

## Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?

Von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und MLaw Felix Buff, Universität Zürich\*

*An analysis of the board members' and directors' liability law shows that its present form has significant deficits: Confronting board members with a liability exceeding their individual risk capacity causes risk adversity and a crowding out effect within the pool of potential board members.*

*In the light of these functional deficits, it does not come as a surprise that the track record of the existing liability provisions has been increasingly criticized. As a consequence, this paper makes a de- and reconstructing analysis of the current law. Starting point of the considerations are the three functions of liability law: damage compensation, behavior control as well as atonement and legal peace. Each of these functions is discussed separately.*

*The paper initially highlights that expectations and reality of the board members' and directors' liability*

*law are far apart. With its unlimited liability for any form of breach of duty the current Swiss corporation law provides requirements that cannot be fulfilled. This problem can be solved by limiting board members' and directors' liability to damages caused intentionally or through gross negligence. Therefore, companies should have the possibility to include statutory provisions which exclude liability for cases of slight negligence. This paper shows that such clauses are already permitted by current legislation.*

*Conversely, the liability for gross negligence and willful acts must be enforced effectively. This requires in particular an adequate order of litigation costs. In addition, consistent action against unauthorized withdrawals from the company assets is necessary.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Privatrechtliche Haftpflicht
  - 1. Funktionen der Haftpflicht
  - 2. Leistungsfähigkeit des privaten Haftpflichtrechts
  - 3. Haftpflichtversicherung
- III. Funktionale Defizite der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit
  - 1. Fehlende Kompensation
  - 2. Fehlanreize
  - 3. Uneingelöste Sühneerwartung
- IV. De- und Rekonstruktion
  - 1. Schadensausgleich
  - 2. Verhaltenssteuerung
  - 3. Rechtsfrieden und Sühne
  - 4. Folgerungen

### V. Einzelfragen

- 1. Anwendbarkeit von Art. 100 OR de lege lata
- 2. Moral Hazard
- 3. Bedeutung der wirkungsvollen Durchsetzung
- 4. Bedeutung von Art. 678 OR
- 5. Rechtsvergleichung
- 6. Vergleich mit dem öffentlichen Recht

### VI. Fazit

### I. Einleitung

Neben einigen eher technischen Anpassungen sieht der Vorentwurf zur laufenden Revision des Aktienrechts<sup>1</sup> im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zwei grundsätzlichere Änderungen vor: Einerseits soll die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch ein Institut der Klage auf Kosten der Gesellschaft verbessert werden.<sup>2</sup> Anderer-

<sup>1</sup> Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, Wortlaut und Erläuternder Bericht (Erl. Ber. zum VE-OR 2014) unter <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>> (besucht am 10. August 2015). Artikel des Vorentwurfs werden im Folgenden mit «VE-OR» gekennzeichnet.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Art. 697j f. VE-OR; dazu Erl. Ber. zum VE-OR 2014, 115 ff.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

seits soll die Revisionsstelle auch im Aussenverhältnis nur im Umfang der im Innenverhältnis auf sie entfallenden Quote haften.<sup>3</sup> Beide Postulate zeugen von einem gewissen Unbehagen gegenüber der aktuellen Ordnung. Insbesondere erscheinen ihre Durchsetzung nicht gewährleistet und ihre Konsequenzen im Falle der Revisionsstelle als überzogen.

Diesem Unbehagen soll im Folgenden nachgegangen werden: Wieso vermag die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in ihrer momentanen Ausgestaltung nicht vollends zu überzeugen? Wie könnten allfällige funktionale Defizite beseitigt werden? Oder allgemein gefragt: Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt noch zeitgemäss?<sup>4</sup>

Im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung steht dabei der Sachverhalt des Gesellschaftsschadens. Analysiert werden also insbesondere diejenigen Fälle, in denen die Gesellschaft selbst durch das pflichtwidrige Verhalten ihrer Organe zu Schaden gekommen ist.

## II. Privatrechtliche Haftpflicht

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist ein Anwendungsfall der privatrechtlichen Haftpflicht.<sup>5</sup> Von der klassischen vertraglichen bzw. deliktischen Haftung unterscheidet sie sich vor allem durch die spezifische Regelung zur Klageberechtigung (vgl. Art. 756 f. OR).<sup>6</sup> Die Anspruchsvoraussetzungen

richten sich dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts.<sup>7</sup>

### 1. Funktionen der Haftpflicht

Die privatrechtliche Haftpflicht übt im Wesentlichen drei Funktionen aus: *Erstens* gleicht sie retrospektiv den Schaden aus, der durch ein pflichtwidriges Verhalten verursacht worden ist. *Zweitens* setzt sie prospektiv einen Anreiz zu einem nicht schädigenden Verhalten. *Drittens* sühnt sie die begangene Rechtswidrigkeit und stellt damit den Rechtsfrieden wieder her.<sup>8</sup>

#### 1.1 Schadensausgleich

Auf der ersten Ebene kompensiert das Haftpflichtrecht die Folgen eines pflichtwidrigen Verhaltens durch Einräumung eines Schadenersatzanspruches.<sup>9</sup> Mit der Schadenersatzzahlung soll die geschädigte Person in die wirtschaftliche Lage versetzt werden, in der sie sich befände, wenn sich die verantwortliche Person pflichtgemäss verhalten hätte.

Formal umgesetzt wird diese Kompensationsfunktion in der Differenzhypothese.<sup>10</sup> Der konkrete Schadenersatzanspruch errechnet sich nach der bekannten Formel des Bundesgerichts aus dem Vergleich

<sup>3</sup> Vgl. Art. 759 VE-OR; dazu Erl. Ber. zum VE-OR 2014, 159 ff.

<sup>4</sup> Zu diesen Fragestellungen auch schon *Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch*, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*, Zürich 2012, 83 ff.; *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 2 ff. Nachfolgend werden die dort erläuterten Konzepte weiterentwickelt.

<sup>5</sup> BGer 4A\_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2 (= BGE 136 III 322, E. 2 jedoch nicht publiziert); *Dieter Gericke/Stefan Waller*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 2 zu Vor Art. 754–761 OR; *Bernard Corboz*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, Basel 2008, N 9 zu Intro. aux art. 752–761 CO.

<sup>6</sup> *Gericke/Waller* (Fn. 5), N 2 zu Vor Art. 754–761 OR, mit einer Übersicht über die weiteren Besonderheiten des Verantwortlichkeitsrechts.

<sup>7</sup> Die Haftung der Organe setzt dementsprechend eine Pflichtverletzung, ein Verschulden, einen Schaden sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang voraus (BGE 132 III 342, E. 4.1).

<sup>8</sup> Vgl. allgemein zu den Funktionen und Zielen der Haftpflicht *Karl Oftinger/Emil W. Stark*, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich 1995, § 1 N 11 ff.; *Hein Kötz*, Ziele des Haftungsrechts, in: Jürgen F. Baur/Klaus J. Hopt/K. Peter Mailänder (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin/New York 1990, 643 ff., 643 f. Ähnlich für den Zusammenhang der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch *Harald Bärtschi*, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Diss. Zürich 2001, 19 ff.

<sup>9</sup> *Oftinger/Stark* (Fn. 8), § 1 N 11 ff.; *Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler*, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich 2013, § 1 N 63; *Ingeborg Schwenzler*, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 6. Aufl., Bern 2012, N 49.04; *Vito Roberto*, *Haftpflichtrecht*, Bern 2013, N 26 ff.; *Markus Müller-Chen*, *Haftpflichtrecht in der Krise?*, BJM 48 (2002), 289 ff., 291 f.; *Alexandra Rumo-Jungo*, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, Habil. Freiburg 1998, N 190 ff. Für die Verantwortlichkeit *Bärtschi* (Fn. 8), 36 f.

