

Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?

Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch*

Inhalt

I.	Einleitung.....	84
1.	Fragestellung	84
2.	Überblick	86
a)	Funktionen der Verantwortlichkeit.....	86
b)	Funktionsversagen.....	86
aa)	Effektivität, Wirksamkeit und Effizienz als Kriterien	87
bb)	Schadenausgleich und Rechtsfriede	88
cc)	Verhaltenssteuerung	89
c)	Zwischenfazit	91
II.	Schadenausgleichsfunktion.....	92
1.	Dogmatische Grundlagen	92
2.	Rechtspolitische Grundlagen	93
a)	Schadentragungsfähigkeit	93
b)	Parteiautonome Risikoübernahme.....	93
c)	Zwischenfazit	95
3.	Folgerungen.....	95
a)	Angleichung von Verantwortlichkeit und Schadentragungsfähigkeit.....	95
b)	Lösungsansätze.....	96
aa)	Vermögensnachweis	96
bb)	Haftungsbeschränkung und Versicherung	96
4.	Beschränkung der Haftung	97
a)	Risikoverteilung	97
aa)	Geschäftsrisiko.....	97
bb)	Von den Organen zu tragende Risiken.....	98
b)	Haftungsbeschränkung	99
aa)	De lege lata.....	99
bb)	De lege ferenda	102
cc)	Exkurs: Erfahrungen in den USA	105
c)	Zwischenfazit	107

* Zu danken ist Herrn lic. iur. Severin Rohner, Fachreferent an der Bibliothek des Rechtswissenschaftlichen Instituts, Zürich, für die wertvolle und flexible Unterstützung bei der Literaturrecherche.

5. Versicherung.....	107
a) Allgemeines.....	107
b) Arten von Versicherungen.....	108
c) Versicherte Risiken und Versicherungsdeckung.....	109
d) Versicherungslösung.....	109
e) Selbstversicherung der Aktionäre durch Diversifikation.....	110
f) Selbstbehalt.....	111
g) Zwischenfazit.....	112
III. Steuerungsfunktion.....	113
IV. Rechtsfriede.....	113
1. Unangemessene Verfahrensordnung de lege lata.....	113
2. Aktienrechtliches Vorverfahren als Lösung.....	115
V. Schluss.....	118

I. Einleitung

1. Fragestellung

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit¹ wird als Selbstverständlichkeit verstanden. Sie gehört gewissermassen zum natürlichen Inventar der Aktienge-

¹ Aus der mittlerweile sehr breiten Literatur vgl. u.a.: BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001; BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999; BÖCKLI PETER, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 Rz 1 ff. und insb. § 18 Rz 107 ff.; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; FORSTMOSER PETER/MEIER HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996; FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Recht – Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005; GABARSKI ANDREW, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genf 2006; GRASS ANDREA, Business Judgement Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich 1998; GROSS KURT JEAN, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Zürich 1990; HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung, Zürich 2008; HASENBÖHLER STEFAN, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich 2003; KUNZ PETER V., Rechtsnatur und Einreedeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993; LÄSER MATTI, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 2010; LUTERBACHER THIERRY, Die Schadminderungspflicht. Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen

sellschaft. Im Zentrum der Diskussion über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit stehen deshalb im Normalfall die technischen Aspekte.² Diese sind nicht nur von grosser praktischer Bedeutung, sondern weisen auch ebenso interessante wie anspruchsvolle Facetten auf. Trotzdem wird nachfolgend für einmal die Grundsatzfrage gestellt, was die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eigentlich leisten kann.³

Verantwortlichkeit, Zürich 2005; NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich 2007; ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29 ff.; SARASIN CHRISTOPHE, Ausgestaltung und Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, Basel 1995; SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2010, in: STOFFEL WALTER (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994; TRIGO TRINDADE RITA, Le conseil d'administration de la société anonyme – composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs, Basel 1996; VETTER MEINRAD, Der Verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff, Zürich/St.Gallen 2006; VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000 II 235 ff.; VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, Zürich 2006; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit Beschränken?, NZZ vom 10. Februar 2006, 29. – Für eine Praxisübersicht vgl. STOFFEL WALTER, Das Gesellschaftsrecht 2010, SZW 2011, 68 ff.

² Für einen Überblick zum Begriff der Verantwortung aus philosophischer Sicht demgegenüber vgl. HOEFFE OTTFRIED, Was ist ein „verantwortlicher“ Wirtschaftsführer? Wider die Verkürzung des Konzepts „Profit“ auf seinen pekuniären Aspekt, NZZ vom 3. April 2010, 29 f. HOEFFE argumentiert u.a., es liege im wohlverstandenen Selbstinteresse der Manager, einer gesellschaftlichen Vorbild- und Führungsrolle zu genügen. Dieses Interesse decke sich mit dem Selbstinteresse des Gemeinwesens (welches wiederum in der Schaffung von Arbeitsplätzen, dem Generieren von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern durch gute Unternehmungsführung bestehe).

³ Vgl. dazu auch VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff. Nachfolgend wird das dort entwickelte Konzept vertieft und zum Teil modifiziert: Statt der 2006 vorgeschlagenen gesetzlichen Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf ein Mehrfaches (zum Beispiel das Fünffache eines Jahressalärs), soll die Haftung für leichte Fahrlässigkeit durch Statutenbestimmung vollständig wegbedungen werden können. Zudem wird klargestellt, dass eine Haftungsbeschränkung bei Treupflichtverletzungen ausser Betracht fallen muss.

