sup> Diese Bestimmung bezweckt lediglich eine Beweiserleichterung zugunsten des Klägers, um die Durchsetzbarkeit des Anspruches zu gewährleisten, befreit ihn jedoch nicht von der Beweislast. Auch wenn Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt, müssen alle Umstände, die auf einen Schaden hindeuten bzw. die Abschätzung der Schadenshöhe erleichtern, vom Kläger dargelegt werden.<sup>331</sup> Kommt ein Kläger diesen Obliegenheiten nicht nach, ist seine Klage mangels Substantiierung abzuweisen. Denn Art. 42 Abs. 2 OR darf nicht dazu missbraucht werden, die Beweislast umzuverteilen.<sup>332</sup>

Der klagende Geschädigte muss den Schaden für jedes einzelne beklagte Organ individuell nachweisen.<sup>333</sup> Immerhin ist es möglich, bei mehreren Beklagten einen «Gesamtschaden» einzuklagen und es dem Richter zu überlassen, die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festzulegen (Art. 759 Abs. 2 OR). Denn jede ersatzpflichtige Person haftet nach aussen in dem Umfange, in dem ihr ein Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und des adäquaten Kausalzusammenhangs persönlich zurechenbar ist.<sup>334</sup>

330 BSK-WIDMER/BANZ, Vor Art. 754–761, N 2 und Art. 754, N 21; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 373.

331 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 373.

332 Bsp.: BGE 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, Erw. 4.4.3; BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, Erw. 2 d/aa); 128 III 180 ff. Art. 42 Abs. 2 OR ist zurückhaltend anzuwenden, nämlich nur dort, wo eine Berechnung unmöglich oder eine Schädigung nicht nachweisbar ist, aber die Umstände überzeugend auf das Vorliegen einer Schädigung hindeuten. Es geht v.a. um immaterielle Schäden. CAMPOUNOVO, Spiegel, S. 82.

333 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 371.

334 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 122 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 496 ff. Siehe oben II.C.4.d).

b) *Beweislastverteilung bei der Pflichtwidrigkeit und der Kausalität*

Zwischen dem beklagten Organ und dem Kläger besteht in der Regel eine erhebliche Informationsasymmetrie, insbesondere bezüglich der Gesellschaftsinterna, zu welchen ein Verwaltungsratsmitglied besseren Zugang hat als der Kläger, oder hinsichtlich negativer Tatsachen (Unterlassungen), die naturgemäss schlecht zu beweisen sind.

Ist ein Entscheid im korrekten Verfahren zustande gekommen, so besteht eine Vermutung<sup>335</sup> für die materielle Richtigkeit des Entscheides aufgrund pflichtgemässen Verhaltens (*Business Judgment Rule*).<sup>336</sup> Auf den ersten Blick ist es eine Vermutungslage zugunsten des Beklagten, da der Kläger die Beweislast trägt. Bei näherer Betrachtung relativiert sich diese Sicht jedoch: Bestreitet der Beklagte die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen, hat er darzulegen, dass bei der Entscheidungsfindung ein angemessenes Verfahren eingehalten worden ist. Dabei wird in der Praxis kaum klar zwischen dem Nachweis des sorgfältigen Entscheidungsprozesses und der Rechtfertigung des Entscheides selbst getrennt werden können. Dies führt letztlich dazu, dass faktisch der Beklagte im Hinblick auf eine vorsichtige Prozessführung sowohl den sorgfältigen Entscheidungsprozess als auch die materielle Richtigkeit des Entscheides zu beweisen hat. Die vorgängige Klärung der Beweislastverteilung in einem summarischen Verfahren, das im Rahmen einer gesetzlichen Verankerung der *Business Judgment Rule* einzuführen wäre, erscheint als sinnvoll.<sup>337</sup>

Ein Abweichen von vereinbarten Standards (*best practices*) stellt im Unterschied zu gesetzlich vorgeschriebenen Pflichten nicht unbedingt eine Pflichtwidrigkeit dar, impliziert aber eine Vermutung der Pflichtwidrigkeit mit der Folge einer Beweislastumkehr: Die beklagte Partei (Verwaltungsrat) muss nachweisen, dass ihr Verhalten nicht pflichtwidrig war.<sup>338</sup>

Die Kausalität ist vom Geschädigten nachzuweisen, wobei sie im Falle mehrerer Verantwortlicher für jeden einzelnen erstellt werden muss (Art. 759 Abs. 1 OR). Oft wird eine Unterlassung als Ursache des Schadens geltend gemacht. Hier kommt es auf den hypothetischen Kausalzusammenhang an: Wäre die Schädigung auch bei pflichtgemässigem Verhalten eingetreten?<sup>339</sup>

---

335 Diese Vermutung entfällt, wenn der Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt handelt. Dann ist umgekehrt Pflichtwidrigkeit zu vermuten. VON DER CRONE, Weg, S. 73 ff., S. 97; VON DER CRONE, Haftung, S. 8.

336 HUNGERBÜHLER, Verwaltungsratspräsident, S. 203. Vgl. II.C.2.b)(3).

337 Vgl. dazu ausführlich VON DER CRONE, Haftung, S. 8 f. m.w.H. Gemäss den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf, S. 24, (siehe dazu FN 274) soll bei der deutschen Regelung die Beweislast für die Tatbestandselemente der *Business Judgment Rule* dem Organ auferlegt werden.

338 HUNGERBÜHLER, Verwaltungsratspräsident, S. 199.

339 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 44.

*c) Beweislastverteilung beim Verschulden*

Wer die Beweislast für das Verschulden tragen soll, ist umstritten.<sup>340</sup> Diesem Streit dürfte jedoch keine grosse Bedeutung zukommen. Denn ist die Pflichtverletzung von der klagenden Partei nachgewiesen, so ist es aufgrund des objektivierten Verschuldensmassstabes beinahe unmöglich, dass sich die beklagte Partei entlasten kann.<sup>341</sup> Mit anderen Worten impliziert pflichtwidriges Verhalten das Vorliegen des Verschuldens im Sinne einer natürlichen Vermutung<sup>342</sup>: Eine vernünftig und korrekt handelnde Drittperson mit denselben Kenntnissen wie der Verantwortliche, die als Massstab für das Vorliegen des Verschuldens verwendet wird, handelt mit der den Umständen angepassten Sorgfalt und vermeidet auf diese Weise Pflichtverletzungen. Aufgrund dieses objektivierten Verschuldensmassstabes finden subjektive Elemente, die ein Verhalten entschuldbar erscheinen lassen könnten, bei den Gerichten kein Gehör.<sup>343</sup> Vielmehr liegt in diesen Fällen meist ein so genanntes Übernahmeverschulden vor. Folge dieser natürlichen Vermutung ist die Umkehr der Beweislast, denn die Vermutung des Verschuldens besteht solange, als sie nicht entkräftet wird. Da rechtsaufhebende Tatsachen von derjenigen Partei zu beweisen sind, die das Vorliegen einer bewiesenen oder vermuteten Tatsache bestreiten, obliegt es somit dem beklagten Organ, die Vermutung umzustossen.<sup>344</sup>

*d) Beweismass*

Während beim Kausalzusammenhang der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs genügt, müssen die übrigen Voraussetzungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden.<sup>345</sup>

---

340 BÄRTSCHLI, Verantwortlichkeit, S. 306 f.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 35; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 136b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 35 ff. Die Beweislastverteilung ist abhängig davon, welcher Rechtsnatur der Anspruch ist. Ist er vertraglicher Natur, wird das Verschulden vermutet. Bei deliktischer Natur muss es hingegen vom Kläger bewiesen werden.

341 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 430 ff.