<sup>10</sup> *Oftinger/Stark* (Fn. 8), § 2 N 9; von *der Crone/Bloch* (Fn. 4), 92; *Claudia Suter*, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Diss. St. Gallen, Zürich 2010, 21 ff. mit weiteren Hinweisen.

des aktuellen Vermögensstandes der geschädigten Person mit dem hypothetischen Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis.<sup>11</sup>

## 1.2 Verhaltenssteuerung

Auf der zweiten Ebene setzt das Haftpflichtrecht Anreize zu einem nicht schädigenden Verhalten.<sup>12</sup> Auf diese Weise beugt die privatrechtliche Haftpflicht auch künftigen Schädigungen vor und wirkt dadurch präventiv.<sup>13</sup>

Verhaltenssteuernd wirkt einmal die ökonomische Dimension der Haftpflicht: Eine Pflichtverletzung verursacht auf der Seite des Haftpflichtigen Kosten und setzt so einen finanziellen Anreiz zu einem pflichtkonformen Verhalten.<sup>14</sup> Verhaltenssteuernd wirkt aber auch die ethische Dimension der privatrechtlichen Haftpflicht: In der Feststellung, dass das Verhalten einer Person gegen vertragliche oder ausservertragliche Normen verstossen hat, liegt ein negatives Werturteil.<sup>15</sup> Ein pflichtkonformes Verhalten erscheint damit nicht nur rechtlich vorgeschrieben und wirtschaftlich zweckmässig, sondern auch ethisch geboten. Die verhaltenssteuernde Wirkung

dieses ethischen Imperativs ist dann besonders ausgeprägt, wenn das Verhalten einer Person von dem für sie relevanten Umfeld beobachtet werden kann: Pflichtkonformes bzw. pflichtwidriges Verhalten tragen in diesem Fall im Positiven wie im Negativen zur Reputation der betreffenden Person bei.<sup>16</sup>

## 1.3 Rechtsfrieden und Sühne

Auf der dritten Ebene sühnt die haftpflichtrechtliche Schadenersatzleistung das begangene Unrecht, indem sie den rechtmässigen Zustand wiederherstellt und damit den Rechtsfrieden wahrt.<sup>17</sup>

In dieser Funktion ist das Haftpflichtrecht eine sinngemässe Umsetzung des Talionsprinzips: Ein Rechtsbruch wird durch einen gleichwertigen Ausgleich kompensiert. Mit der Wiederherstellung des Gleichgewichts entfällt das Bedürfnis nach einer weiteren Sühnung des Vergehens.<sup>18</sup> Der tatsächlich eingetretene Schaden bildet dabei aber immer die Obergrenze für den Schadenersatzanspruch, weshalb

<sup>11</sup> Exemplarisch BGE 121 III 322, E. 2.2.1: « ... [Der Schaden] entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären.»

<sup>12</sup> Schwenzler (Fn. 9), N 49.04; Oftinger/Stark (Fn. 8), § 1 N 15 ff.; vgl. auch Roberto (Fn. 9), § 1 N 30 ff. Ein Teil des Schrifttums vertritt die Ansicht, die Verhaltenssteuerung sei lediglich ein Nebeneffekt des Haftpflichtrechts, so z.B. Honsell/Isenring/Kessler (Fn. 9), § 1 N 74a. Für den Zusammenhang der Verantwortlichkeitsklage Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 21 ff.; Lukas Glanzmann, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 119 (2000), 135 ff., 156; Markus Ruffner, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 214 f.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Rumo-Jungo (Fn. 9), N 197 ff.; Roberto (Fn. 9), § 2 N 30 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Alexander Nikitine, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007, 71; Roberto (Fn. 9), N 30. Kritisch Honsell/Isenring/Kessler (Fn. 9), § 1 N 74a.

<sup>15</sup> Vgl. Bärtschi (Fn. 8), 36; Oftinger/Stark (Fn. 8), § 1 N 25 ff.

<sup>16</sup> Zum Aspekt der negativen Auswirkungen auf die Reputation von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 12), 26; Bärtschi (Fn. 8), 41. Diese Voraussetzung ist im Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vor allem bei Publikumsgesellschaften aufgrund der Beobachtung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung durch Analysten etc. in *optima forma* gegeben.

<sup>17</sup> Oftinger/Stark (Fn. 8), § 1 N 18; von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 12), 27; Daniel Christian Pfiffner, Revisionsstelle und Corporate Governance – Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss. Zürich 2008, N 791. Die Sühnefunktion des Haftpflichtrechts wird ebenfalls angetönt bei Felix Dasser, Punitive damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»? , SJZ 96 (2000), 101 ff., 107.

<sup>18</sup> Die sühnende Wirkung eines funktionierenden Schadensausgleichs zeigt sich auch anhand des Konzepts der Wiedergutmachung, wie es das schweizerische Strafrecht in Art. 53 StGB kennt. Sind die negativen ökonomischen Konsequenzen eines Verhaltens bereits vollständig kompensiert, so erübrigt sich – auf der Linie des klassischen Talionsprinzips – eine strafrechtliche Sanktion. Als Rechtfertigung dieser Bestimmung werden sodann auch die Versöhnung und die Wiederherstellung des öffentlichen Friedens angeführt. Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979 ff., 2065.

dem Haftpflichtrecht kein pöner Charakter zukommt.<sup>19</sup>

## 2. Leistungsfähigkeit des privaten Haftpflichtrechts

Im Alltag ist das Haftpflichtrecht eine Erfolgsgeschichte: Schäden aus Pflichtverletzungen bzw. aus Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter werden mit hoher Regelmässigkeit zufriedenstellend ausgeglichen. Das Wissen um die potenzielle privatrechtliche Verantwortlichkeit hat dann den angestrebten verhaltenssteuernden Effekt. Zudem gewährleistet der funktionierende Schadensausgleich auch den Rechtsfrieden, indem er das Bedürfnis nach Sühne des Rechtsverstosses befriedigt.

Immerhin sind für die Leistungsfähigkeit des Haftpflichtrechts zwei Voraussetzungen kritisch: *Ersatzens* muss der Schaden quantifizierbar sein und *zweitens* muss der Haftpflichtige in der Lage sein, den Schaden tatsächlich zu ersetzen.

### 2.1 Quantifizierbarkeit

Kann der entstandene Schaden nicht quantifiziert werden, so kommt das private Haftpflichtrecht rasch an seine Grenzen.

Exemplarisch dafür sind die Probleme bei der Kompensation von Eingriffen in immaterielle Güter. Das Thema Genugtuung würde nicht so kontrovers diskutiert, wenn es nicht so schwer fiele, eine immaterielle Unbill mit einem konkreten Betrag zu beziffern.<sup>20</sup>

### 2.2 Schadenstragungsfähigkeit

Die Probleme im Umgang mit schwer quantifizierbaren Schäden zeigen, dass die Leistungsfähigkeit der privatrechtlichen Haftpflicht unmittelbar vom effektiven Ausgleich des entstandenen Schadens abhängt.<sup>21</sup> Das Haftpflichtrecht kann seine aussöhnen-

de und dadurch Rechtsfrieden stiftende Funktion nur wahrnehmen, wenn der entstandene Schaden nicht bloss festgestellt, sondern auch tatsächlich kompensiert wird.<sup>22</sup>

Die Überlegungen, die hinter dem Talionsprinzip standen, erweisen sich damit auch heute noch als aktuell. Das Talionsprinzip gibt bekanntlich eine – archaische – Antwort auf das Scheitern des Schadensausgleichs. Soweit sich das Gleichgewicht nicht positiv wiederherstellen lässt, soll zumindest ein «Gleichgewicht des Schreckens» erzielt werden: Der dem Schädiger zuzufügende Nachteil durfte nicht grösser sein als der zuvor dem Geschädigten zugefügte Schaden.<sup>23</sup> Erst und nur mit der Wiederherstellung dieses Gleichgewichts, und sei es auch als Gleichgewicht der Nachteile, war der rechtswidrige Eingriff gesühnt.

## 3. Haftpflichtversicherung

Für viele Formen der privatrechtlichen Haftpflicht sind Haftpflichtversicherungen verfügbar. Aufschlussreich ist dabei der Sachverhalt der Privathaftpflichtversicherung. Im alltäglichen Umgang erscheint es selbstverständlich, dass sich Privatpersonen durch Abschluss einer Privathaftpflichtversicherung gegen eine allfällige Haftpflicht aus widerrechtlichem Eingriff in fremde Interessen abgesichert haben.<sup>24</sup> Der Abschluss einer solchen Versicherung wird quer durch die Bevölkerungsschichten, neben der Absicherung gegen die finanziellen Auswirkungen eines Schadensfalles, auch als ein Ausdruck der *diligentia diligentis patris familiae* verstanden.

Offensichtlich besteht also eine soziale Norm, nach der sich Rechtssubjekte in die Lage zu versetzen haben, die potenziellen negativen Auswirkungen des eigenen Verhaltens auf Dritte finanziell kompensie-

<sup>19</sup> Statt vieler *Roberto* (Fn. 9), § 1 N 24; vgl. *Heinz Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 17.

<sup>20</sup> Zur Bemessung von Genugtuungsansprüchen *Roberto* (Fn. 9), § 10 N 13 ff.; *Christian Heierli/Anton K. Schnyder*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 20 ff. zu Art. 47 OR.

<sup>21</sup> Vgl. *Sebastian Pammler*, Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, Diss. Saarland, Berlin 2006, 50.

<sup>22</sup> Vgl. ähnlich *Kötz* (Fn. 8), 655 f.

<sup>23</sup> Nach dem im allgemeinen Haftpflichtrecht geltenden Bereicherungsverbot bildet der entstandene Schaden ebenfalls die Höchstgrenze für die Schadensbemessung, siehe dazu *Honsell/Isenring/Kessler* (Fn. 9), § 1 N 64.

<sup>24</sup> Entsprechend verfügen heute rund 85–90 Prozent der schweizerischen Haushalte über eine Privathaftpflichtversicherung. Der Vorentwurf zum Pflichtversicherungsgesetz enthält zudem gar die Einführung eines Obligatoriums für Privathaftpflichtversicherungen für Personenschäden. Zum Ganzen *Stephan Fuhrer*, Plädoyer für eine obligatorische Privat-Haftpflichtversicherung, HAVE 12 (2013), 67 ff., 67.

ren zu können.<sup>25</sup> Im Wissen um die Restrisiken des menschlichen Verhaltens wird erwartet, dass jeder das Seine dazu beiträgt, einen allfälligen Schaden, den er Dritten zugefügt hat, ersetzen zu können.