Nach einem Überblick über die Funktionen der Verantwortlichkeit und der kursorischen Analyse ihrer Wirksamkeit (Abschnitt I.2.) folgt eine detailliertere Betrachtung, die zusätzlich auch einige Hinweise *de lege ferenda* umfasst (Abschnitte II., III. und IV.).⁴

2. Überblick

a) Funktionen der Verantwortlichkeit

Auszugehen ist von den Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Es sind dies:

- *Erstens* die Funktion des *Schadenausgleichs*. Der Schaden, welcher der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten ihrer Organe entstanden ist, soll ausgeglichen werden.
- *Zweitens* die Funktion der *Verhaltenssteuerung*. Die Organe der Gesellschaft, genauer gesagt der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle, sollen durch die drohende Verantwortlichkeit zur pflichtgemässen Mandatsausübung angehalten werden.
- *Drittens* die Funktion der *Herstellung des Rechtsfriedens*. Pflichtwidriges Verhalten soll für die Betroffenen sichtbar sanktioniert und damit der Rechtsfriede gewahrt werden.⁵

b) Funktionsversagen

Bereits eine kursorische Analyse zeigt, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit diese Funktionen zumindest bei grösseren Gesellschaften nur beschränkt erfüllen kann.

⁴ Vgl. auch den Beitrag von ROLF H. WEBER in diesem Tagungsband.

⁵ Ähnlich BÄRTSCHI (FN 1), 19 ff.; vgl. auch NIKITINE (FN 1), 70 ff.; vgl. RUFFNER MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 280; vgl. ferner zu der ähnlichen Frage der Funktionen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, 9 f., der insbesondere auch darauf hinweist, dass das Haftpflichtrecht *keinen pönalen Charakter* aufweist, was selbstredend auch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gilt.

aa) *Effektivität, Wirksamkeit und Effizienz als Kriterien*

Die Leistungsfähigkeit einer Regelung bestimmt sich anhand von zwei funktionalen Kriterien:

- *Erstens* sollte eine Regelung halten, was sie verspricht. Jede Regelung, die mehr verspricht, als sie leisten kann, enttäuscht Erwartungen und stellt damit das Vertrauen in das Funktionieren der Gesetze und des Rechtsstaats in Frage.⁶ Die Regelung hat mit anderen Worten *effektiv* und *wirksam*⁷ zu sein. Relevant ist dabei nicht bloss die materielle Regel, sondern die Gesamtsicht einschliesslich ihrer verfahrensmässigen Umsetzung.
- *Zweitens* sollte eine Regelung insbesondere wenn sie, wie dies bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Fall ist, einen klassischen Bereich des Wirtschaftsrechts betrifft, ökonomisch effizient⁸ sein. Die Regelung muss demnach zu einer optimalen Allokation der sogenannten „agency costs“⁹ führen, also der Kosten, die sich aus der für die Aktiengesellschaft konstitutiven Trennung zwischen Eigentümerstellung und Führung der Gesellschaft ergeben.

⁶ Nach LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 137, ist es Funktion des Rechtssystems, berechnete Erwartungen generell zu stabilisieren, auch wenn sie im Einzelfall enttäuscht werden.

⁷ Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bern 2007, abrufbar unter <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/gleitfd.pdf>, 168, Rz 435, Titel 2644: „Retrospektive Evaluationen bezwecken eine empirisch sorgfältig abgestützte Erfolgskontrolle von staatlichen Massnahmen, die bereits in Kraft gesetzt und umgesetzt worden sind. Sie dienen insbesondere der Ermittlung und Beurteilung der Effektivität (Befolgung oder Durchsetzung der Normen bzw. Gesetzeskonformität des Vollzugs), Wirksamkeit (Grad der Zielerreichung) und Wirtschaftlichkeit (Effizienz) staatlicher Massnahmen“; MADER LUZIUS, Zur Evaluation von Gesetzen: Vom normativen Idealismus zur evidenzorientierten Gesetzgebung – Einleitende Bemerkungen zur Gesetzesevaluation, digma 2008, 62, 63.

⁸ VON DER CRONE HANS CASPAR, Rahmenverträge, Zürich 1993, 79; gemäss Bundesamt für Justiz (FN 7) und MADER (FN 7), 63, besteht dieses Erfordernis allgemein. Für eine inhaltliche Diskussion der Effizienzkriterien vgl. RUFFNER (FN 5), 38 ff.

⁹ Vgl. JENSEN MICHAEL C./MECKLING WILLIAM, Theory of the Firm, 3 Journal of Financial Economics (1976), 305; vgl. etwa auch BAINBRIDGE STEPHEN M., Corporate Law, 2. Aufl., New York 2009, 75 ff.; MERKT HANNO/GÖTHEL STEPHAN, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, 105 ff.; NIKITINE (FN 1), 13.

bb) Schadenausgleich und Rechtsfriede

Die geltende Regelung erfüllt dieses Kriterium der Leistungsfähigkeit nicht. Am deutlichsten wird dies beim Schadenausgleich, der ersten und wohl auch wichtigsten Funktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Ein funktionierender Schadenausgleich setzt voraus, dass das Organ, das pflichtwidrig gehandelt hat, in der Lage ist, den entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie die Revisionsstelle müssten also für den Fall einer pflichtwidrigen Schädigung über die nötigen Mittel zum Ersatz des Schadens verfügen oder sich die dazu notwendige Versicherungsdeckung beschaffen können. Beides ist bei grossen und namentlich bei kotierten Aktiengesellschaften nicht der Fall: Privatpersonen sind in der Regel wirtschaftlich nicht leistungsfähig genug, um einen allfälligen Schaden persönlich zu decken. Die in der Praxis maximal verfügbare Versicherungsdeckung steht in keinem Verhältnis zum potentiellen Schaden.¹⁰