342 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 136b; zum Begriff: VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 10 N 50 ff.; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 322; BERTSCHINGER, Wirtschaftsprüfer, S. 1247 ff., S. 1249.

343 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 429 f.

344 GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 325.

345 VOCK, Fragen, S. 133 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 10 N 23a ff.

#### 4. Kosten des Verfahrens

Die Verfahrenskosten richten sich im Allgemeinen nach der Höhe des Streitwertes,<sup>346</sup> was bei der Durchsetzung des Gesellschaftsschadens ausser Konkurs problematisch ist.<sup>347</sup> Da sich der Streitwert nach dem eingeklagten Gesamtschaden bemisst – und nicht etwa nach der auf den klagenden Aktionär entfallenden Quote –, sind die Kosten eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses in der Regel hoch.<sup>348</sup> Dieses Kostenrisiko schreckt potentielle Kläger ab.<sup>349</sup> Denn im Falle eines Prozessverlusts hätte dieser klagende Aktionär die hohen Verfahrenskosten alleine zu tragen.<sup>350</sup> Auf der anderen Seite profitieren alle Aktionäre von seinem Prozessgewinn, weil die Schadenersatzleistung an die Gesellschaft geht, womit der mittelbare Schaden aller Aktionäre ausgeglichen wird.

Diese Grundregel der Kostenverteilung erschwert den Zugang zu den Gerichten erheblich, so dass viele Aktionäre resignieren. Eine Rechtsordnung würde an Effizienz verlieren, wenn bestehende materielle Ansprüche nicht durchgesetzt werden und infolgedessen eine Fehlallokation von Rechten stattfindet. Das geltende Recht begegnet diesem Problem mit der Regelung von Art. 756 Abs. 2 OR, wonach der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilen kann, wenn ein begründeter Anlass für die Klage bestand.<sup>351</sup> Ein Grund für diese Regelung besteht darin, dass es sich bei der Klage aus indirekter Schädigung um eine Prozessstandschaft handelt, weil der Kläger nur auf Zahlung an die Gesellschaft klagen kann.<sup>352</sup> Art. 756 Abs. 2 OR ist das prozessrechtliche Pendant zu Art. 422 OR, der einem Geschäftsführer

---

346 VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 11 N 21 f.; HOHL, Procédure, N 1942 ff. Die Kantone legen die Tarife fest.

347 Bei der Geltendmachung des unmittelbaren Schadens stellt sich dieses Problem nicht oder zumindest nicht in diesem Ausmass, erstens weil der Schaden in der Regel nicht so gross ist und zweitens weil der Aktionär auf Leistung an sich selbst klagen und somit voll vom Prozessgewinn profitieren kann.

348 Der Streitwert bemisst sich in der Regel gemäss dem gestellten Rechtsbegehren, vgl. § 18 ZPO ZH. Vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 109 ff.

349 Die Kosten werden in der Regel nach dem Masse des Unterliegens bzw. Obsiegens auf die Parteien verteilt. Vgl. zur Kostenverteilung: § 64 Abs. 2 ZPO ZH (Gerichtskosten), § 68 ZPO ZH (Parteikosten, Prozessentschädigung). Eine Ausnahme bildet z.B. Art. 706a Abs. 3 OR bei Abweisung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage.

350 VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 11 N 24: Vereinbarungen der Parteien über die Kostentragung sind für das Gericht nicht verbindlich.

351 Vgl. auch Art. 706a Abs. 3 OR für die Anfechtungsklage, bei der allerdings gegen die Gesellschaft selbst geklagt wird.

352 HOHL, Procédure, N 1993; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 232. Zur Prozessstandschaft siehe unten III.B.1.a)(2).

ohne Auftrag (i.c. der Aktionär) einen Anspruch auf Ersatz aller Aufwendungen einräumt, die er im Interesse des Geschäftsherrn (Gesellschaft) getätigt hat.<sup>353</sup> Mit dieser Regelung wird das Kostenrisiko des klagenden Aktionärs zwar verringert, es bleibt aber trotzdem bestehen – insbesondere die Ungewissheit über die Kostenverteilung dürfte manchen Aktionär von einer Klage abhalten. Kostenmindernd wirkt sich Art. 759 Abs. 2 OR aus: Der Kläger kann statt mehrfach nur einmal zur Kasse gebeten werden.<sup>354</sup> Diese Konsequenz leitet sich aus dem Wort «gemeinsam» ab und nicht etwa aus der Einklagung der Beklagten als einfache Streitgenossen. Denn nach den prozessrechtlichen Regeln trägt der Kläger das Kostenrisiko gegenüber jedem einzelnen Beklagten, auch wenn diese als einfache Streitgenossen eingeklagt worden sind.<sup>355</sup> Unter geltendem Recht ist die Herausbildung einer klaren Praxis der Kostenverteilung zu wünschen, die ausser im Fall einer aussichtslosen Klage die Verteilung der nicht vom Beklagten zu tragenden Kosten auf den Kläger und die Gesellschaft im Verhältnis der Beteiligung des Klägers an der Gesellschaft vorsehen würde.<sup>356</sup>

## **B. Durchsetzung**

Für die Durchsetzung ist die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden von Bedeutung. Denn laut Marginalie «Schaden der Gesellschaft» gelangt die Sonderordnung von Art. 756 f. OR nur zur Anwendung, wenn die Gesellschaft ihren Anspruch selbst durchsetzt oder wenn Aktionäre oder Gläubiger (letztere nur im Konkurs) Ersatz für ihren «mittelbaren» (indirekten) Schaden geltend machen. Auf Ansprüche aus unmittelbarer (direkter) Schädigung sind Art. 756 f. OR jedoch nicht anwendbar.

### **1. Schaden der Gesellschaft (Art. 756 f. OR)**

Wie die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend zu machen sind, hängt davon ab, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht.

---

353 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 235.

354 HOHL, Procédure, N 1994; VOGEL, Verantwortlichkeitsprozess, S. 146 ff., S. 148; BGE 125 III 138; 122 III 324.

355 BGE 122 III 324; besprochen von VOGEL, S. 146 ff., S. 148.

356 Vgl. den Vorschlag von GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 176 f.

a) *Ausser Konkurs (Art. 756 OR)*

(1) Klage der Gesellschaft gegen ihr eigenes Organmitglied

Bei Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen ist die Aktiengesellschaft anspruchsberechtigt.<sup>357</sup> Sie kann ihren Schadenersatzanspruch selbständig geltend machen. Dabei handeln ihre geschäftsführenden Organe für sie. Unter Handeln ist dabei sowohl die Beschlussfassung darüber, ob ein Schadenersatzanspruch geltend zu machen ist, als auch das tatsächliche Auftreten nach Aussen, insbesondere im Prozess, zu verstehen. Insofern handelt es sich um eine typische Kompetenz des Verwaltungsrates.<sup>358</sup> Da die Wahrnehmung dieser Kompetenz in der Regel mit massiven Interessenkonflikten behaftet ist, sieht Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR explizit die Möglichkeit vor, dass die Generalversammlung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage beschliessen kann, wobei ein allfälliges Stimmrechtsprivileg bei der Beschlussfassung nicht zur Anwendung kommen darf.<sup>359</sup> Die tatsächliche Erhebung der Verantwortlichkeitsklage muss in der Folge durch einen nicht betroffenen Verwaltungsrat erfolgen, oder aber der Richter muss der Gesellschaft einen Beistand bestellen.<sup>360</sup> In vielen Fällen dürfte nur dieses Vorgehen die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsklage interessenkonfliktfrei sichern, insbesondere dann, wenn alle Verwaltungsräte eingeklagt werden sollen.