Umgekehrt wird vom sorgfältig und verantwortungsbewusst handelnden Individuum auch erwartet, dass es auf ein potenziell riskantes Verhalten, dessen Auswirkungen auf Dritte es möglicherweise nicht kompensieren könnte, verzichtet.<sup>26</sup> So verschafft die riskante Bergtour der Alleinstehenden Respekt, während sie beim *pater familias* als Verantwortungslosigkeit wahrgenommen wird.

### III. Funktionale Defizite der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Die Ausgangslage bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterscheidet sich insbesondere in ihrer potenziell finanziellen Dimension von derjenigen der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht: Pflichtverletzungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung können zu weder tragbaren noch zu realistischen Konditionen versicherbaren Grossschäden führen.<sup>27</sup>

#### 1. Fehlende Kompensation

Wie gezeigt, hängt der Leistungsausweis des Haftpflichtrechts jedoch gerade entscheidend davon ab, dass der entstandene Schaden auch tatsächlich ausgeglichen wird. Die fehlende Trag- und Versicherbar-

keit,<sup>28</sup> mit der insbesondere bei grossen Gesellschaften zu rechnen ist, bleibt deshalb nicht ohne Konsequenzen für die Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.<sup>29</sup>

Das Defizit zeigt sich naturgemäss zuerst beim fehlenden Schadensausgleich: Die geschädigte Person, hier also die Aktiengesellschaft, wird, anders als im Modellfall der privaten Haftung, nicht in die wirtschaftliche Lage (zurück-)versetzt, in der sie sich befinden würde, wenn das schädigende Ereignis ausgeblieben wäre.

#### 2. Fehlanreize

Über den fehlenden Schadensausgleich hinaus wird aber auch die verhaltenssteuernde Wirkung des Haftpflichtrechts infrage gestellt.

##### 2.1 Risikoaversion

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts macht sich bereits haftbar, wer sich eine leichtfahrlässige Verletzung von Pflichten vorwerfen lassen muss.<sup>30</sup> Leichte Fahrlässigkeit kann aber *per definitionem* auch dem an und für sich Sorgfältigen unterlaufen.<sup>31</sup> Sie lässt sich mit anderen Worten nicht

<sup>25</sup> Rolf Bär, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAG 58 (1986), 57 ff., 58; von der Crone/Bloch (Fn. 4), 93; von der Crone (Fn. 4), 14.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Rumo-Jungo (Fn. 9), N 221, wonach das Haftpflichtrecht der handelnden Person immer auch eine gewisse Verantwortung für das eigene Handeln überbindet.

<sup>27</sup> Einen Überblick über die verfügbaren Versicherungsdeckungen gibt Max Haller, Organhaftung und Versicherung – Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Diss. Zürich 2008, N 261 ff. Für grössere Unternehmen mit einer Bilanzsumme bis CHF 100 Mio. sind Deckungslimiten von CHF 10–30 Mio. üblich. Für internationale Unternehmen mit einer Bilanzsumme um CHF 500 Mio. sind Deckungssummen von CHF 20–50 Mio. gängig. Für internationale Grosskonzerne und grössere Finanzinstitute sind in der Schweiz Deckungslimiten von bis zu CHF 200 Mio. möglich.

<sup>28</sup> Vgl. zum Problem der ungenügenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der eingeklagten Organe auch Peter R. Isler/René Fischer, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 27 ff., 36 f.

<sup>29</sup> Vgl. dazu die Ausführungen bei Alfred F. Conrad, A Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence, Duke Law Journal 22 (1972), 895 ff., 898 ff. Auch schon in diesem Sinne von der Crone (Fn. 4), 4; von der Crone/Bloch (Fn. 4), 88.

<sup>30</sup> Statt vieler Oftinger/Stark (Fn. 8), § 5 N 105 ff.; Honsell/Isenring/Kessler (Fn. 9), § 6 N 24 ff.; vgl. auch Rey (Fn. 19), N 865. Für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 75; Gericke/Waller (Fn. 5), N 32 zu Art. 754 OR; Bärtschi (Fn. 8), 300. Vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 429.

<sup>31</sup> Rolf H. Weber, in: Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Zürich 2000, N 96 zu Art. 100 OR; Karl Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 343 f.

vollständig ausschliessen.<sup>32</sup> Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wird damit zum Damoklesschwert: Einerseits kann niemand eine potenzielle Verantwortlichkeit völlig ausschliessen; andererseits können Verantwortlichkeitsansprüche eine weder trag- noch versicherbare Grösse erreichen. Wer sich aktienrechtlich verantwortlich macht, muss bereits bei leichter Fahrlässigkeit mit schwerwiegenden persönlichen Konsequenzen rechnen, sei dies nur schon wegen der Ungewissheit des Ausgangs eines solchen Verfahrens, welche aufgrund dessen Dauer meist lange bestehen bleibt.<sup>33</sup>

Eine nicht vollständig kontrollierbare Verantwortlichkeit, deren Konsequenzen im Schadensfall weder trag- noch versicherbar sind, muss die potenziell Verantwortlichen risikoscheu machen: Bei kritischen Entscheidungen werden sie einen zusätzlichen Sicherheitsabstand einhalten.<sup>34</sup> Auf den ersten Blick mag dies unproblematisch erscheinen: «Was schadet es schon, wenn Verwaltungsrat und Geschäftsleitung Risiken aus dem Wege gehen?» Verwaltungsrat und Geschäftsleitung werden allerdings nicht primär das Risiko für die Gesellschaft, sondern in erster Linie ihr

persönliches Risiko minimieren.<sup>35</sup> Sie werden ihr Verhalten am Ziel ausrichten, möglichst keine Angriffsflächen zu bieten. Das lehrbuchmässige Vorgehen wird attraktiver erscheinen als die innovative Strategie. Es besteht die Gefahr, dass vermeintlich aussichtsreiche Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden.<sup>36</sup>

Zumindest bei Publikumsgesellschaften sind die Aktionäre gegenüber dem unternehmensspezifischen Risiko aufgrund des Diversifikationseffektes neutral eingestellt.<sup>37</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung dagegen haben, was ihr eigenes Investment in die Gesellschaft betrifft, keine Diversifikationsmöglichkeiten.<sup>38</sup> Das gilt nicht bloss für allfällige Aktienbeteiligungsprogramme oder ähnliche Vergütungsformen, sondern vor allem auch für das investierte Humankapital.<sup>39</sup> In Wirklichkeit ist das Management also ohnehin risikoaverser, als es den Aktionären eigentlich lieb wäre. Die im vorherigen Abschnitt beschriebene Tendenz zu einem risikovermeidenden Verhalten, ausgelöst durch überzogene Haftungsrisiken, kommt also zu einer ohnehin vorbe-

<sup>32</sup> Illustrativ dazu *Armin Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Hälfte (Allgemeiner Teil), 2. Aufl., Wien 1951, § 302 I b: «Die leichte Fahrlässigkeit ist ein gewöhnliches Versehen, ein Fehler, der gelegentlich auch demjenigen unterläuft, der es sonst an der erforderlichen Sorgfalt nicht fehlen lässt. Betrachtet man dann den einzelnen Fall für sich, so sieht man freilich, dass der Schaden hätte verhütet werden können. Betrachtet man ihn aber im Zusammenhang aller sonstigen Geschäfte als Massenerscheinung, so erscheint er unvermeidlich: unter hunderten von Geschäften wird eben eines oder das andere vernachlässigt, es wird dabei etwas versehen. Zieht das vereinzelte Versehen einen schweren Schaden nach sich, so wird dies von dem Schuldtragenden als unglücklicher Zufall empfunden. Die Rechtsordnung kann sich der Einsicht nicht verschliessen, dass derartige Versehen eigentlich unvermeidlich sind.» Vgl. unter Hinweis auf das gleiche Zitat *Spiro* (Fn. 31), 343.

<sup>33</sup> Zur langen Verfahrensdauer auch *Harald Bärtschi*, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 39 ff., 81 f.

<sup>34</sup> *Lyman P. Q. Johnson*, Corporate Officers and the Business Judgment Rule, *Business Lawyer* 60 (2005), 439 ff., 456; *Nikitine* (Fn. 14), 117; *Ruffner* (Fn. 12), 226 f.; *Bärtschi* (Fn. 8), 23; *von der Crone/Carbonara/Hunziker* (Fn. 13), 23 Fn. 128.

<sup>35</sup> Vgl. *Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury*, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht: Risiken und ihre Minimierung = Personal Liability according to Swiss Corporate Law: associated risks and their avoidance, Zürich 2005, N 254; *von der Crone* (Fn. 4), 16. Ähnlich *Böckli* (Fn. 30), § 13 N 576a, der diese Problematik im Kontext überzogener Anforderungen an die Sorgfalt thematisiert.