Bei bedeutenden Unternehmen zeigt die aktienrechtliche Verantwortlichkeit damit Züge eines weder trag- noch versicherbaren Grossrisikos.¹¹

Auch wenn als Konsequenz der Finanzkrise die Milliarde zur wirtschaftlichen Grundeinheit geworden zu sein scheint, übersteigen beispielsweise Ansprüche von insgesamt CHF 2.8 Mia.¹² wie sie der Konkursverwalter der Swissair als „zweite Welle“ bei den Organen einzufordern versucht, das Vermögen auch von gut verdienenden Personen ganz offensichtlich gerade um mehrere Dimensionen. Noch drastischer zeigte sich die Uneinbringlichkeit im Nachgang zur Finanzkrise. Es ist es wenig plausibel, dass etwa bei der UBS AG Verluste in zweistelliger Milliardenhöhe eingetreten sein sollen,

¹⁰ Vgl. VON DER CRONE (FN 3), 2, 5, m.w.H.; KESSLER, D&O Message 2011; Wie sich Manager versichern, NZZ vom 14.5.2010, 28; KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter vom 24. Oktober 2011; <www.organhaftpflicht.ch>.

¹¹ VON DER CRONE (FN 3), 4.

¹² CHF 2.8 Mia. gemäss NZZ am Sonntag vom 22. Mai 2011, 33; zusätzlich CHF 1 Mia. gegen 1999 zurückgetretene Verwaltungsräte, vgl. NZZ am Sonntag vom 21. August 2011, 35.

ohne dass wenigstens in Einzelfällen eine Pflichtverletzung vorgelegen hat.¹³ Dennoch wurden die potentiellen Kosten von Verantwortlichkeitsprozessen mit Billigung der Aufsichtsbehörden als höher eingeschätzt als ihr potentieller Nutzen. In dieser Kosten-Nutzen-Abwägung hat die Tatsache, dass selbst bei Obsiegen in der Sache dem Unternehmen kaum substantielle Mittel zufließen würden, mit Sicherheit eine entscheidende Rolle gespielt.¹⁴

Es ist daher rational erklärbar, wenn es nicht zu Klagen kommt.¹⁵ Dem Rechtsfrieden allein zu liebe macht ein Verantwortlichkeitsprozess nämlich weder für die Gesellschaft noch für die Aktionäre Sinn – so sehr das die Öffentlichkeit und die Politik enttäuschen mag.

cc) *Verhaltenssteuerung*

Das potentielle Versagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in ihrer Schadenausgleichsfunktion bedeutet noch nicht, dass sie nicht wenigstens auf der Ebene der Verhaltenssteuerung einen positiven Beitrag leisten könnte.

Eine Kontrollüberlegung zeigt allerdings, dass eine *ineffektive* und *unwirksame* Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ganz im Gegenteil potentiell kostspielige und unerwünschte Nebenwirkungen zeigen kann.

Ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit besteht, wenn die vier klassischen Voraussetzungen gegeben sind: Schaden, Pflichtverletzung, adä-

¹³ Vgl. Tagesanzeiger online vom 14. Oktober 2010, abrufbar unter <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/UBS-klagt-nicht-gegen-Ospel-Kurer-und-Rohner/story/13322569>, der PETER FORSTMOSER zitiert mit der Aussage: „... dass für eine Reihe potentieller Verantwortlichkeitsklagen aus rechtlicher Sicht durchaus Erfolgschancen bestehen.“; vgl. auch NZZ am Sonntag vom 15. Oktober 2010, 23.

¹⁴ Hinzu kam, dass ein Erfolg in diesem Prozess die Aussichten im ausländischen Verfahren zum Nachteil des Unternehmens verschlechtert hätten; vgl. zum Ganzen: UBS, Transparenzbericht, abrufbar unter <www.ubs.com/1/ShowMedia/transparencyreport?contentId=184613&name=Transparenzbericht_de.pdf>, 53 und insb. 57-59, wo auch die diesbezüglichen externen Gutachten referiert werden.

¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich den Beitrag von PETER ISLER/RENÉ FISCHER in diesem Tagungsband. Zum Problem der sog. *rationalen Apathie* der Aktionäre allgemein vgl. z.B. RUFFNER (FN 5), 173 ff. und 436 ff. je m.w.H.; vgl. auch FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 1), 105.

quater Kausalzusammenhang und Verschulden (Art. 754 Abs. 1 OR). Dabei begründet bereits die leichtfahrlässige Pflichtverletzung eine Schadenersatzpflicht. Leicht fahrlässig ist ein Verhalten, das auch einer grundsätzlich korrekt handelnden Person unterlaufen kann. Sie definiert sich als: *Geringe Abweichung von der üblichen Sorgfalt, die praktisch jeder Person unterlaufen könnte*.¹⁶ Wer ein Mandat als Verwaltungsrat oder Geschäftsleitungsmitglied übernimmt, kann mit anderen Worten bei allem guten Willen nie vollständig ausschliessen, dass ihm eine leicht fahrlässige Pflichtverletzung unterläuft.¹⁷ Die heutige Rechtslage stellt Kandidatinnen und Kandidaten für Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung demnach vor eine schwierige Wahl: Entweder sie übernehmen mit dem Mandat das Risiko, sich potentiell in einem Umfang verantwortlich zu machen, der weit jenseits der persönlichen finanziellen Leistungsfähigkeit liegt – oder sie verzichten auf die Mandatsübernahme.