(2) Klage eines Aktionärs gegen Organmitglieder auf Leistung an die Gesellschaft

(a) Gegenstand der Art. 756 f. OR

Um die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft noch besser zu schützen, sieht das Gesetz in Art. 756 Abs. 1 OR – quasi im Sinne einer Ersatzvornahme – zusätzlich eine Klageberechtigung jedes einzelnen Aktionärs vor.<sup>361</sup> Art. 756 f. OR vermitteln u.E. *keine materiellen Ansprüche*, sondern erlauben dem Aktionär lediglich, in Prozessstandschaft den Schaden der Gesellschaft einzuklagen.<sup>362</sup> Dies ergibt eine Auslegung von Art. 756 und

357 BGE 122 III 176, Erw. 7 b); BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, Erw. 2 e) aa).

358 Art. 716 Abs. 2 OR und Art. 718 Abs. 1 OR.

359 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR, N 4; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 171 f.

360 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR, N 4.

361 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 131 f.; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR, N 2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 225.

362 Wie hier BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 226 ff., allerdings nur für Klagen gegen Organmitglieder ausser Konkurs; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 153; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 173; zum aOR vgl. BERTI, Geltendmachung, S. 440, insbesondere S. 442 ff.; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 OR, N 53; a.M. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 41 und 223 ff.

757 OR. Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist nicht eindeutig. Die Marginalie spricht zwar vom «Schaden der Gesellschaft», gleichzeitig ist aber im jeweils ersten Absatz der Artikel von einem Anspruch des Aktionärs die Rede. Der Begriff «Anspruch» steht der Auslegung offen.<sup>363</sup> Im juristisch technischen Sprachgebrauch sind damit eher materielle Ansprüche gemeint.<sup>364</sup> Allerdings ist die Verwendung des Begriffs nicht eindeutig. Die Stellung von Art. 756 f. OR und damit auch der Ort der Verwendung des Begriffes «Anspruch», nämlich im Bereich der Geltendmachung, deuten auf den prozessualen Charakter der Bestimmungen hin. Dieses Ergebnis wird durch die Aufteilung in Regeln zur Geltendmachung ausserhalb und im Konkurs noch unterstützt. Es handelt sich primär um die verfahrensmässige Durchsetzung und nicht um materiellrechtliche Aspekte, die in Art. 756 f. OR geregelt werden. Ausserdem enthalten Art. 756 f. OR keine Anspruchsvoraussetzungen. Diese sind vielmehr aus Art. 754 Abs. 1 OR zu gewinnen.

Erst wenn feststeht, ob die Gesellschaft einen Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hat, kann danach gefragt werden, wie und unter welchen Bedingungen dieser Anspruch durchgesetzt werden kann. Erlaubt das Gesetz einer anderen Person als der tatsächlich Berechtigten den Anspruch geltend zu machen, spricht man von einer Prozessstandschaft.<sup>365</sup> Der klagende Aktionär tritt zwar als Partei auf, macht aber keinen eigenen Anspruch geltend.<sup>366</sup> Ginge man von einem eigenen Anspruch des Aktionärs aus, liesse sich die «Umwandlung» dieses materiellen Anspruches infolge der Konkursöffnung im Übrigen kaum erklären.<sup>367</sup> Ausserdem könnten mehrere Aktionäre gleichzeitig klagen, ohne dass ihnen die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden könnte.<sup>368</sup> Eine solche Prozessakkumulation widerspricht jedoch der Prozessökonomie.

---

363 Vgl. die Ausführungen zur Rechtsnatur der Klage aus mittelbarer Schädigung in FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 41 ff., freilich mit anderem Ergebnis.

364 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 150 f.

365 Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 150 ff.

366 Ob der mittelbar geschädigte Kläger seinen eigenen Anspruch geltend macht oder nur den Gesellschaftsanspruch durchsetzt, ist umstritten, zeitigt aber erhebliche Auswirkungen, z.B. auf die Einredeordnung (dazu unten). Für einen eigenen materiellen Anspruch der Aktionäre spricht sich KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1283, aus.

367 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 153 f. Das Bundesgericht sah bei Konkurs der Gesellschaft bis anhin alle Ansprüche durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst. Diese Konstruktion ist in ihrer Form abzulehnen, da sie keinen Erkenntnisgewinn vermittelt und zudem dem Konkurs eine Wirkung zukommen lässt, die vollkommen institutsfremd ist. In BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1 scheint das Bundesgericht von dieser Konstruktion abzuweichen. Siehe dazu sogleich III.B.1.b)(2).

368 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 228.

(b) Konsequenzen

Art. 756 Abs. 1 OR räumt also jedem einzelnen Aktionär ein Prozessführungsrecht zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens ein.<sup>369</sup> Dabei kann nur auf «Leistung an die Gesellschaft» geklagt werden. Prozessrechtlich ausgedrückt handelt es sich hierbei, wie bereits mehrfach erwähnt, um eine Prozessstandschaft.<sup>370</sup> Die Annahme einer Prozessstandschaft zieht folgende Konsequenzen nach sich:

- Der Beklagte kann nur Einreden und Einwendungen erheben, die ihm auch zur Verfügung stehen würden, wäre die Gesellschaft selbst in der Rolle der Klägerin. Somit sind alle persönlichen Einreden und Einwendungen des Beklagten gegen den klagenden Aktionär ausgeschlossen.<sup>371</sup>
- Einer Klage, mittels welcher ein anderer Aktionär denselben Schadenersatzanspruch durchzusetzen sucht, steht die Rechtshängigkeit (Litispendenz) entgegen.
- Das Urteil erledigt den Anspruch aus dem Gesellschaftsschaden für alle Klageberechtigten, d.h. für die übrigen Aktionäre und für die Gesellschaft (*res iudicata*).<sup>372</sup>

Nicht klageberechtigt hingegen sind die Gläubiger (Art. 756 Abs. 1 OR).<sup>373</sup> Solange die Gesellschaft aufrecht steht, sind ihre Forderungen gedeckt. Ein Prozessführungsrecht der Gläubiger ist daher nicht notwendig.<sup>374</sup>

(3) Keine Klage des Aktionärs auf Leistung an sich selbst

Die Auslegung von Art. 756 Abs. 1 OR im Sinne der Einräumung eines Prozessführungsrechts der Aktionäre führt dazu, dass Aktionäre aus dem Schaden der Gesellschaft keine Ansprüche auf Leistung an sich selbst ableiten können.

b) *Im Konkurs (Art. 757 OR)*

Neben der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung und dem mittelbar geschädigten Aktionär ist nun auch der Gläubiger zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens berechtigt (Art. 757 Abs. 1 OR).

---

369 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1: «Ausserhalb des Konkurses steht dem Aktionär – nicht aber dem Gesellschaftsgläubiger (BGE 117 II 432 Erw. 1b/dd S. 439) – immerhin die Möglichkeit offen, mittels Gesellschaftsklage Schadenersatz für die Gesellschaft einzuklagen (Art. 756 Abs. 1 OR).»

370 Umstritten: BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 226, FN 345.

371 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 187.

372 Vgl. unten III.B.3.b).

373 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.1.

374 Siehe dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 154, FN 784; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 25; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 754, N 15. Vgl. oben I.A.1.d).