<sup>36</sup> *Glanzmann* (Fn. 12), 159 f.; *Gion Giger*, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht: Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2003, 372 f. Vgl. auch *von der Crone* (Fn. 4), 17: «Ziel muss eine Verantwortung sein, die ernst zu nehmen ist und ernst genommen wird, ohne ängstlich und übervorsichtig zu machen.»

<sup>37</sup> *Ruffner* (Fn. 12), 218 f. Anschaulich das Beispiel bei *Melvin Aron Eisenberg*, The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, *Fordham Law Review* 62 (1993), 437 ff., 445.

<sup>38</sup> Vgl. *Daniel Leu*, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich 2005, 51.

<sup>39</sup> *Ruffner* (Fn. 12), 218 f. mit weiteren Hinweisen. In erster Linie gilt dies natürlich für die Mitglieder der Geschäftsleitung, die primär oder ausschliesslich für das Unternehmen tätig sind.

stehenden Risikoaversion von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hinzu.<sup>40</sup>

Eine betragsmässig unbegrenzte Haftung auch für leichtfahrlässige Pflichtverletzungen erweist sich damit für viele Konstellationen als kontraproduktiv. Wo kreativer Umgang mit unternehmerischen Risiken gefragt wäre, drängt sich die Furcht vor den existenziellen Konsequenzen einer Verantwortlichkeit in den Vordergrund.

## 2.2 Verdrängungseffekt (crowding out)

Mindestens ebenso gravierend ist der drohende Verdrängungseffekt eines *crowding out* auf dem Markt für Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder.

Die Übernahme von nicht vollständig kontrollierbaren und versicherbaren Risiken, die gleichzeitig die eigene Risikotragungsfähigkeit übersteigen, entspricht gerade nicht der *diligentia diligentis patris familiae*. Konsequenterweise macht die aktienrechtliche Verantwortlichkeit das Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandat deshalb für Personen mit «normalen» Risikopräferenzen und einer «normalen» Reputationsempfindlichkeit unattraktiv.<sup>41</sup> Die im Eintrittsfall nicht tragbare Verantwortlichkeit drängt sie aus dem Pool möglicher Bewerber.<sup>42</sup>

Attraktiv sind solche Mandate umgekehrt eher für Spielernaturen oder für Personen, denen die notwendige Distanz fehlt, um sich selbst und insbesondere die Wahrscheinlichkeit, selbst einen Fehlentscheid zu treffen, realistisch einzuschätzen. Dass sich die Spielernatur ihren Einsatz regelmässig durch eine entsprechende Risikoprämie in der Form eines hohen Salärs entschädigen lässt, sei nur der Vollständigkeit halber angemerkt.<sup>43</sup>

Dabei ist eine positive Korrelation zwischen dem Grad, in dem die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in der Praxis tatsächlich durchgesetzt wird, und dem verdrängenden Effekt auf dem Markt für Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder zu vermuten.<sup>44</sup> Je sicherer jede leichte Pflichtverletzung für die Verantwortlichen schwerwiegende Konsequenzen hat, desto deutlicher dürfte sich das beschriebene *crowding out* zeigen.

## 3. Uneingelöste Sühneerwartung

Ein funktionales Defizit zeigt sich schliesslich auch auf der Ebene der Sühne und des Rechtsfriedens.

Haftpflicht, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der Haftpflichtigen übersteigt, erweckt Erwartungen, die sie nicht einlösen kann.<sup>45</sup> Die haftungsbegründende Norm suggeriert eine Aussöhnung, die so nicht erreichbar ist. Stattdessen hinterlässt sie, indem sie zuerst Erwartungen erweckt und anschliessend ent-

<sup>40</sup> Aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht liegt die «Wahrheit» wohl irgendwo zwischen der Risikoneutralität der Aktionäre auf der einen und der risikoaversen Haltung des Managements (ohne den zusätzlichen verzerrenden Effekt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit) auf der anderen Seite. Neben dem Management sind nämlich auch die Arbeitnehmer bis zu einem gewissen Grad nicht-diversifiziert in der Gesellschaft investiert. Die Divergenz zwischen den Risikopräferenzen der Aktionäre und des Managements auf der einen Seite und die Konvergenz zwischen den Risikopräferenzen des Managements und der Arbeitnehmer im Allgemeinen auf der anderen Seite zeigt sich sehr deutlich in der Debatte über die Maximierung des Unternehmenswertes (*shareholder value*).

<sup>41</sup> Von der Crone/Bloch (Fn. 4), 91. Entsprechend sind heute nicht-exekutive Verwaltungsratsmitglieder bei fehlender Versicherung kaum mehr rekrutierbar, vgl. Giger (Fn. 36), 371. Dazu auch Anton K. Schnyder, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft – und deren Versicherbarkeit, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 319 ff., 323 f.

<sup>42</sup> Vgl. Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The economic structure of corporate law, Cambridge MA 1996, 94; Nikitine (Fn. 14), 118; Ruffner (Fn. 12), 226.

<sup>43</sup> Hans Caspar von der Crone, Risiko und Corporate Governance, in: Hans Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf. H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, 553 ff., 559. Hinzu kommt, dass, wer schon bei der Übernahme des Amtes spekuliert, sich auch bei dessen Wahrnehmung kaum an den Standardrisikopräferenzen und damit den Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre orientieren wird.

<sup>44</sup> Für die Richtigkeit dieser Vermutung sprechen die Geschehnisse der D&O-Versicherungskrise in den USA: Aufgrund einiger unerwarteter haftungsbejahender Entscheidungen des Delaware Court gegen Ende der 90er-Jahre schossen die Versicherungsprämien von D&O-Versicherungen in teilweise unerschwingliche Höhen. Die Bereitschaft qualifizierter Personen, weiterhin das Amt eines *board directors* auszuüben, nahm deutlich ab. Es konnten vermehrt Rücktritte aus den *board of directors* verzeichnet werden. Zum Ganzen William E. Knepper/Dan A. Bailey/Katharine B. Bowman, Liability of corporate officers and directors, Vol. 2, 8. Aufl., New Providence NJ 2009, § 16.01; Ruffner (Fn. 13), 282 f., je mit weiteren Hinweisen.

<sup>45</sup> Von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 12), 28.

täuscht, in zugespitzter Weise den Eindruck fehlender Gerechtigkeit.<sup>46</sup> Pflichtwidrigkeit wird konstatiert, nicht aber korrigiert.

#### IV. De- und Rekonstruktion

Angesichts der funktionalen Defizite erstaunt es nicht, dass der Leistungsausweis der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit immer wieder kritisch eingeschätzt wird.<sup>47</sup> Als Konsequenz drängt sich eine de- und anschliessend rekonstruierende Analyse auf, die hinter die Selbstverständlichkeit der haftpflichtrechtlichen Trias von Schadensausgleich, Verhaltenssteuerung sowie Rechtsfrieden und Sühne zurückgeht und jede der drei Funktionen für sich analysiert.

Berücksichtigt werden sollte dabei insbesondere, dass im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein vollständiger Schadensausgleich nur für eine kleine Zahl von Fällen realistisch ist. Anstelle weiterhin an der Idealvorstellung einer vollen Kompensation festzuhalten, gilt es, eine optimale Lösung unter Einbezug der realen Ausgangslage einer meist fehlenden Schadentragsfähigkeit der haftbaren Personen zu entwickeln.

##### 1. Schadensausgleich

Untersucht man zuerst die Kompensationsfunktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, so lässt sich Art. 754 Abs. 1 OR als Bestimmung über die Allokation des Risikos von Geschäftsführungsfehlern verstehen. Liegt dem Geschäftsführungsfehler zumindest leichte Fahrlässigkeit zugrunde, wird das Fehlerrisiko dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung zugewiesen.<sup>48</sup>

Bei volkswirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften bleibt diese Risikoallokation, wie gezeigt,<sup>49</sup> *lettre morte*. Ungeachtet von Art. 754 OR wird hier in der Realität letztlich die Gesellschaft selbst den Schaden aus Geschäftsführungsfehlern zu tragen haben. Ökonomisch gesehen ist ein Schaden der Gesellschaft immer auch ein Schaden der Aktionäre. Dies ist eine Sichtweise, der sich auch das Aktienrecht nicht verschliesst, wenn es den Aktionären das Recht einräumt, den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft zu deren Gunsten geltend zu machen.<sup>50</sup>

Tritt man einen Schritt zurück, stellt sich deshalb die Frage, wie sich der fehlende Schadensausgleich auf der Ebene der Aktionäre auswirkt. Zumindest für grosse Aktiengesellschaften ist die Antwort auf diese Frage überraschend einfach: Gar nicht, oder jedenfalls nicht in relevanter Weise. Aktionäre von Publikumsgesellschaften werden ihr Vermögen typischerweise diversifiziert anlegen. Die Diversifikation ist der Modellfall der Risikoabsicherung durch Kollektivierung, die paradigmatische «Versicherung auf Gegenseitigkeit».<sup>51</sup> Allein schon die Kotierung und die damit erreichte Liquidität und laufende Bewertung der Titel durch den Markt erlaubt damit eine ebenso wirkungsvolle wie kostengünstige Risikokontrolle.<sup>52</sup> Die Diversifikation macht die Aktionäre also zu den effizientesten Versicherern («*cheapest insurers*») für das Risiko von Geschäftsführungsfehlern.<sup>53</sup>

Die Begeisterung über diese Feststellung mag sich in Grenzen halten. Dennoch: Niemand sonst wird dieses Risiko vorteilhafter tragen können. Jeder Versuch, das Risiko von Geschäftsführungsfehlern konsequenter und umfassender den Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zuzuweisen,

<sup>46</sup> Siehe zur öffentlichen Erwartung das bei *Daniel Daeniker*, Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten?, *GesKR* 4 (2009), 378 ff., 378 einleitend zitierte Beispiel. Vgl. auch *Hans Caspar von der Crone*, Freiheit und Verantwortung in der Corporate Governance, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), *Corporate Governance*, Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002, 69 ff., 74 f.