Wer seine Verantwortung ernst nimmt, wird bei dieser Ausgangslage tendenziell auf die Übernahme eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandates verzichten. Die geltende Ausgestaltung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit führt mit anderen Worten zu einem Verdrängungseffekt (*crowding out*), also einer *negativen Selektion*. Pointiert formulierte dies BÄR: „*Wird das Risiko für das persönliche Vermögen, verglichen mit den potentiellen Vorteilen, allzu gross, so wirkt dies kontraproduktiv: Nicht mehr die Wägsten und Besten stellen sich zur Verfügung, sondern die Kurzsichtigen und Leichtsinnigen*“.¹⁸

¹⁶ Statt aller: SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, 147 Rz 22.22. Zudem gilt im vertraglichen Bereich ein objektivierter Sorgfaltsmassstab, SCHWENZER, im zitierten Werk, 145 f. Rz 22.14 ff.

¹⁷ VON DER CRONE (FN 3), 14; ähnlich BK-WEBER, Art. 100 OR N 97 m.H. u.a. auf BÄR ROLF, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAG 1986, 57, 59.

¹⁸ BÄR (FN 17), 58.

Die subjektive Risikopräferenz von Menschen weist eine gewisse Streuung auf. Statistisch gesehen die Regel ist allerdings eine mehr oder minder ausgeprägte Risikoaversion.¹⁹ Personen mit einer solchen normalen Risikopräferenz werden sich nur zurückhaltend für ein Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandat zur Verfügung stellen. Zumindest im Sinn der *anecdotal evidence* wird diese These durch die Praxis bestätigt. Die Besetzung von Verwaltungsratsmandaten fällt heute offensichtlich wesentlich schwerer, als es in der Vergangenheit der Fall war.²⁰

Wer demgegenüber vom statistischen Normalfall der Risikoaversion abweichend zur Risikoneutralität tendiert, wird sich die Übernahme eines derart exponierten Mandats mit einer angemessenen Risikoprämie entgelten lassen. Auch dieser Faktor ist aus der Praxis bestens bekannt. Der Hinweis auf das hohe Risiko ist eines der Hauptargumente zur Begründung hoher Saläre etwa von CEOs.²¹

c) *Zwischenfazit*

Die geltende Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit scheitert damit nicht nur in der Schadenausgleichsfunktion, sondern sie zeigt zudem unerwünschte Nebenwirkungen beim Kreis der möglichen Organmitglieder und bei den Konditionen der Anstellung: Der Pool der möglichen Verwal-

¹⁹ COOTNER ROBERT/ULEN THOMAS, *Law & Economics*, 6. Aufl., Boston 2012, 43-47; VON DER CRONE HANS CASPAR, Risiko und Corporate Governance, in: VON DER CRONE/FORSTMOSER/WEBER/ZÄCH (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 553, 555, FN 13 und 14.

²⁰ Vgl. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 1), 106 Rz 321, die feststellen, dass es für Gesellschaften in unsicheren Situationen zunehmend schwierig wird, geeignete KandidatInnen zu rekrutieren.

²¹ VON DER CRONE (FN 19), 559: „*Wer Risiken übernimmt, die er nicht durch Diversifikation beseitigen kann, verlangt eine Risikoprämie*“; vgl. auch HOSTETTLER STEPHAN, *Managersaläre sind für Verwaltungsräte oft ein heisses Eisen. Beobachtungen aus der Praxis*, NZZ vom 14. September 2007, 61: „*Zwar haben Manager in Strategie- und finanziellen Fragen das Wohl des Unternehmens durchaus im Auge. Gleichzeitig verhalten sie sich bei der eigenen Vergütung in aller Regel rational und optimieren – verständlicherweise – ihr eigenes Risiko-Rendite-Profil. Damit geht einher, dass ihre Interessen in einzelnen Punkten von denjenigen des Unternehmens bzw. der Aktionäre abweichen können*“ (Hervorhebung d. Verf.).

tungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder reduziert sich auf die Teilmenge der statistisch gesehen überdurchschnittlich risikofreudigen Personen. Kommt hinzu, dass das Risikoprofil des Mandates diesen statistisch überdurchschnittlich risikofreudigen Personen auch legitime Argumente für die Forderung nach hohen Salären vermittelt, was angesichts der wenig rational ablaufenden Salärdebatte kaum wünschenswert sein kann.

Die Regelung ist somit nicht nur nicht optimal *wirksam*, da sie ihr Ziel des Schadenausgleichs nicht erreicht, sondern auch nicht *effektiv*, da sie aus Kosten- Nutzenüberlegungen oft nicht durchgesetzt wird. Kommt hinzu, dass die Regel Aufwände erzeugt, ohne wirksam und effektiv zu sein. Sie ist damit auch *ineffizient*.

Diese Ergebnisse können nicht im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse stehen; dementsprechend besteht Handlungsbedarf²².

II. Schadenausgleichsfunktion

1. Dogmatische Grundlagen

Ausgangspunkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist die Pflichtverletzung eines Verwaltungsrats, eines Geschäftsleitungsmitglieds oder der Revisionsstelle, wodurch die Gesellschaft zu Schaden kommt. Rechtsfolge ist die Pflicht zum Ersatz der Differenz zwischen der Vermögenslage vor und nach dem schädigenden Ereignis, bemessen nach der sogenannten Differenzhypothese²³. Ziel und *ratio* der Schadenersatzbestimmung ist die ökonomische Wiederherstellung des *status quo ante*. Mit der Geldzahlung soll die Gesellschaft wirtschaftlich so gestellt werden, wie wenn die Organe ihre Aufgabe pflichtgemäss erfüllt hätten.