(1) Zeitpunkt und gleichgestellte Verfahren

Der Gesetzeswortlaut spricht in Art. 757 OR vom Konkurs. Der Konkursöffnung i.S.v. Art. 171 SchKG sind aber auch andere Verfahren gleichgestellt, in welchen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft festgestellt und die Gläubigergesamtheit organisiert ist.<sup>375</sup> Ein solches Verfahren stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung i.S.v. Art. 317 ff. SchKG dar.<sup>376</sup> Dies gilt auch bei einem Nachlassvertrag mit bloss teilweiser Vermögensabtretung.<sup>377</sup> Nicht unter Art. 757 OR fallen hingegen der Stundungs- und Prozentvergleich (ordentlicher Nachlassvertrag, Art. 314 ff. SchKG),<sup>378</sup> sowie der Konkursaufschub nach Art. 725a OR.<sup>379</sup>

(2) Einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit

Seit BGE 117 II 432 geht das Bundesgericht bei der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden im Konkurs von einem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit aus, der den Gesellschaftsanspruch ablöst.<sup>380</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichts beschlägt vor allem die Einredeordnung,<sup>381</sup> Fehlbare Organe können unter dieser Gesetzesauslegung nur noch Einreden geltend machen, die ihnen gegenüber der Gläubigergesamtheit zustehen.<sup>382</sup>

Die Begründung und vor allem die Notwendigkeit dieser Praxis sind aber fraglich.<sup>383</sup> Eine Ablösung eines Anspruchs durch einen anderen impliziert den Untergang des ersten, an dessen Stelle der ablösende zweite Anspruch tritt. Die Konkursöffnung ändert einiges, was die Durchsetzung der Ansprüche betrifft, der Bestand der Forderungen wird jedoch nicht tangiert. Eine wesent-

---

375 Dies wohl die Kriterien der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Vgl. BGE 122 III 166, Erw. 3b/bb).

376 Noch zum alten Recht BGE 122 III 166; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 173 f.

377 BGE 122 III 172 und 174; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 174. Im Unterschied zum Nachlassvertrag mit Abtretung aller Vermögenswerte ist beim Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung allerdings nicht von einer vermutungsweisen Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche auszugehen. Vgl. dazu BGE 122 III 183 ff., insbesondere 187; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 174.

378 Siehe BGE 122 III 171; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 175; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 283 ff.

379 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 283.

380 Bestätigt in BGE 122 III 166; 122 III 176; BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, Erw. 2 e/aa); BGE 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, Erw. 3.3.

381 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757, N 28; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 185 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 297; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 13 und 18.

382 BGE 117 II 432, Erw. 1b/gg).

383 A.M. CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 18; gl.M. wie hier GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 180 f.

liche gesetzliche Modifikation ist, dass zuerst die Konkursverwaltung zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens aktivlegitimiert ist. Diese Modifikation folgt bereits aus den allgemeinen konkursrechtlichen Prinzipien, wonach Forderungen der Gesellschaft einheitlich und gesamthaft durchgesetzt werden sollen.<sup>384</sup> Einen Anspruch der Gläubigergesamtheit braucht es dafür nicht. Dass bei Verzicht der Konkursverwaltung die Gläubiger bzw. Aktionäre den Gesellschaftsschaden geltend machen können, stellt ebenfalls keine Besonderheit dar, insofern als Art. 757 Abs. 2 OR die Regelung von Art. 260 SchKG mit einer Modifikation für die Aktionäre kopiert. Hier sei erwähnt, dass der Verweis auf Art. 260 SchKG als gesetzgeberisches Versehen verstanden werden muss.<sup>385</sup> Art. 757 Abs. 2 OR enthält bereits eine umfassende Regelung bezüglich der Klagelegitimationsordnung und der Verteilung des Prozesserrlöses.<sup>386</sup> In dieser Hinsicht ist der Biber-Entscheid folgerichtig. Dem Konkurs werden keine Wirkungen im Bereich des materiellen Rechts zugeschrieben. Die Anwendung der modifizierten Schutzzwecktheorie hat nur noch Konsequenzen für die Durchsetzung, nicht aber für den Bestand der Ansprüche. Mit dem Konkurs verändert sich daher lediglich die Lage beim Prozessführungsrecht, das primär der Konkursverwaltung und erst in der Folge den Gläubigern und Aktionären zusteht.<sup>387</sup>

Geht man davon aus, dass es sich bei den Fällen von Art. 757 OR um eine prozessstandschaftliche Geltendmachung der Gesellschaftsansprüche handelt, entfallen persönliche Einreden gegen den Kläger von Anfang an.<sup>388</sup> Insofern besteht hier kein Unterschied zur Praxis des Bundesgerichts bzw. dem Konzept des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit.

Wie steht es nun mit den Einreden, die der verantwortlichen Person gegenüber der Gesellschaft zustehen würden?<sup>389</sup> Handelt ein Kläger in Prozessstandschaft, so muss er sich gefallen lassen, dass ihm die Einreden gegen den materiell Berechtigten entgegenhalten werden.<sup>390</sup> Dem Organ muss folglich gestattet sein, Einreden gegen den in Prozessstandschaft handelnden Aktionär oder Gläubiger geltend zu machen, die sich gegen die Gesellschaft richten.<sup>391</sup> Von Bedeutung ist hier insbesondere der Entlastungsbeschluss. Dieser führt nicht zum Untergang jeglicher Schadenersatzforderungen, sondern hindert lediglich die vorgängig zustimmende und im Nachhinein *klagende Partei* an

---

384 Statt vieler AMONN/WALTHER, Grundriss, § 2 N 2 und § 35 N 1 ff.

385 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR, N 36; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 37.

386 Siehe dazu BGE 4C.263/2004, Erw. 1.2.

387 Vgl. dazu CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 19 und 24.

388 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 183; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 12.

389 Vgl. hierzu CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 18.

390 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 183.

391 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 187; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 12 und 18.

der Durchsetzung ihres Begehrens.<sup>392</sup> Es ist daher folgerichtig, dass dem Entlastungsbeschluss nicht zustimmende Aktionäre und Gläubiger, die in dieser Sache überhaupt gar nicht mitbestimmen, von einem solchen Beschluss nicht berührt werden. Ihnen kann der Entlastungsbeschluss nicht entgegengehalten werden, auch wenn die materiell berechnete Gesellschaft durch einen entsprechenden Beschluss gebunden ist.

Dies steht nicht im Widerspruch zur prozessstandschaftlichen Geltendmachung des Gesellschaftsschadens, sondern ergibt sich aus der Auslegung von Art. 758 Abs. 1 OR. Auch dieser Artikel steht unter der Marginalie «Schaden der Gesellschaft». Obwohl die Gesellschaft durch einen Entlastungsbeschluss daran gehindert wird, ihren Schaden klageweise zum Ausgleich zu bringen, wird Aktionären, welche dem Beschluss nicht zugestimmt haben, die Durchsetzung nicht verwehrt. Nota bene handelt es sich bei einer solchen Klage immer noch um den Schaden der Gesellschaft, wie es die Marginalie von Art. 756 ff. OR klar zum Ausdruck bringt. Art. 758 OR will somit primär widersprüchliches Verhalten mittels Einredegewährung unterbinden, nicht jedoch den Ausgleich eines Gesellschaftsschadens *per se* verhindern. Sieht man im Entlastungsbeschluss lediglich den Verzicht auf ein Prozessführungsrecht, ist daher auch im Konkurs die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen durch Gläubiger möglich, obwohl bezüglich eines bestimmten Verhaltens Décharge erteilt wurde.<sup>393</sup> Auch die anderweitige Zustimmung der Gesellschaft zu schädigendem Verhalten ihrer Organe kann immer nur *ad personam* Einreden gewähren, wobei die Gültigkeit einer solchen Zustimmung von Fall zu Fall zu überprüfen ist.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist damit im Ergebnis beinahe äquivalent nachgezeichnet, ohne dass es der Bemühung eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit bedarf.<sup>394</sup> Bereits unter dem geltenden Regime des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit können die Verantwortlichen ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft mit den Verantwortlichkeitsansprüchen zur Verrechnung bringen.<sup>395</sup> Auch aus dieser Konstellation lässt sich folglich nichts für die Theorie eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit herleiten. Insofern als bei Vorliegen eines kollektiven Schadens eine kollektive und einheitlich geregelte Durchsetzung der Ansprüche sichergestellt werden soll, war die bisherige Praxis des Bundesgerichts aber nachvollziehbar. Anzumerken bleibt, dass sich das Bundes-

392 So auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 452. A.M. offenbar CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 18.