<sup>47</sup> Einen (unvollständigen) Überblick darüber, wo im schweizerischen Verantwortlichkeitsrecht Anpassungsbedarf gesehen wird, gibt *Giger* (Fn. 36), 372 ff.

<sup>48</sup> Weiterführend zur risikoverlagernden Funktion von Art. 754 OR und 755 OR von *der Crone* (Fn. 4), 16 f.

<sup>49</sup> Siehe dazu die Ausführungen zur fehlenden Kompensation unter III.1.

<sup>50</sup> Art. 756 OR. Dazu *Böckli* (Fn. 30), § 18 N 223 ff.

<sup>51</sup> Grundlegend zur Beseitigung von Risiken durch Diversifikation *Harry Markowitz*, *Portfolio Selection*, *Journal of Finance* 7 (1952), 77 ff., 77 ff. Vgl. auch *Easterbrook/Fischel* (Fn. 43), 99; *Paul Milgrom/John Roberts*, *Economics, Organization & Management*, Englewood Cliffs 1992, 211 ff.; von *der Crone* (Fn. 43), 555 f. In diesem Sinne auch *Bärtschi* (Fn. 33), 125 f.: «Wer als Kleinaktionär seine Anlagen diversifiziert, kann nach diesem Modell getrost auf das Schwert der Verantwortlichkeitsklage verzichten.»

<sup>52</sup> Vgl. *Ruffner* (Fn. 12), 281.

<sup>53</sup> So bereits von *der Crone/Bloch* (Fn. 4), 111. Eine alternative Risikoabsicherung mittels einer D&O-Versicherung bringt aus der Sicht der Aktionäre von Publikumsgesellschaften zusätzliche Kosten, jedoch keinen grösseren Nutzen.

wird sein Ziel nicht erreichen. Vielmehr hat eine solche Risikozuweisung die gezeigten negativen Auswirkungen,<sup>54</sup> deren Kosten letztlich wiederum auf die Aktionäre zurückfallen werden.

Zu erwähnen gilt es noch den atypischen Sachverhalt des bedeutenden oder klar kontrollierenden Aktionärs, der auch bei grösseren Aktiengesellschaften keine Seltenheit ist.<sup>55</sup> Eine solch fokussierte Anlage schliesst eine Risikodiversifikation praktisch aus. Die Tatsache allerdings, dass fokussiert anlegende Aktionäre rein wirtschaftlich gesehen das Risiko von Geschäftsführungsfehlern selbst zu tragen haben, ist hier aus einem anderen Grund nicht kritisch: Mit ihren bedeutenden Beteiligungen können sie direkt darüber entscheiden, wie sich die Organe zusammensetzen. Im Vergleich zu diversifizierten Aktionären sind sie also wesentlich besser in der Lage, kontrollierenden Einfluss zu nehmen.<sup>56</sup> Daher nähert sich ihre Rolle derjenigen des Arbeitgebers und somit der arbeitsvertraglichen Ausgangslage, wie sie Art. 321e OR zugrunde liegt: Weil der bedeutende Aktionär direkten Einfluss, namentlich auf die personelle Zusammensetzung der Organe, nehmen kann, erscheint es gerechtfertigt, wenn er auch das Risiko aus fehlerhafter Geschäftsführung zu tragen hat.<sup>57</sup>

Bei kleineren Aktiengesellschaften werden die Verantwortlichen das Risiko von Geschäftsführungs-

fehlern persönlich tragen können oder es wird eine angemessene Versicherungsdeckung verfügbar sein. Bei mittleren, nicht kotierten Gesellschaften wird die Risikoabdeckung durch eine Haftpflichtversicherung im Vordergrund stehen.<sup>58</sup>

Als Konsequenz lässt sich feststellen, dass die Defizite bei der Kompensationsfunktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entgegen den ersten Erwartungen in der ökonomischen Realität nicht notwendigerweise negative Auswirkungen haben müssen. Das eigentliche Problem der geltenden Ordnung liegt also nicht bei der Schadensallokation, sondern bei den negativen Auswirkungen auf der Ebene der Verhaltenssteuerung und der Sühnefunktion.

## 2. Verhaltenssteuerung

Auf der Ebene der Verhaltenssteuerung setzt die aktuelle Ausgestaltung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die gezeigten substanziellen Fehlanreize.<sup>59</sup> Im Zentrum steht dabei das auch bei sorgfältiger Geschäftsführung nicht vermeidbare Restrisiko von Geschäftsführungsfehlern. Der *diligens pater familias* wird sich nicht vor einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder Absicht fürchten,<sup>60</sup> sehr wohl aber vor einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit.<sup>61</sup> Gerade wer sorgfältig und verantwortungsbewusst handelt, ist sich

<sup>54</sup> Siehe vorne III.2.

<sup>55</sup> Vgl. zu dieser Kategorie von Gesellschaften, die in der Literatur auch als «unechte Publikumsgesellschaften» bezeichnet werden, Giger (Fn. 36), 414. Siehe zu deren Verbreitung in der Schweiz die Übersicht bei Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 2 N 70.

<sup>56</sup> Vgl. Eugene F. Fama/Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics 26 (1983), 305 ff., 305 ff. Für den Sachverhalt von Familienunternehmen Christoph B. Bühler, «Family Business Governance» – Zehn Leitlinien einer «Good Governance» in Familienunternehmen, AJP 15 (2006), 317 ff., 319. Vgl. ferner zur aus agency-theoretischer Sicht speziellen Ausgangslage Pfiffner (Fn. 17), 551 ff.

<sup>57</sup> Zum Gedanken hinter Art. 321e OR Wilhelm Schönenberger/Adrian Staehelin, in: Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, N 23 zu Art. 321e OR: «Bestimmte berufliche Tätigkeiten bergen erfahrungsgemäss eine erhöhte Gefahr der Schädigung des Arbeitgebers in sich (sog. gefahren- oder schadensgeignete Arbeit). In diesen Fällen rechtfertigt es sich, das Betriebsrisiko als Teil des Unternehmerrisikos zu behandeln und den Schaden ganz oder teilweise auf den Arbeitgeber zu überwälzen.»

<sup>58</sup> Gemäss Haller (Fn. 27), N 620 können Gesellschaften mit einer Bilanzsumme unter CHF 10 Mio. und höchstens 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt Haftungsfälle in der Höhe von CHF 1 Mio. für eine Prämie zwischen CHF 2000 und CHF 4000 und Schadensfälle von CHF 2–3 Mio. für Prämien zwischen CHF 4000 und CHF 10 000 versichern. Siehe vorne III.2.1 und III.2.2.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Rey (Fn. 19), N 857; Weber (Fn. 31), N 97 zu Art. 100 OR. Die geforderte Schwere der Verfehlung zeigt sich auch in der vom Bundesgericht verwendeten Definition von grobfahrlässigem Verhalten. Demnach handelt grobfahrlässig, wer «elementare Vorsichtsgebote verletzt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde» (BGE 108 II 424, E. 2; 105 V 214, E. 1; 96 II 172, E. 3a; ähnlich auch BGE 93 II 345, E. 5).

<sup>61</sup> So spricht man im Zusammenhang von leichter Fahrlässigkeit auch von «es kann passieren», während man sich bei grobfahrlässigem Verhalten fragen muss: «Wie kann man nur?» Angelehnt an Anton K. Schnyder/Wolfgang Portmann/Markus Müller-Chen, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 218 f.

der Tatsache bewusst, dass auch er nicht gänzlich vor Fehlern gefeit ist.<sup>62</sup>

Umgekehrt wird niemand in der Lage sein, seine Pflichten bewusst «nur» leichtfahrlässig zu verletzen. Ein solches Verhalten führt begriffsnotwendig zu einer zumindest eventualvorsätzlichen oder gar absichtlichen Pflichtverletzung.<sup>63</sup> Die positive verhaltenssteuernde Wirkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist folglich schon mit einer Haftung für Grobfahrlässigkeit und Absicht gewährleistet.<sup>64</sup> Mit einer Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit lassen sich deshalb die Fehlanreize aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit beseitigen, ohne dass ihre erwünschte verhaltenssteuernde Wirkung infrage gestellt würde.

### 3. Rechtsfrieden und Sühne

Ungenügend ist der Leistungsausweis der aktuellen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch auf der Ebene des Rechtsfriedens und der Sühne.