²² GLM.: FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 1), 106 f.

²³ Zum Schadensbegriff statt aller: SCHWENZER (FN 16), 77 ff. Rz 14.03 ff.

2. Rechtspolitische Grundlagen

a) Schadentragungsfähigkeit

Der klassische Grundsatz „*neminem laedere*“²⁴ verbietet jedes potentiell schädigende Verhalten. Als allgemeines Schädigungsverbot verstanden ginge dieser Grundsatz an den Realitäten des heutigen Güter- und Rechtsverkehrs vorbei.²⁵ Geltungszeitlich gelesen sagt diese zwei Jahrtausende alte Regel für Kontakte zwischen Privatpersonen, dass das Risiko einer Schädigung anderer wenn überhaupt nur dann eingegangen werden darf, wenn der Schädiger fähig ist, den potentiellen Schaden zu ersetzen. Dies deckt sich auch mit einem liberalen Konzept der Verantwortlichkeit: Wer verantwortungsbewusst handelt, geht das Risiko einer Schädigung anderer nur ein, wenn er oder sie in der Lage ist, den potentiellen Schaden zu tragen. Das Eingehen von Risiken, deren Konsequenzen man nicht tragen kann, zeugt nicht positiv von Wagemut, sondern negativ von fehlendem Verantwortungsbewusstsein.²⁶ Das zeigt auch ein Blick auf einen Alltagssachverhalt: Wer keine Privathaftpflichtversicherung abschliesst, wird nicht als verantwortungsbewusst („*er oder sie steht selbst für den Schaden ein*“), sondern als verantwortungslos wahrgenommen („*er oder sie hat nicht vorgesorgt und ist nun möglicherweise nicht im Stande, die Folgen seines Handelns zu tragen*“).

Noch klarer ist der Fall bei gefahrgeneigter Tätigkeit, soweit der Gesetzgeber die Versicherungspflicht hier nicht von vornherein zwingend anordnet, wie im Bereich des Strassenverkehrs (Art. 11 Abs. 1, Art. 52 Abs. 3 lit. d SVG) oder in regulierten Branchen wie z.B. bei Anwälten (Art. 12 lit. f BGFA).

b) Parteiautonome Risikoübernahme

Das Gesagte gilt jedenfalls für die vertragliche Haftung. Anders als die ausservertragliche Haftung für Zufallskontakt beruht die vertragliche Haftung auf einer von den Parteien bewusst gestalteten Beziehung (Art. 19 OR). Die

²⁴ Der Grundsatz gilt als „*allgemeines Rechtsprinzip*“, vgl. BGer 6B_247/2010 vom 3. Juni 2010, E. 2.4.3.; vgl. ferner BGE 133 III 6, 10, E. 5.1.: Art. 41 OR als Anwendungsfall des Grundsatzes.

²⁵ CALABRESI GUIDO, *The Cost of Accidents*, New Haven/London 1970, 17 f.

²⁶ BÄR (FN 17), 58; VON DER CRONE (FN 3), 14.

Parteien selbst legen fest, wer sich wie zu verhalten hat.²⁷ Damit kann für die vertragliche Haftung noch viel eher als für die ausservertragliche erwartet werden, dass niemand eine Verantwortung übernimmt, die er oder sie nicht tragen kann. Das illustriert auch die Rechtsfigur des *Übernahmeverschuldens*²⁸. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist in erster Linie eine Haftung aus einem privatrechtlich begründeten Mandatsverhältnis. Damit liegt ungeachtet der weitgehend zwingenden Natur der einschlägig gesetzlichen Bestimmungen keine Haftung aus Zufallskontakt, sondern ein Sachverhalt einer privatautonom übernommenen Verantwortung vor.

Grobe Fahrlässigkeit, geschweige denn Absicht, lassen sich vermeiden; leichte Fahrlässigkeit dagegen kann definitionsgemäss auch dem sonst Sorgfältigen unterlaufen. Dies ergibt sich schon aus der bereits erwähnten Umschreibung der leichten Fahrlässigkeit als *geringe Abweichung von der üblichen Sorgfalt, die praktisch jeder Person unterlaufen könnte*.²⁹ Grobe Fahrlässigkeit dagegen definiert sich als: *Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem und hohem Mass oder die Missachtung elementarer Vorsichtsmaßnahmen, die jeder Person einleuchten*.³⁰

Wer im Allgemeinen sorgfältig handelt, sollte keine unübersehbaren Haftungsrisiken tragen müssen. Eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit dagegen wird gerade der Verantwortungsbewusste schon aus grundsätzlichen Überlegungen nicht von sich weisen. Wer die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht gegen sich gelten lassen will, bringt damit von vornherein zum Aus-

²⁷ BaK-WIEGAND, Art. 100 N 1 (Privatautonomie); die privatautonome Risikoallokation ist Ausfluss des Aspekts der Inhaltsfreiheit, vgl. zum Begriff statt aller: SCHWENZER (FN 16), 178 Rz 26.19 und 247 Rz 32.01 ff.; vgl. auch KÖTZ HEIN, Zur Effizienz von Haftungsausschlussklauseln, in: OTT/SCHÄFER (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Berlin etc. 1988, 189, 193 ff. und insb. 195: „*In einer idealen Welt würden rational handelnde Vertragsparteien ihren eigenen Vorteil – und gleichzeitig den gesamtgesellschaftlichen Vorteil – dann maximieren, wenn sie eine Vereinbarung trafen, nach der die Risiken der Vertragsabwicklung demjenigen zugeordnet werden, der diese Risiken mit geringeren Kosten als die andere Partei abwenden kann*“; zum *cheapest cost avoider* vgl. grundlegend CALABRESI (FN 25), 136 ff. sowie SCHÄFER HANS BERND/OTT CLAUDIUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 2005, 404.