393 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 188 ff. G.L.M. BACHMANN, Konkurs, S. 499 ff., S. 502 ff.

394 A.M. CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 18, welcher dem Entlastungsbeschluss u.E. zu weitreichende Konsequenzen zuschreibt.

395 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR, N 30; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 22.

gericht mit dem Biber-Entscheid eventuell vom Konzept der Ansprüche der Gläubigergesamtheit entfernt.<sup>396</sup> Neuerdings spricht es wieder von Ansprüchen der Gesellschaft, die nach Konkurseröffnung zuerst durch den Konkursverwalter durchzusetzen sind. Diese Formulierung wurde in BGE 117 II 432<sup>397</sup> und BGE 122 III 176<sup>398</sup> zugunsten der Ansprüche der Gläubigergesamtheit fallengelassen. Sofern das Bundesgericht sie nun wieder aufgreift, kann allenfalls von einer Aufgabe der Raschein-Praxis ausgegangen werden, wobei bezüglich dieser Interpretation des Entscheids grösste Vorsicht geboten ist.<sup>399</sup>

## 2. Unmittelbarer Schaden der Aktionäre bzw. der Gläubiger

Ist der Aktionär oder der Gläubiger unabhängig von einem Gesellschaftschaden geschädigt, stehen ihm selbständige Schadenersatzansprüche gegen die Verantwortlichen zu.<sup>400</sup>

Da Art. 756 f. OR aufgrund der Marginalie nicht anwendbar sind, können erstens die Gläubiger die Pflichtverletzung schon vor Konkurseröffnung geltend machen, zweitens die klagenden Aktionäre oder Gläubiger Leistung an sich selbst verlangen und drittens die Aktionäre und Gläubiger auch im Konkursfall selbständig vorgehen.<sup>401</sup> Diese Ordnung im Bereich der Durchsetzung von unmittelbaren Aktionärs- und Gläubigerschäden wird durch den Biber-Entscheid verändert. Entsprechende Ansprüche sollen einer Durchsetzungssperre unterworfen sein, sofern die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist und selber direkt geschädigt wurde.<sup>402</sup> Diese Auffassung kann, wie erwähnt, nicht geteilt werden.<sup>403</sup>

---

396 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR, N 12 sprechen sich aus Gründen der Rechtssicherheit gegen eine Aufgabe dieser Rechtsprechung aus.

397 BGE 117 II 432, Erw. 1b/ee).

398 BGE 122 III 176, Erw. 7a: «Nach der neuen Rechtsprechung wird hingegen der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft mit der Konkurseröffnung abgelöst durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit.»

399 Vgl. dazu bereits II.A.3. Siehe dazu insbesondere die Ausführungen von CORBOZ, Note, S. 392, und CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 18.

400 BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 154 f. Zum Begriff des unmittelbaren Schadens vgl. oben I.A.1.d).

401 BGE 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, Erw. 3.3.; BGE 127 III 374, Erw. 3 a); BGE 122 III 176, Erw. 7a.

402 BGE 131 III 306, Erw. 3.1.2.

403 Siehe eingehend dazu oben I.A.1.d)(5).

### 3. Wirkungen des Urteils<sup>404</sup> und Streitgenossenschaft

Damit ein in einem Verantwortlichkeitsprozess ergangenes Urteil den Rechtsfrieden wiederherzustellen vermag, muss es endgültig und verbindlich sein oder, anders gesagt, formell und materiell rechtskräftig werden.<sup>405</sup> Zu beachten ist, dass die Rechtskraft nur zwischen den Prozessparteien besteht; am Verfahren nicht beteiligte Personen können weiterhin klagen bzw. beklagt werden.<sup>406</sup> Diese Grundregel bedarf der Konkretisierung und Differenzierung für den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess.

#### a) Wirkung von Urteilen über unmittelbaren Schaden

Entscheide über unmittelbaren Schaden wirken nur zwischen den Parteien (Aktionär bzw. Gläubiger und Organmitglied), weil der Kläger Ersatz für einen Schaden verlangt, der ausschliesslich ihm in diesem Ausmass widerfahren ist.<sup>407</sup>

#### b) Wirkung von Urteilen über «Gesellschaftsschaden» (mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern)

Geht die Gesellschaft selbst (ausser Konkurs) oder die Konkursverwaltung an ihrer Stelle (im Konkurs) gegen ihre Organmitglieder vor, sind mit dem rechtskräftigen Urteil alle Ansprüche der Gesellschaft erledigt.<sup>408</sup> Da ein entstandener Schaden nur einmal zu ersetzen ist, wirkt das Urteil auch gegenüber Aktionären und Gläubigern bindend, allerdings nur hinsichtlich des mittelbaren Schadens.<sup>409</sup>

Nach der hier vertretenen Meinung setzen die klagenden Aktionäre und Gläubiger in Prozessstandschaft<sup>410</sup> einen Anspruch der Gesellschaft durch.<sup>411</sup>

---

404 Angesprochen sind Entscheide in der Sache und nicht Prozessentscheide, vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 7 N 95 ff.

405 Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 8 N 59 ff. Siehe dazu auch I.A.3.a).

406 VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 8 N 59.

407 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 468; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 145; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 333; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR, N 29; CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 47.

408 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 465 ff.; REITER, Probleme, S. 198. Die Rechtskraft erstreckt sich auf alle materiell Berechtigten.

409 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 468. Nach BÖCKLI haben Urteile bezüglich Klagen aus mittelbarer Schädigung auf Klagen aus unmittelbarer Schädigung ausser Konkurs keine bindende Wirkung, nach Konkurseröffnung hingegen schon.

410 Vgl. dazu oben III.B.1.

411 Zu den unterschiedlichen Theorien siehe BSK-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR, N 8 ff.

Das Urteil bezüglich des Gesellschaftsanspruches wirkt deshalb – wie eine Klage der Gesellschaft selbst – für alle möglichen Kläger verbindlich (*res iudicata*).<sup>412</sup> Es besteht das Risiko einer missbräuchlichen Klageerhebung. Organe könnten versucht sein, Ansprüche gegen sie auszuräumen, indem sie einen Aktionär oder die Gesellschaft gegen sich klagen lassen und dabei wesentlich nur ungenügend prozessieren. Dieses Problem ist über das Institut der Klageidentität und das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot zu lösen.<sup>413</sup>

### c) Vergleich

Die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs sind grundsätzlich denjenigen eines Urteils gleichgestellt.<sup>414</sup> Es stellt sich daher lediglich die Frage, ob ein Anspruch der Gesellschaft oder aber ein Anspruch von Aktionären oder Gläubigern mittels Vergleich erledigt wird. In den letzten beiden Fällen ergeben sich daraus keine Probleme. Im Fall, da die Gesellschaftsansprüche mittels Vergleich erledigt werden, stellt sich die Frage, wie mit der potentiellen Ausnützung der Prozessstandschaft durch Aktionäre und Gläubiger umgegangen werden soll. Im Konkurs stellt sich diese Frage nicht, da vorab der Konkursverwaltung das Klagerecht für die Gesellschaft zusteht.<sup>415</sup> Ausserhalb des Konkurses sind diese Fälle mittels Anwendung der Grundsätze, wie sie bei Interessenkonflikten gelten, zu lösen. Handelt ein Verwaltungsrat als Aktionär in eigener Sache einen Vergleich aus, der einen Verantwortlichkeitsanspruch gegen ihn selbst betrifft, so ist dieser Vergleich vermutungsweise ungültig.<sup>416</sup> Die in der Lehre erwähnte Möglichkeit, die Gesellschaft oder andere in Prozessstandschaft für sie handelnde Personen könnten sich darauf berufen, es sei nur ein Teil des Schadens eingeklagt worden, muss in der Praxis die prozesuale Hürde der *res iudicata* nehmen.