Die formell bestehende, in der Praxis wegen des fehlenden Haftungssubstrats aber nicht wirklich eingelöste aktienrechtliche Verantwortlichkeit hinterlässt bei Beobachtern das schale Gefühl einer *lex imperfecta*. Die Rechtsordnung verspricht im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – zum Preis von erheblichen Fehlanreizen – mehr, als sie hält. Exemplarisch sei nur an die scheinbare «Nicht-Verantwortlichkeit» für die Folgen der Finanzkrise im Bankenbereich erinnert.<sup>65</sup>

Eine weitere Ursache für die Probleme auf dieser Ebene ist die unangemessene Verfahrensordnung im

Bereich der aktienrechtlichen Klagen. Wie sich gezeigt hat, vermag auch die «Billigkeitsnorm» von Art. 107 ZPO für sich allein keine Abhilfe für die Kostenproblematik rund um Verantwortlichkeitsklagen zu schaffen.<sup>66</sup>

### 4. Folgerungen

Als Massnahme gegen diesen unbefriedigenden Leistungsausweis sind Erwartungen und Realität der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wieder zur Deckung zu bringen. Dazu muss die unbegrenzte Haftung für aktienrechtliche Verantwortlichkeit auf Sachverhalte der groben bzw. absichtlichen Pflichtverletzungen beschränkt werden können. Umgekehrt muss die Verantwortlichkeit für grobe und absichtliche Pflichtverletzung konsequent und wirkungsvoll durchgesetzt werden.

Eine vollständige Kompensation wird in diesen Fällen jedoch genauso oft am beschränkten Haftungssubstrat scheitern. Die verhaltenssteuernde und die Rechtsfrieden stiftende Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gebieten es allerdings – unabhängig vom zu erreichenden Grad der Schadensdeckung –, zumindest das, was verfügbar ist, auch wirklich verfügbar zu machen.

## V. Einzelfragen

### 1. Anwendbarkeit von Art. 100 OR de lege lata

Der Gesetzgeber könnte die Haftungsvoraussetzungen für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit jederzeit neu regeln und optionale statutarische Haftungsbeschränkungen ausdrücklich vorsehen.<sup>67</sup> Da sich die laufende Aktienrechtsrevision aber nur langsam fortbewegt und der aktuelle Entwurf auch keine derartige Änderung enthält drängt sich die Frage auf, ob solche Haftungsbeschränkungen schon heute in die Statuten einer Aktiengesellschaft aufgenommen werden können.

<sup>62</sup> Nach Rey (Fn. 19), N 863 kann daher das Verhalten eines Schädigers, der leichtfahrlässig handelt, als «noch einigermaßen verständlich» bezeichnet werden. Vgl. auch von der Crone (Fn. 4), 14; von der Crone/Bloch (Fn. 4), 94; ferner Spiro (Fn. 31), 344.

<sup>63</sup> Von der Crone/Bloch (Fn. 4), 113.

<sup>64</sup> Vgl. für ähnliche Überlegungen im Zusammenhang mit D&O-Versicherungen Pammler (Fn. 21), 70 ff.; Ruffner (Fn. 12), 287.

<sup>65</sup> So scheint es wenig plausibel, dass etwa bei der UBS AG Verluste in zweistelliger Milliardenhöhe eingetreten sein sollen, ohne dass es dabei wenigstens in einzelnen Fällen zu Pflichtverletzungen gekommen sei. Dennoch wurden die potenziellen Kosten, die diesbezügliche Verantwortlichkeitsprozesse verursacht hätten, mit Billigung der Aufsichtsbehörden als höher eingeschätzt als ihr potenzieller Nutzen. Vgl. zu diesem Beispiel schon von der Crone/Bloch (Fn. 4), 89 mit Hinweisen in Fn. 14 und Fn. 15.

<sup>66</sup> Vgl. Gericke/Waller (Fn. 5), N 14 ff. zu Art. 756 OR; Erl. Ber. zum VE-OR 2014, 49.

<sup>67</sup> Ausführlich zur Einführung von Haftungsbeschränkungen de lege ferenda von der Crone/Bloch (Fn. 4), 102 ff.

## 1.1 Zulässigkeit statutarischer Haftungsbeschränkungen

Für eine solche Zulässigkeit spricht, dass Art. 100 OR als Bestimmung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts auf alle Abteilungen des Obligationenrechts, also auch auf das Aktienrecht, Anwendung findet.<sup>68</sup> Das Aktienrecht enthält zwar einige besondere Anordnungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, insbesondere was die jeweilige Klageberechtigung betrifft. Eine detaillierte Regelung der Frage des Verschuldensmassstabs dagegen fehlt: Art. 754 OR nimmt bloss allgemein auf die «absichtliche oder fahrlässige Verletzung» von Pflichten Bezug. Bezüglich des geforderten Grades der Fahrlässigkeit lässt sich keine spezifische, die allgemeinen Regeln verdrängende Anordnung finden. Der Gedanke einer mildereren Behandlung der leichten Fahrlässigkeit zeigt sich überdies auch an verschiedenen anderen Stellen des Obligationenrechts.<sup>69</sup> Formell steht einer statutarischen Haftungsbeschränkung somit nichts im Wege.<sup>70</sup>

Zumindest in der Form eines *obiter dictum* hat sich das Bundesgericht in einem älteren Entscheid denn auch schon in diesem Sinne geäußert: «[...] das Verhältnis der Aktiengesellschaft zu ihren Verwaltungsräten und zu ihren Revisoren ist vertraglicher Natur und daher an sich ergänzender oder gar abweichender Parteiabrede zugänglich. Die einzige

Grenze liegt in zwingenden gesetzlichen Bestimmungen.»<sup>71</sup> Auch die mandatsähnliche Natur eines Vertragsverhältnisses steht nach herrschender Lehre der Anwendbarkeit von Art. 100 OR nicht entgegen.<sup>72</sup> Damit ist von der Zulässigkeit einer Beschränkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit durch statutarische Bestimmung auf grobfahrlässige bzw. absichtliche Pflichtverletzungen auszugehen.<sup>73</sup>

Formell könnte eine solche Bestimmung mit absoluter Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen in Sinne von Art. 703 OR eingeführt werden. Ein qualifiziertes Quorum nach Art. 704 OR wäre nicht erforderlich. Immerhin wäre von einem strikten Rückwirkungsverbot auszugehen: Käme nämlich eine neu in die Statuten eingeführte haftungsbegrenzende Bestimmung auch auf bereits eingetretene Pflichtverletzungen zur Anwendung, so hätte dies die Wirkung einer Décharge.<sup>74</sup> Über den Klageverzicht betreffend eine bereits bestehende aktienrechtliche Verantwortlichkeit kann aber nur unter Ausschluss der an der Geschäftsführung beteiligten Personen von der Abstimmung entschieden werden, wobei dieser nachträgliche Verzicht überdies nur für das Klagerecht der Aktionäre, nicht aber für dasjenige der Konkursverwaltung bzw. der Gläubiger nach Konkurseröffnung, gilt.<sup>75</sup>

Hauptsächlich zur Anwendung gelangen würden solche Haftungsbeschränkungen im Zusammenhang mit Sorgfaltspflichtverletzungen. Daneben stellt sich die Frage, ob auch die Treuepflicht vertraglich eingeschränkt werden könnte. Die Treuepflicht verbietet es Verwaltungsräten und Mitgliedern der Geschäfts-

<sup>68</sup> Werner von Steiger, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Handelsrecht, Basel 1976, 260 ff.; Viktor Lieber, in: Zürcher Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, N 108 zu Art. 7 ZGB, wo «Statuten» gar explizit als «anderes zivilrechtliches Verhältnis» i.S.v. Art. 7 ZGB aufgeführt werden. Vgl. auch Christina Schmid-Tschirren, in: Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 78 zu Art. 7 ZGB.

<sup>69</sup> Zu erwähnen sind diesbezüglich die Bestimmungen von Art. 43 OR, Art. 99 Abs. 2 OR, Art. 248 OR sowie Art. 420 Abs. 2 OR. Vgl. weiterführend auch Weber (Fn. 31), N 97 zu Art. 100 OR.

<sup>70</sup> Ebenfalls bejahend für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Verwaltungsrat Roland Müller/Adrian Plüss/Lorenz Lipp, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für die Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014, 408; Christoph von Greyerz, Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: Hans J. Bär et al. (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Zürich 1978, 57 ff., 68; a.M. Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 593 und Bärtschi (Fn. 8), 65, der in Fn. 263 einen Überblick über die ältere Lehre zu dieser Frage gibt.

<sup>71</sup> BGE 65 II 12, E. 4c.

<sup>72</sup> Walter Fellmann, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 513 ff. zu Art. 398 OR; Weber (Fn. 31), N 43 f. zu Art. 100 OR; Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 1016; a.M. Georg Gautschi, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/5, Der Auftrag: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag/Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR inkl. Art. 418a–418v OR, Bern 1964, N 25 zu Art. 398 OR.