²⁸ Statt aller: SCHWENZER (FN 16), 146 Rz 22.19.

²⁹ Siehe FN 16.

³⁰ Siehe FN 16.

druck, dass er oder sie nicht fähig oder willens ist, die übernommene vertragliche Verpflichtung korrekt zu erfüllen. Dementsprechend lässt auch Art. 100 OR eine Freizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit zu.³¹

c) *Zwischenfazit*

Da auch sorgfältig handelnde Personen eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht vollständig ausschliessen können, läuft eine Mandatsübernahme auf die Übernahme potentiellen Schadenausgleichspflicht hinaus. Die Übernahme einer Schadenausgleichspflicht ohne die Fähigkeit zum Schadenausgleich aber zeugt von fehlendem Verantwortungsbewusstsein.

3. Folgerungen

a) *Angleichung von Verantwortlichkeit und Schadentragungsfähigkeit*

Die Übernahme eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandates soll besondere Fähigkeiten und nicht besondere Risikopräferenzen voraussetzen. Rechtspolitisches Ziel muss es deshalb sein, Verantwortung und Schadentragungsfähigkeit zur Deckung zu bringen.³² Dies gilt umso mehr, als es nicht Aufgabe der Organe ist, jedem geschäftlichen Risiko aus dem Weg zu gehen.

³¹ Vgl. BK-WEBER, Art. 100 N 2 und 89 m.w.H., der darstellt, dass die zwingende Haftung für Vorsatz bereits dem römischen Recht bekannt war („*Dolus semper praestetur*“, Dig. 50, 17.23) und dass die grobe Fahrlässigkeit im OR dem gleichgestellt wurde, um Grenzfälle zu vermeiden und ihr Willensmangelement zu würdigen.

³² Vgl. u.a.: LINDER TATJANA/VON DER CRONE HANS CASPAR, die Revisionsstelle in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2007, 489, 496; PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, AJP 1/2009, 12, 17 f.: „*Erwünschte Normierung einer Beschränkung der Haftung des Verwaltungsrats*“ und insb. in zitiertem Aufsatz 18: Die Beschränkung der Haftung. „(...) *macht dem, der Verantwortung ernst nimmt, die Übernahme der Verantwortung möglich, weil er sie tragen kann*“; ähnlich FORSTMOSER (FN 1), 339 Rz 1202; vgl. auch SCHNYDER ANTON K., Verantwortlichkeitsansprüche gegen Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft – und deren Versicherbarkeit, in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, FS für Heinz Rey, Zürich 2003, 319, *passim*; VON DER CRONE (FN 3), 16 und *passim*.

Im Rahmen der Rollenteilung zwischen Prinzipal und Agent, ist es im Gegenteil gerade die Aufgabe von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, das Unternehmen unter Inkaufnahme vernünftiger geschäftlicher Risiken zu führen: Gewinne lassen sich nicht risikofrei erzielen.³³ Und die Gewinnstrebigkeit ist ein zentrales Merkmal der Aktiengesellschaft (Art. 620 Abs. 3 OR *e contrario*).

b) Lösungsansätze

aa) Vermögensnachweis

Verantwortung und Fähigkeit zur Schadenstragung können auf verschiedenem Weg zur Deckung gebracht werden: Denkbar, wenn auch wenig hilfreich, wäre ein Vermögensnachweis. Dann könnte ein Organmandat nur übernehmen, wer auch in der Lage ist, einen allfälligen Schaden zu decken. Angesichts der eingangs erwähnten Dimension möglicher Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hätte eine solche Regelung vor allem prohibitiven Charakter. Dasselbe würde für die Bereitstellung von Mitteln im Sinn einer Kautionsbedingung für die Mandatsübernahme oder von Pflichtaktien wie im alten Aktienrecht gelten³⁴.

bb) Haftungsbeschränkung und Versicherung

Damit verbleiben zwei Optionen:

- *Erstens* die Haftungsbeschränkung unter einem Verzicht auf den vollen Schadenausgleich.

³³ Vgl. etwa DAENIKER DANIEL, Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten?, GesKR 2009, 378, 378 f. m.w.H., VON DER CRONE (FN 3), 6 m.w.H. in FN 25.

³⁴ Art. 707 aOR; die Ausgestaltung war allerdings nicht zielführend, weil eine treuhänderisch gehaltene Pflichtaktie das Erfordernis erfüllte. Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3148, 3229 bei FN 73 m.w.H.

- *Zweitens* die Versicherung³⁵ oder allgemeiner gesagt, die Risikoabsicherung durch Einbringung des Risikos in einen Pool möglichst gleichartiger, aber nicht korrelierter Risiken³⁶.

4. Beschränkung der Haftung

a) Risikoverteilung

aa) Geschäftsrisiko

Zuerst soll die Frage einer möglichen Haftungsbeschränkung betrachtet werden. Dazu ist vorab zu klären, welches Risiko der Verwaltungsrat überhaupt tragen soll. Uneingeschränkte Schadenstragungsfähigkeit wird (zunächst) vom Prinzipal verlangt und nicht vom Agenten. Illustrativ ist dabei der Gedanke der arbeitsvertraglichen Regelung von Art. 321e Abs. 2 OR^{37,38}.