### d) Streitgenossenschaft<sup>417</sup>

Die Frage nach einer allfälligen Streitgenossenschaft ist vor allem im Hinblick auf die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens durch Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger von Bedeutung. Eine notwendige Streitgenossen-

---

412 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 228, 467.

413 CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 49.

414 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 464.

415 CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 48 f.

416 CORBOZ, Com-Art. 757 OR, N 49.

417 Streitgenossenschaft als Oberbegriff umfasst die Fälle, in denen eine Mehrheit von Personen auf Kläger- oder Beklagtenseite stehen. Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 5 N 46.

schaft<sup>418</sup> besteht in diesen Fällen nicht, da das Gesetz selber die unabhängige Geltendmachung des Gesellschaftsschadens durch die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger vorsieht.<sup>419</sup> Allerdings liegt eine echte einfache Streitgenossenschaft<sup>420</sup> vor, insofern dass widersprüchliche Urteile aufgrund des engen Sachzusammenhangs vermieden werden müssen.<sup>421</sup> Anderes gilt jedoch nach h.L. dann, wenn ein Verantwortlichkeitsanspruch nach Art. 260 SchKG von der Konkursverwaltung an mehrere Gläubiger abgetreten wird. Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG machen in Prozessstandschaft einen Anspruch der Masse geltend, über den nur einheitlich entschieden werden kann. Deshalb müssen sie in notwendiger Streitgenossenschaft auftreten.<sup>422</sup> Es ist allerdings fraglich, ob für eine Abtretung nach Art. 260 SchKG überhaupt noch Raum bleibt, regeln Art. 757 Abs. 1 und 2 OR diese Frage doch abschliessend. Der Verweis in Art. 757 Abs. 3 OR erscheint folglich als ein gesetzgeberisches Versehen und ist bedeutungslos.<sup>423</sup>

Mehrere Verantwortliche können als einfache Streitgenossen eingeklagt werden, da die Voraussetzungen dafür (gleiche Zuständigkeit<sup>424</sup>; gleiche Verfahrensart<sup>425</sup>; innerer Zusammenhang der Klagen<sup>426</sup>) üblicherweise gegeben sind. Der Kläger trägt in diesem Fall aber das Kostenrisiko gegenüber jedem einzelnen Beklagten. Dem kann durch Einklagung eines Gesamtschadens nach Art. 759 Abs. 2 OR entgegengetreten werden.<sup>427</sup> Dieses Vorgehen ist jedoch freiwillig.

---

418 Von notwendiger Streitgenossenschaft wird gesprochen, wenn mehrere Personen als Kläger gemeinsam auftreten oder als Beklagte gemeinsam belangt werden müssen. Der Rechtsgrund für eine notwendige Streitgenossenschaft liegt dabei im materiellen Recht. Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 5 N 47 f.

419 A.M. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 146, der eine enge Verwandtschaft mit der Konstellation mehrerer Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG sieht.

420 Zur echten einfachen Streitgenossenschaft vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 5 N 61.

421 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 28. A.M. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 146.

422 Statt vieler VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 5 N 40, 55c.

423 Vgl. die Darstellung bei BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 168 ff.

424 Nach Art. 7 Abs. 1 GestG ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig.

425 SPÜHLER/VOCK, GestG, Art. 7, N 3.

426 VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 5 N 60.

427 Vgl. oben II.C.4.d); BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 123; BGE 122 III 324.

#### 4. Verjährung

Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjähren nach Massgabe von Artikel 760 OR.<sup>428</sup> Das Gesetz unterscheidet zwischen einer absoluten zehnjährigen und einer relativen fünfjährigen Verjährungsfrist, wobei beide Fristen unterbrochen werden können.<sup>429</sup> Die absolute Verjährungsfrist beginnt am Tage der schädigenden Handlung.<sup>430</sup> Bei fortgesetzten Handlungen beginnt die Frist im Moment, da die letzte Handlung abgeschlossen ist.<sup>431</sup> Im Gegensatz dazu beginnt die relative Verjährungsfrist im Zeitpunkt, in dem ausreichende Kenntnis sowohl des Schadens als auch der Ersatzpflichtigen besteht.<sup>432</sup> Das Wissen muss so konkret sein, dass die Erhebung einer substantiierten Klage möglich ist.<sup>433</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beginnt für die Konkursverwaltung die Frist mit deren Bestellung zu laufen,<sup>434</sup> für die Gläubiger und wohl auch für die Aktionäre, welche einen mittelbaren Schaden geltend machen, erst mit Auflage des Kollokationsplans und des Inventars.<sup>435</sup>

---

428 Vgl. dazu BSK-WIDMER-BANZ, Art. 760 OR, N 1 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 327 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 469 ff.

429 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 2.

430 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 471.

431 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 4.

432 BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 5; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 469.

433 BGE 116 II 158, Erw. 4; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 5; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 469.

434 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 149.

435 BGE 122 III 195, Erw. 9c; BGE 116 II 158, Erw. 4a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 N 149; BSK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 5; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 470.

## IV. Fazit

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit muss in den Augen der Öffentlichkeit vieles leisten, was sie letztlich nicht erreichen kann. Weder kann sie den wirtschaftlichen Erfolg einer Unternehmung garantieren,<sup>436</sup> noch will und soll sie das wirtschaftliche Scheitern *per se* sanktionieren.<sup>437</sup> Es ist daher aus rechtspolitischer Sicht umso wichtiger, dass einfache und klare Regeln den Erwartungsdruck und damit das Potential für Enttäuschungen minimieren.<sup>438</sup> Nur wenn klar ist, was die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in ihrem funktionalen Kontext zu leisten vermag, wird sie als sinnvolles Instrument im Rahmen der allgemeinen Bestrebungen um eine gute *Corporate Governance* ihren Platz finden. Weniger Haftungspotential aber dafür mehr tatsächliche Verantwortlichkeit wäre aus rechtlicher Sicht wohl in vielen Fällen als ein Plus zu werten. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Überspannung der Sorgfaltspflicht hervorzuheben. Eine vernünftige Fassung der *Business Judgment Rule* muss zum Ziel haben, diese abzubauen. Die damit einhergehende Vereinfachung der Rechtslage würde der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gut anstehen. Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich mittelbarer/unmittelbarer Schaden, muss festgestellt werden, dass sie nicht auf dieser Linie liegt. Zu kompliziert und letztlich ohne Rechtsgrundlage bleibt sie hinter dem zu fordernden Standard zurück. Eine der Funktion des Schadensausgleichs gerecht werdende Regelung ist u.E. weiterhin ausstehend.

Als Resultat der vorliegenden Untersuchung lassen sich drei wesentliche Erkenntnisse thesenartig festhalten:

1. Ob ein mittelbarer oder ein unmittelbarer Schaden vorliegt, ist im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unabhängig von der verletzten Schutznorm zu bestimmen:
  - Mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern liegt immer dann vor, wenn die gleiche Pflichtverletzung neben dem Schaden der Aktionäre und Gläubiger auch zu einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens geführt hat und der Schaden der Gesellschaft nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit nicht auch der Schaden im Vermögen der Aktionäre oder Gläubiger entfallen würde.