<sup>73</sup> Vgl. für den Kontext der Schadloshaltung Daeniker (Fn. 47), 385 f. Die dort zitierte Statutenbestimmung der im Kanton Zug ansässigen Tansocean Ltd., welche eine Schadloshaltung des Verwaltungsrats durch die Gesellschaft vorsieht, zeigt, dass auch die Praxis Spielraum für Statutenbestimmungen mit einer ähnlichen Stossrichtung sieht.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 695 OR und Art. 758 OR.

<sup>75</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 124; Gericke/Waller (Fn. 5), N 6 zu Art. 758 OR.

leitung, ihre Interessen vor das Gesellschaftsinteresse zu stellen. Beschränkungen, welche direkt die Abgrenzung dieser Interessensphären und damit den Kernbereich der Treuepflicht betreffen, würden gegen die Grundstruktur eines Vertragsverhältnisses mit Mandatscharakter verstossen und sind daher unzulässig.<sup>76</sup> Liegt hingegen ein Sachverhalt vor, bei dem der Kern der Treuepflicht nicht infrage gestellt wird, wie beispielsweise bei der Auswahl von geeigneten Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten, stände einem statutarischen Haftungsausschluss für leicht fahrlässige Verfehlungen wiederum nichts im Wege.

## 1.2 Mögliche Bedenken

Kritisiert werden könnten allgemein die potenziell negativen Auswirkungen solcher statutarischer Haftungsbeschränkungen auf die Stellung der Gläubiger.<sup>77</sup> Innerhalb des gesetzlichen Rahmens ist allerdings eine gewisse Abhängigkeit der Gläubigerstellung von Entscheiden der Aktionäre für die Aktiengesellschaft typisch. Man denke nur an Entscheidungen über die Kapitalausstattung.<sup>78</sup> Hinzu kommt, dass mit dem Ausweis einer Begrenzung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht in den Statuten die notwendige Transparenz gewährleistet wäre (vgl. Art. 647 OR, Art. 10 HRegV sowie Art. 933 Abs. 1 OR): Treten Gläubiger mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen, machen sie dies im Wissen um die modifizierten Haftungsverhältnisse. Bei prospektiven und generell-abstrakten statutarischen Haftungsbeschränkungen besteht damit keine Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung.<sup>79</sup> Unter diesen Voraussetzungen entfalten solche Bestimmungen gegen-

über Gläubigern auch im Konkurs der Gesellschaft ihre Wirkung.<sup>80</sup>

Bedenken mögen sich dann betreffend der Stellung der Arbeitnehmer ergeben. Diesbezüglich ist der Ausgangspunkt für die ganzen Überlegungen zu einer Beschränkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf Grobfahrlässigkeit und Absicht in Erinnerung zu rufen: Bei Grossgesellschaften steht das Haftungssubstrat, das für die Deckung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen herangezogen werden könnte, in keinem Verhältnis zu den potenziellen Schäden. Eine Beschränkung der Haftung hätte deshalb auch keine relevanten Auswirkungen auf die Arbeitsplatzsicherheit der Arbeitnehmer. Im Übrigen sind die Arbeitnehmer, was ihre Lohnforderungen betrifft, bereits konkursrechtlich wirkungsvoll geschützt.<sup>81</sup>

## 2. Moral Hazard

Die Idee einer Beschränkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf grobfahrlässige oder absichtliche Pflichtverletzungen wirft naturgemäss die Frage auf, ob damit nicht ein neuer Fehlanreiz in der Form eines *moral hazard*<sup>82</sup> geschaffen werde.

Dazu sei noch einmal festgehalten, dass niemand in der Lage sein dürfte, sich bewusst leichtfahrlässig zu verhalten. Mit Bezug auf die positive verhaltenssteuernde Wirkung der Haftpflicht dürften sich daher aus einem Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit keine Unterschiede ergeben.

Hinzu kommt, dass auf anderen Wegen ein mindestens ebenso wirkungsvolles Monitoring gewährleistet werden kann. Bei kleinen Gesellschaften werden die Aktionäre diese Funktion unmittelbar wahrnehmen können.<sup>83</sup> Bei mittleren Gesellschaften werden es ins-

<sup>76</sup> Von der Crone/Bloch (Fn. 4), 103. Siehe dazu sogleich auch die Rechtslage in den USA unter V.5.1.

<sup>77</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff., 1695, wo statutarische Haftungsbeschränkungen aus Gläubigerschutzgründen für «rechtspolitisch bedenklich» gehalten werden.

<sup>78</sup> Von der Crone (Fn. 75), § 10 N 3 f., wonach Gläubigeranliegen bei Kapitalveränderungen oftmals in einem Spannungsverhältnis zu den Interessen der Gesellschaft stehen.

<sup>79</sup> Anders zu beurteilen ist der Fall einer individuellen Einwilligung durch die Gesellschaft (BGE 117 II 432, E. 1b/gg). Vgl. weiter für eine Verrechnungseinrede mit Forderungen, die schon vor Konkurseröffnung bestanden haben, BGE 132 III 342, E. 4.1 sowie für den Spezialfall einer Schiedseinrede BGE 136 III 107, E. 2.5.

<sup>80</sup> In dieser Frage noch restriktiver von der Crone/Bloch (Fn. 4), 101 f.

<sup>81</sup> Vgl. dazu die konkursrechtliche Privilegierung von Arbeitnehmerforderungen nach Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG.

<sup>82</sup> Zum Begriff des *moral hazard* vgl. Milgrom/Roberts (Fn. 51), 166: «[P]ostcontractual opportunism that arises because actions that have efficiency consequences are not freely observable and so the person taking them may choose to pursue his or her private interests at the others' expense». Vgl. auch Peter Zweifel/Roland Eisen, *Versicherungsökonomie*, 2. Aufl., Berlin 2003, 295.

<sup>83</sup> Zu den Überwachungsmöglichkeiten der Aktionäre Giger (Fn. 36), 44 ff.

besondere die Versicherungen sein, die über den Selbstbehalt bzw. über eine allfällige Ablehnung der Risikoübernahme bei schlechtem Schadensverlauf für ein Monitoring sorgen.<sup>84</sup> Bei grossen Gesellschaften werden die Reputationsmechanismen des Kapitalmarktes,<sup>85</sup> Analysten<sup>86</sup> sowie aktive Aktionäre<sup>87</sup> diese Funktion übernehmen.

Eine Beschränkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf grobfahrlässige und absichtliche Pflichtverletzung würde mit anderen Worten bestehende Fehlanreize korrigieren, ohne die positive verhaltenssteuernde Wirkung einer Haftpflicht infrage zu stellen. Im Übrigen steht es den Aktionären selbstverständlich frei, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht vollständig auszuschliessen. Mit einer betragsmässigen Beschränkung, sei dies in absoluten Zahlen oder auch relativ, in Abhängigkeit von bezogenen Vergütungen, steht eine sinnvolle Alternative zur Verfügung.<sup>88</sup>

### 3. Bedeutung der wirkungsvollen Durchsetzung

Eine glaubwürdige aktienrechtliche Verantwortlichkeit muss wirkungsvoll durchgesetzt werden. Dies gilt insbesondere auch ausserhalb eines Konkurses. Den (mittelbar geschädigten) Aktionären steht in diesem Fall bekanntlich das Recht zu, den Anspruch der Gesellschaft zu deren Gunsten geltend zu machen (vgl. Art. 756 Abs. 1 OR). Von einem Prozess-erfolg profitieren sie indirekt und proportional zur Grösse ihrer Beteiligung. Der Streitwert allerdings und damit auch die Kosten im Falle einer Abweisung der Klage richten sich nach dem gesamten eingeklag-

ten Schaden.<sup>89</sup> Klagende Aktionäre tragen damit ein überproportionales Risiko.<sup>90</sup> Diese Kostenverteilung macht die Einreichung einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit unattraktiv.<sup>91</sup> Der Verkauf der Aktien erscheint daher oftmals als günstigere Handlungsvariante.<sup>92</sup>

Eine glaubwürdige aktienrechtliche Verantwortlichkeit setzt deshalb Massnahmen zur Überwindung der Kostenhindernisse für die Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage voraus. Der Vorentwurf sieht dazu ein zweistufiges Verfahren vor.<sup>93</sup> Auf einer ersten Stufe sollen Aktionäre der Generalversammlung eine Klage auf Kosten der Gesellschaft beantragen können (Art. 697j VE-OR). Bei Ablehnung dieses Antrags können die Aktionäre auf einer zweiten Stufe das Gericht anrufen (Art. 697k VE-OR). Dieses gewährt das Recht zur Klage auf Kosten der Gesellschaft, wenn eine rechtswidrige Schädigung der Gesellschaft glaubhaft gemacht werden kann.

Das vorgesehene Verfahren trägt zwar allen Interessen Rechnung, dürfte allerdings zu einer weiteren Verlängerung des Verantwortlichkeitsprozesses führen. Zweckmässiger erschiene deshalb ein einfache-

<sup>84</sup> Ruffner (Fn. 12), 286 f. Vgl. von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 12), 26 f. Versicherungsgesellschaften werden nur zu einer Risikoübernahme bereit sein, sofern die betreffende Gesellschaft über eine angemessene Organisation verfügt und das zu versichernde Organ die notwendigen Fähigkeiten für die Tätigkeit mitbringt.