³⁵ Vgl. KÖTZ (FN 27), 195: Kann der Schadeneintritt nicht verhindert werden, „so würde das Risiko von derjenigen Vertragspartei übernommen werden, die es mit geringeren Kosten als die andere unter Versicherungsschutz bringen kann“; zum *cheapest insurer* vgl. a. SCHÄFER/OTT (FN 27), 406 f.

³⁶ Vgl. POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl., Austin etc. 2011, 130 sowie 587 ff., der auf die Möglichkeit zur *Selbstversicherung* durch Diversifikation hinweist; zum *superior risk bearer* vgl. a. SCHÄFER/OTT (FN 27), 412 f.

³⁷ „Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, (...)“ (Hervorhebung. d. Verf.); BÄR (FN 17), 59 f.; vgl. zu Art. 321e Abs. 2 OR etwa STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, 173 ff., Art. 321e OR N 3 und 6 ff insb. N 7, mit zahlreichen Hinweisen: „Das Schweizer Recht hat sich damit dem deutschen Recht angeglichen, wo man von gefahren- oder schadensgeneigter Arbeit spricht (...)“; vgl. auch BK-REHBINDER, Art. 321e N 21, der Art. 321e Abs. 2 OR als eine „Konkretisierung der allgemeinen Reduktionsgründe“ bezeichnet und im zitierten Werk, N 26 a.E. ausführt: „Der Arbeitgeber darf dieses [Berufs-]Risiko nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen“ (Anm.d.Verf.). Vgl. auch ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 321e N 23: Das Vorliegen einer gefahren- oder schadensgeneigten Arbeit rechtfertigt es, „das Betriebsrisiko als Teil des Unternehmerrisikos zu behandeln und den Schaden ganz oder teilweise auf den Arbeitgeber zu überwälzen. (...) Erhöhtes Berufsrisiko führt somit zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes oder zu ihrem Wegfall“.

³⁸ Das Zivilgericht Basel (BJM 1991, 135, 138 f., E. 8) wandte Art. 321e Abs. 2 OR auf die Organhaftung in einem Fall einer Klage der Gesellschaft an, in der die

Art. 321e Abs. 2 OR verbietet im Ergebnis eine Verschiebung des allgemeinen Betriebsrisikos, zu dem das für die betreffende Tätigkeit typische Berufsrisiko zählt, auf den Arbeitnehmer.

Diese Überlegungen sind auch im durch Art. 717 OR geprägten Verhältnis des Verwaltungsrates zur AG relevant.³⁹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sind in das Unternehmen integriert und führen dieses auf Rechnung und Risiko der Aktionäre. Damit entspricht die Ausgangslage beim Organverhältnis wertungsmässig derjenigen beim Arbeitsvertragsrecht und nicht etwa der beim einfachen Auftrag. Beim einfachen Auftrag nimmt der Beauftragte zwar fremde Interessen wahr, er tut dies aber im Rahmen seines eigenen Geschäftes und damit, was das finanzielle Ergebnis seiner Tätigkeit betrifft, auf eigene Rechnung (vgl. Art. 400 Abs. 1 sowie Art. 402 Abs. 1 OR). Eine analoge Anwendung des Gedankens von Art. 321e Abs. 2 OR auf Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung ist damit systemkonform. Das Funktionsrisiko von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ist im Aktienrecht ebenso Teil des Betriebsrisikos, wie es das Berufsrisiko des Arbeitnehmers im Arbeitsvertragsrecht ist. Auch bei der Aktiengesellschaft ist es deshalb richtig, die Eigentümer, also die Aktionäre, dieses allgemeine Funktionsrisiko tragen zu lassen. Schliesslich steht ihnen auch der residuale Anspruch⁴⁰ zu, also die Aussicht auf einen allfällig erzielten Gewinn (Art. 660 Abs. 1 OR sowie Art. 745 Abs. 1 OR).

bb) Von den Organen zu tragende Risiken

Notwendigerweise den Organen zuzuweisen sind demgegenüber Schäden aus der Verletzung der Treuepflicht oder von elementaren Regeln der Entscheidungsfindung⁴¹ (vgl. Art. 717 OR). Erstere haben nichts mit einem allgemeinen Betriebsrisiko zu tun. Die Aktionäre müssen nicht damit leben, dass

Organperson auch Arbeitnehmerin war, vgl. dazu kritisch STREIFF/VON KAENEL (FN 37), 176, Art. 321e N 6.

³⁹ Vgl. BÄR (FN 17), 59 f.; VON DER CRONE (FN 3), 14 f.

⁴⁰ Vgl. die Hinweise bei VON DER CRONE (FN 3), 14, FN 73.

⁴¹ Ausführlich VON DER CRONE (FN 3), 6 f. FN 29 m.w.H.: „Aus der zitierten Rechtsprechung wird deutlich, dass die Gerichte Verantwortlichkeitsklagen mit der nötigen Zurückhaltung beurteilen“; vgl. umfassend NIKITINE (FN 1), 125 ff., 143 f., 145 ff. und 161 sowie *passim*.

die Organe die eigenen Interessen vor diejenigen der Gesellschaft stellen. Zweitens fallen in die Risikosphäre der Organe, denn auch wenn Aktionäre mit einem gewissen Fehlerrisiko rechnen müssen, dürfen sie davon ausgehen, dass die Organe in der Entscheidungsfindung sorgfältig und strukturiert vorgehen.

b) *Haftungsbeschränkung*

Nach diesen Erwägungen zu der Risikoverteilung sollen nachfolgend die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung betrachtet werden.