---

436 Vgl. dazu I.A.1. und II.: Schadensausgleich nach Massgabe des Gesetzes, d.h. bei Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen, und nicht Versicherung des unternehmerischen Risikos ist die primäre Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

437 Vgl. dazu I.A.2.

438 Vgl. dazu I.A.3.

- Ist der Schaden des Aktionärs oder Gläubigers aber unabhängig vom Gesellschaftsvermögen entstanden, ist der Gesellschaftsschaden also *nicht conditio sine qua non* für den Schaden der Aktionäre oder Gläubiger, so liegt ein unmittelbarer Schaden vor.
  - Die Durchsetzungssperre ist unnötig und verletzt ohne gesetzliche Grundlage das Prinzip des Schadensausgleichs. Es liegt keine echte Gesetzeslücke vor.
2. Art. 756 f. OR sind so zu verstehen, dass sie die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft durch Aktionäre und Gläubiger in *Prozessstandschaft* vorsehen. Eine konsequente Beachtung der sich daraus ergebenden Folgen und eine darauf ausgerichtete Auslegung von Art. 758 OR lassen die Theorie eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit obsolet werden.
  3. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht zur Deckung des unternehmerischen Risikos, sondern primär für den Ausgleich von Schäden konzipiert. Im Hinblick auf den nur vage definierten Sorgfaltspflichtenmassstab ist auf gesetzlicher Stufe ernsthaft die Einführung einer *Business Judgment Rule* zu prüfen. Dabei sind insbesondere die beweisrechtlichen Implikationen bedeutsam. Die Funktion der Verhaltenssteuerung wird durch die gesetzliche Regelung einer *Business Judgment Rule* wesentlich besser erfüllt, als dies bis anhin der Fall ist. Richtig abgefasst fördert sie nämlich die bewusste Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Entscheidungsgrundlagen. Gleichzeitig wird damit risikoaverses Verhalten als Handlungsoption zurückgedrängt.

## Literaturverzeichnis

- ADAMS, MICHAEL, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Auflage, Frankfurt a.M. et al. 2004. (Adams, Theorie)
- AMONN, KURT/WALTHER, FRIDOLIN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7. Auflage, Bern 2003. (Amonn/Walther, Grundriss)
- BACHMANN, PASCAL, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs*, AJP 2003, S. 499 ff. (Bachmann, Konkurs)
- BÄRTSCHI, HARALD, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Diss. Zürich 2001. (Bärtschi, Verantwortlichkeit)
- B EGLINGER, MICHAEL, *Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung im Zivilprozess*, ZBJV 133/1997, S. 589 ff. (Beglinger, Rechtskraft)
- BERTI, STEPHEN V., *Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im Schweizerischen Aktienrecht*, ZSR 1990 I, S. 439 ff. (Berti, Geltendmachung)
- BERTSCHINGER, URS, *Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Zürich 1999. (Bertschinger, Arbeitsteilung)
- BERTSCHINGER, URS, *Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick*, AJP 2004, S. 839 ff. (Bertschinger, Klagen)
- BERTSCHINGER, URS, *Risikoorientierte Prüfung: ein Haftungsrisiko für den Wirtschaftsprüfer? Dokumentation von Vorbereitungen und Durchführung als strategischer Erfolgsfaktor*, ST 2000, S. 1247 ff. (Bertschinger, Wirtschaftsprüfer)
- BÖCKLI, PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Auflage, Zürich 2004. (Böckli, Aktienrecht)
- BREALEY, RICHARD A./MYERS, STEWART C., *Principles of Corporate Finance*, 7. Auflage, Boston 2003. (Brealey/Myers, Principles)
- BREHM, ROLAND, *Berner Kommentar Band VI/1/3/1*, 3. Auflage, Bern 2006. (BK-Brehm)
- BÜHLER, ALFRED/EDELMANN, ANDREAS/KILLER, ALBERT, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, Aarau 1998. (Bühler/Edelmann/Killer)
- BÜRGI, WOLFHART F./NORDMANN-ZIMMERMANN, URSULA, *Zürcher Kommentar Teilband V 5b/3*, Zürich 1979. (ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann)
- CAMONOVO, RICO A., *Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel der Rechtsprechung und Literatur*, ST 2004, S. 71 ff. (Camponovo, Spiegel)
- CORBOZ, BERNARD, *La responsabilité des organes en droit de société – Commentaire des articles 752–761, 827 et 916–920 du Code des obligations*, Basel 2005. (Corboz, Com-Art.)

- CORBOZ, BERNARD, Note sur la Qualité pour agir en responsabilité contre un administrateur ou un réviseur, SJ 2005, S. 390 ff. (Corboz, Note)
- DAENIKER, DANIEL, Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung (in-demnification) von Organpersonen, in: von der Crone, Hans Caspar/Weber, Rolf H./Zäch, Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Zürich 2003, S. 523 ff. (Daeniker, Versicherung)
- DIEZI, ALFRED, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1982. (Diezi, Versicherbarkeit)
- DOBLER, SARAH/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 5/2005, S. 211 ff. (Dobler/von der Crone, Aktivlegitimation)
- DRUEY, JEAN NICOLAS, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste?, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 1 ff. (Druey, Organfreiheit)
- DÜRR, DAVID, Art. 1 ZGB, Zürcher Kommentar Einleitung 1. Teilband Art. 1–7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998. (ZK-Dürr)
- EASTERBROOK, FRANK H./FISCHEL, DANIEL R., The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge 1991. (Easterbrook/Fischel, Structure)
- FAMA, EUGENE F., Agency Problems and the Theory of the Firm, in: Journal of Political Economy 88 (1980), S. 288 ff. (Fama, Agency)
- FELLMANN, WALTER, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SJZ 91 (1995), S. 41 ff. (Fellmann, Selbstverantwortung)
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996. (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht)
- FORSTMOSER, PETER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987. (Forstmoser, Verantwortlichkeit)
- FORSTMOSER, PETER, Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003. (Forstmoser, Einführung)
- FORSTMOSER, PETER/SPADIN, MARCO, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, SJZ 101 (2005), S. 499 ff. (Forstmoser/Spadin, Entwicklungen)
- FORSTMOSER, PETER/SPRECHER, THOMAS/TÖNDURY, GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005. (Forstmoser/Sprecher/Töndury, Haftung)
- GAUCH, PETER/AEPLI, VIKTOR/STÖCKLI, HUBERT, Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 5. Auflage, Zürich 2002. (Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch)
- GEHRI, MYRIAM, Wirtschaftsrechtliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2002. (Gehri, Zuständigkeiten)
- GLANZMANN, LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR 2000 I, S. 135 ff. (Glanzmann, Verantwortlichkeitsklage)

- GLASL, DANIEL, Fall «Biber» – Unmittelbarer Aktionärsschaden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ST 2005, S. 692 ff. (Glasl, Aktionärsschaden)
- GLASL, DANIEL, Praxisänderung zu Schaden und Aktivlegitimation in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Jusletter vom 27. Juni 2005. (Glasl, Praxisänderung)
- GRASS, ANDREA R., Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998, SSHW Band 186. (Grass, Business Judgment Rule)
- GRASS, ANDREA R., Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 1/2000, S. 1 ff. (Grass, Richter)
- GULDENER, MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979. (Guldener, Zivilprozessrecht)
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005. (Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht)
- HIRSCH, ALAIN, La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, SZW 72/2000, S. 94 ff. (Hirsch, responsabilité)
- HIRSCH, ALAIN, La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs, SZW 71/1999, S. 48 ff. (Hirsch, investisseurs)
- HOHL, FABIENNE, Procédure civile, Tome II, Berne 2002. (Hohl, Procédure)
- HOMBURGER, ERIC, Zürcher Kommentar Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997. (ZK-Homburger)
- HONSELL, HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2005. (Honsell, Haftpflichtrecht)
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER /WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003. (BSK-Bearbeiter)
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002. (BSK-Bearbeiter)
- HUNGERBÜHLER, IVO, Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2003. (Hungerbühler, Verwaltungsratspräsident)
- HÜTTE, KLAUS, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 1998, S. 1294 ff. (Hütte, Versicherbarkeit)
- ISLER, PETER R., Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 1 ff. (Isler, Sorgfalt)