<sup>85</sup> Ausführlich zur Reputation als Element der Verhaltenssteuerung von Verwaltungsräten von der Crone (Fn. 75), § 4 N 319 ff.

<sup>86</sup> Zu dieser Form des (*delegated*) monitoring auch David Vassella, Die Haftung von Ratingagenturen – Ein Beitrag zur Expertenhaftung, Diss. Zürich 2011, N 97 ff.

<sup>87</sup> Zum Einfluss aktiver Aktionäre Georg G. Gotschev, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Diss. Zürich 2005, N 79 f.

<sup>88</sup> Vgl. zu solch einem Konzept einer *responsabilité limitée* schon von der Crone (Fn. 4), 16 ff.

<sup>89</sup> Auf diese Problematik weist auch der Erl. Ber. zum VE-OR 2014, 48 hin.

<sup>90</sup> Statt vieler Böckli (Fn. 30), § 18 N 231. Es ergeben sich die typischen Probleme des kollektiven Handelns und der rationalen Apathie. Vgl. von der Crone (Fn. 75), § 1 N 26 ff.

<sup>91</sup> An der bestehenden Kostenverteilungsregelung von Art. 107 ZPO fällt insbesondere negativ ins Gewicht, dass für die Aktionäre im Zeitpunkt der Klageeinleitung unklar ist, ob die Prozesskosten im Falle eines Unterliegens nach den allgemeinen Regeln ihnen oder ausnahmsweise der Gesellschaft auferlegt werden. Ähnlich Isler/Fischer (Fn. 28), 38; Andreas Casutt, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: Walter R. Schlupe/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht – Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 79 ff., 94. Ebenfalls kritisch mit anderer Begründung Böckli (Fn. 30), § 18 N 232a.

<sup>92</sup> So auch Giger (Fn. 36), 385. Vgl. grundlegend dazu Peter Forstmoser, Exit or Voice – Das Dilemma institutioneller Investoren, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 785 ff., 795 ff.

<sup>93</sup> Art. 697j f. VE-OR, Erl. Ber. zum VE-OR 2014, 115 ff. Siehe dazu auch Damian K. Graf, Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, AJP 2015 (24), 720 ff., 722 ff.

res und rascheres Verfahren, das sich an den Regeln über die unentgeltliche Rechtspflege orientiert.<sup>94</sup>

#### 4. Bedeutung von Art. 678 OR

Eine Beschränkung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf grobfahrlässige und absichtliche Pflichtverletzungen rechtfertigt sich nur soweit, als klassische Geschäftsführungsentscheide zur Diskussion stehen.

Anders gestaltet sich die Ausgangslage in Sachverhalten, in denen die Beziehung zwischen der Gesellschaft und den persönlichen Interessen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern zur Diskussion stehen.<sup>95</sup> Dies gilt insbesondere für ungerichtfertigte Gewinnausschüttungen.<sup>96</sup> Zu einer sinnvollen Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gehört eine Politik der Nulltoleranz betreffend jede Form von missbräuchlicher Ausschüttung von Vermögenswerten der Gesellschaft in das Privatvermögen der Organe.

Dementsprechend ist es auch richtig, wenn der Vorentwurf Rückerstattungsklagen nach Art. 678 OR erleichtert. Dabei ist insbesondere zu begrüssen, dass das restriktive Erfordernis des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage aus dem noch geltenden Art. 678 Abs. 2 OR gestrichen und darüber hinaus auch das Kriterium der Bösgläubigkeit fallen gelassen werden soll.<sup>97</sup>

#### 5. Rechtsvergleichung

Ein internationaler Vergleich zeigt, dass auch andere Rechtsordnungen eine Haftungsbeschränkung auf

grobfahrlässige und absichtliche Pflichtverletzung zulassen.

##### 5.1 USA

Reichhaltige Erfahrungen mit optionalen statutarischen Haftungsbeschränkungen bestehen in den USA.<sup>98</sup> Mittlerweile ist es Aktiengesellschaften in 49 US-Staaten erlaubt, statutarisch die Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen (*duty of care*) so zu modifizieren, dass eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann.<sup>99</sup> In den meisten Bundesstaaten nicht wegbedingt werden dürfen hingegen die Treuepflicht (*duty of loyalty*) sowie die Haftung für bösgläubige Handlungen (*acts not in good faith*) und bei unberechtigten Vorteilen (*improper benefits*).<sup>100</sup> Vermögensentnahmen aus der Gesellschaft werden also vom US-amerikanischen Recht ebenfalls nicht toleriert.

##### 5.2 Japan

Auch nach japanischem Recht kann die Gesellschaft mit ihren Organmitgliedern vertraglich deren Haftung gegenüber der Gesellschaft auf einen bestimmten minimalen gesetzlichen Selbstbehalt beschränken. Voraussetzung für solch eine Haftungsbeschränkung ist, dass die Aktionäre die Gesellschaft mittels Einführung einer entsprechenden Statutenbestimmung zum Abschluss derartiger Verträge ermächtigen. In Bezug auf die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Absicht bleibt aber ebenfalls jegliche vertragliche Modifikation unwirksam.<sup>101</sup>

<sup>94</sup> Siehe dazu weiterführend die Vernehmlassungseingabe des Lehrstuhls von der Crone zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015, abrufbar unter <[http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Vernehmlassungseingabe\\_Revision\\_Aktienrecht\\_LSvdCR.pdf](http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Vernehmlassungseingabe_Revision_Aktienrecht_LSvdCR.pdf)>, 20. Ebenfalls kritisch hinsichtlich des komplizierten Verfahrens Peter Böckli, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 10 (2015), 1 ff., 6.

<sup>95</sup> So bereits von der Crone/Bloch (Fn. 4), 103 f.

<sup>96</sup> Vgl. die Beispiele bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 30), § 50 N 120.

<sup>97</sup> Siehe für eine ausführliche Einschätzung des Vorentwurfs von 2014 bezüglich des Bereichs der Rückerstattungsklage Hans Caspar von der Crone/Yves Mauchle, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 87 (2015), 199 ff., 206 ff. Teilweise kritisch zur Neuregelung Böckli (Fn. 94), 7.

<sup>98</sup> Für einen Überblick James J. Hanks Jr., Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification, *The Business Lawyer* 43 (1998), 1207 ff., 1209 ff.; Stephen M. Bainbridge, *Corporate law*, 2. Aufl., New York 2009, 133 ff.

<sup>99</sup> Die Ausgestaltung der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit variiert je nach Staat, vgl. dazu Knepper/Bailey/Bowman (Fn. 44), § 16.03 ff.

<sup>100</sup> Anschaulich insbesondere die Rechtslage unter dem Delaware General Corporation Law § 102(b)(7), dargestellt bei Knepper/Bailey/Bowman (Fn. 44), § 16.03. Vgl. auch Hanks Jr. (Fn. 98), 1211 ff. Allgemein zur *duty of loyalty* Hanno Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, 500 ff.

<sup>101</sup> Zum Ganzen Norio Mitsuuchi, Japan, in: Alexander Loos (Hrsg.), *Directors' Liability: A Worldwide Review*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2010, 165 ff., 171 f.

## 6. Vergleich mit dem öffentlichen Recht

Ein Ausschluss der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für leichtfahrlässige Pflichtverletzungen mag als Privilegierung von Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern erscheinen. Ein Vergleich mit den für den Bundesrat massgebenden Regelungen entkräftet diese Befürchtung.

Nach Art. 7 f. VG haften die Mitglieder des Bundesrates, wie übrigens nach der kantonalen Regelung auch die Mitglieder der Kantonsregierung,<sup>102</sup> von vornherein nur für grobfahrlässige und absichtliche Pflichtverletzungen.<sup>103</sup> Die Ausgangslage unterscheidet sich aber insofern, als es sich hierbei nur um eine Regresshaftung handelt. Umso mehr erscheint eine identische Haftungsausschlussmöglichkeit für die direkt haftenden Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung gerechtfertigt.

Mit einer Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit und absichtliche Pflichtverletzungen beschreitet das Aktienrecht kein Neuland. Es wird einzig übernommen, was für gewählte Funktionsträger im öffentlichen Recht seit jeher gilt.

## VI. Fazit

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wirkt in der heutigen Form nicht mehr zeitgemäss. Sie stellt mit ihrer unbegrenzten Haftung für jede Form von Pflichtverletzung Anforderungen, die nicht zu erfüllen sind.

Eine realistische und zeitgemässe aktienrechtliche Verantwortlichkeit darf nicht mehr verlangen, als das, was auch geleistet werden kann. Umgekehrt stellt sie aber auch sicher, dass klare Verstösse gegen Gesetz und Statuten wirkungsvoll sanktioniert werden. Das bedingt eine angemessene Ordnung der Prozessrisiken und ein konsequentes Vorgehen gegen unberechtigte Vermögensentnahmen aus der Gesellschaft.

<sup>102</sup> Vgl. beispielsweise § 14 des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich.

<sup>103</sup> Vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2315 ff.