- JENSEN, MICHAEL/MECKLING, WILLIAM H., Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics, 3 (1976), S. 305 ff. (Jensen/Meckling, Theory)
- KELLERHALS, FRANZ/VON WERDT, NICOLAS/GÜNGERICH, ANDREAS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Auflage, Bern 2005. (Bearbeiter, Gerichtsstandsgesetz)
- KOCK, MARTIN/DINKEL RENATE, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 10/2004, S. 441 ff. (Kock/Dinkel, Haftung)
- KUMMER, MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984. (Kummer, Grundriss)
- KUNZ, PETER V., Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP 1998, S. 1267 ff. (Kunz, Haftungsvoraussetzungen)
- LARENZ, KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987. (Larenz, Band I)
- LUHMANN, NIKLAS, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 3. Auflage, Stuttgart 1989. (Luhmann, Vertrauen)
- LUSTENBERGER, THOMAS, Die Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihre Sorgfaltspflichten im englischen und schweizerischen Recht, Bern 1983. (Lustenberger, Verwaltung)
- LUTERBACHER, THIERRY, Haftpflichtversicherung für die Revisionsstelle – Bei Konkursen und Auflösungen von Unternehmungen wird die Frage nach der Verantwortlichkeit gestellt, ST 2004, S. 441 ff. (Luterbacher, Haftpflichtversicherung)
- LUTERBACHER, THIERRY, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 65, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 129 ff. (Luterbacher, Versicherung)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Bern 2004. (Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht)
- MEINHARDT, MARCEL, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, S. 139 ff., in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003. (Meinhardt, Solidarität)
- MÜLLER, GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999. (Müller, Rechtssetzungslehre)
- MÜLLER, ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005. (Müller, Verwaltungsrat)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Basel/Genf/München 2003. (BSK-Bearbeiter)

- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995. (Oftinger/Stark, Band I)
- REETZ, PETER, Justizgrundsätze in der neuen Bundesverfassung, in: Spühler, Karl/Reetz, Peter/Vock, Dominik/Graham-Siegenthaler, Barbara, Neuerungen im Zivilprozessrecht, Zürich 2000, S. 17 ff. (Reetz, Justizgrundsätze)
- REITER, MATTHEW T., Prozessrechtliche Probleme, S. 165 ff., in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003. (Reiter, Probleme)
- REY, HEINZ, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2003. (Rey, Haftpflichtrecht)
- ROBERTO, VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002. (Roberto, Haftpflichtrecht)
- ROTH, KATJA/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Haftung der Revisionsstelle, SZW 5/2003, S. 284 ff. (Roth/von der Crone, Revisionsstelle)
- RUFFNER, MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000. (Ruffner, Grundlagen)
- RUOSS, RETO THOMAS, Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle – Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, S. 43 ff., in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003. (Ruoss, Revisionsstellenhaftung)
- SCHÄFER, HANS-BERND/OTT, CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005. (Schäfer/Ott, Analyse)
- SCHNYDER, ANTON K./LIATOWITSCH, MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2000. (Schnyder/Liatowitsch, Zivilverfahrensrecht)
- SCHWENZER, INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2003. (Schwenzer, Obligationenrecht)
- SPÜHLER, KARL/VOCK, DOMINIK, Gerichtsstandsgesetz (GestG), Zürich 2000. (Spühler/Vock, GestG)
- STUTZ, BETTINA/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, SZW 74/2002, S. 260 ff. (Stutz/von der Crone, Kündigung)
- TERCIER, PIERRE/STOFFEL, WALTER A., Das Gesellschaftsrecht 2004/2005, SZW 6/2005, S. 311 ff. (Tercier/Stoffel, Gesellschaftsrecht)
- THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Basel 2003. (ComR-Bearbeiter)
- UMBACH, PATRICK/ROLF H. WEBER, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, S. 111 ff., in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003. (Umbach/Weber, Schadensberechnung)
- VOCK, DOMINIK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich 2000. (Vock, Fragen)

- VOGEL, OSCAR, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, Art. 759 Abs. 2 OR, SZW 3/1998, S. 146 ff. (Vogel, Verantwortlichkeitsprozess)
- VOGEL, OSKAR/SPÜHLER, KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006. (Vogel/Spühler, Grundriss)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, ZBJV 133/1997, S. 73 ff. (von der Crone, Weg)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW 70/1998, S. 157 ff. (von der Crone, Aktienrecht)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, SSPHW Band 76, Bern 2006, S. 79 ff.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Freiheit und Verantwortung in der Corporate Governance, in: Corporate Governance, Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002, S. 69 ff. (von der Crone, Freiheit)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, S. 2 ff. (von der Crone, Haftung)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Markt und Intervention – Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise, SZW 75/2003, S. 57 ff. (von der Crone, Markt und Intervention)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Strategische Leitung und Qualitätssicherung in der Aktiengesellschaft, SJZ 98 (2002), S. 1 ff. (von der Crone, Qualitätssicherung)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000 I, S. 239 ff. (von der Crone, Anreize und Reputation)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/MAROLDA MARTÍNEZ, LARISSA, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 100 (2004), S. 405 ff. (von der Crone/Carbonara/Marolda Martínez, Führungsorganisation)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/DÉDEYAN, DANIEL/BEYELER, KARIN, Stakeholder im Aktienrecht, ZSR 2003 I, S. 409 ff. (von der Crone/Dédéyan/Beyeler, Stakeholder)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/GERSBACH, ANDREAS/KESSLER, FRANZ J./DIETRICH, MARTIN/BERLINGER, KATJA, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004. (von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/GIANINI, SIMONE, La responsabilità degli organi societari – Pretesa e realtà, in: Commissione ticinese per la formazione

- permanente dei giuristi (Hrsg.), *Temi scelti di diritto societario*, Lugano 2002, S. 53 ff. (von der Crone/Gianini, responsabilità)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/WALTER, MARIA, *Konzernerklärung und Konzernverantwortung*, SZW 73/2001, S. 53 ff. (von der Crone/Walter, Konzernklärung)
- VON IHERING, RUDOLF, *Der Kampf um's Recht*, 16. Auflage, Wien 1906. (von Ihering, Kampf)
- WALTER, HANS PETER, *Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht*, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Bern 2003, S. 73 ff. (Walter, Verantwortlichkeitsrecht)
- WATTER, ROLF/TRUFFER, ROLAND A., *Bemerkungen zu BGE 122 III 166 ff. und 122 III 176 ff.*, AJP 1996, S. 1573 ff. (Watter/Truffer, AJP)
- WEBER, ROLF H./SCHALLER, JEAN-MARC, *Auf dem Weg zu einem neuen kohärenten Finanzmarktrecht in der Schweiz?*, SZW 4/2003, S. 177 ff. (Weber/Schaller, Finanzmarktrecht)
- WEBER, ROLF H., *Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Jusletter vom 24. Oktober 2005. (Weber, Pirouetten)
- ZÄCH, ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005. (Zäch, Kartellrecht)