aa) *De lege lata*

Im Ergebnis haftungsbeschränkend würde die Einwilligung der Aktionäre wirken. Formell sieht das Aktienrecht eine Einwilligung nur in der Form der Décharge und damit *ex post* vor. *Ex ante* wäre eine Einwilligung, etwa im Rahmen einer Genehmigung durch die GV nur soweit relevant, als sämtliche Aktionäre einem Geschäft zustimmen, das im Rahmen von Art. 716a OR zulässigerweise von der Generalversammlung an sich gezogen wurde.⁴² In Frage kämen dafür nur Geschäfte ohne strategische Bedeutung. Damit hätte eine Haftungsbeschränkung durch Kompetenzattraktion seitens der Generalversammlung keine praktische Relevanz. Eine Konsultativabstimmung wäre demgegenüber nur indirekt über das Rechtsmissbrauchsverbot als Einrede wirksam, wenn eine Klage seitens eines Aktionärs erhoben wird, der dem Antrag zugestimmt hat. Diesfalls könnte das Verbot des *venire contra factum proprium* einredeweise entgegen gehalten werden.⁴³ In jedem Fall aber wäre

⁴² ISLER MARTINA, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Zürich 2010, 222: Für den Fall der beschlusskompetenten GV ist der Verwaltungsrat bei richtiger Ausführung geschützt; sowie im zitierten Werk 224: Für den Fall der zulässigen Genehmigung nur (i) bei Unterbreitung eines tauglichen Vorschlags, (ii) bei richtiger Ausführung und wenn (iii) alle Aktionäre zustimmen.

⁴³ ISLER (FN 42), die auch Raum für die Annahme einer Einwilligung sieht 137 f. m.w.H.; a.A. BÖCKLI (FN 1), § 13 N 456 f.

eine Einwilligung der Aktionäre oder die Rechtsmissbrauchseinrede aufgrund Aktionärsverhalten gegenüber den Gläubigern irrelevant.⁴⁴

Vorgeschlagen wird eine Freistellung (*indemnification*) durch die Gesellschaft.⁴⁵ Sie hätte aber nach richtiger Ansicht im Fall des Unterliegens im Haftpflichtprozess keine Wirksamkeit⁴⁶, träte sonst doch Zirkularität ein⁴⁷. Zudem wäre sie im praktisch besonders wichtigen Fall des Konkurses ohnehin nicht durchsetzbar.

Zu prüfen ist sodann eine parteiautonome Haftungsbegrenzung im Sinn von Art. 100 OR.⁴⁸ Bei mandatsähnlichen Verhältnissen wird dogmatisch von

⁴⁴ Vgl. ISLER (FN 42), 121 ff. und insbes. 131 f.: Die Wirkung einer Einrede hat die Konsultativabstimmung in drei Fällen: (i) Gegenüber der klagenden Gesellschaft falls alle Aktionäre zugestimmt haben, (ii) gegenüber dem in Prozessstandschaft für die Gesellschaft klagenden Aktionär, wenn dieser zugestimmt hat, (iii) gegenüber einem direkt geschädigten Aktionär, der zugestimmt hat. Da die Gläubiger im Konkurs einen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend machen, können Einreden, die aus dem Verhältnis Aktionäre-Gesellschaft stammen, im Konkurs nicht angerufen werden (vgl. weiter FN 54 unten).

⁴⁵ BÖCKLI (FN 1), § 13 Rz 861 ff.; CATALAN PHILIPPE, *Schadloshaltung und Haftungsausschluss bei Leitungsorganen einer Aktiengesellschaft*, Zürich 2007, 24 f.; DAENIKER (FN 33), 386 f.; diskutiert wird von den genannten Autoren in diesem Zusammenhang auch die Problematik des Prozesskostenvorschusses, für den analoge Überlegungen gelten; darauf wird verwiesen. Vgl. ferner: MANNSDORFER THOMAS M., *Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung – Vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten, Zurechnung von Wissen und Tatsachen (Severability) und Mischfallregelungen (Allokation)*, HAVE 2010, 222, 225 bei FN 38; BAUEN MARC/VENTURI Silvio, *Der Verwaltungsrat*, Zürich 2007, 311 Rz 814 f., 311; BAZZANI CLAUDIO, *Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder*, Zürich 2007, 80 f.; MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, *Der Verwaltungsrat*, Zürich 2007, 374; NIKITINE (FN 1), 75 f. Gemäss FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 1), 80, Rz 247 sind solche Klauseln unzulässig, da sie gegen zwingendes Verantwortlichkeitsrecht verstossen.

⁴⁶ Nach BÖCKLI (FN 1), § 13 Rz 862 f. gilt dies nur für schweres Verschulden und Vorsatz, was einer Argumentation gemäss Art. 100 OR gleichkommt.

⁴⁷ RUFFNER (FN 5), 280 f. m.w.H.

⁴⁸ CATALAN (FN 45), 19-21; DAENIKER (FN 33), 384 f. (Verzicht); vgl. RUFFNER (FN 5), 285 (dispositive Sorgfaltspflicht); VON DER CRONE (FN 3), 17 f. Da Art. 100 OR nur auf zum Voraus getroffene Abreden anwendbar ist, qualifizieren nachträglich geschlossene Vereinbarungen als Erlassverträge gemäss Art. 115 OR, vgl. hierzu BaK-WIEGAND, Art. 100 N 2 m.w.H., entsprechende Generalversammlungsbeschlüsse als Déchargeerteilung.

einem Verpflichtungsausschluss oder einer Inhaltsbestimmung ausgegangen.⁴⁹ Die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung beurteilt sich nach übereinstimmender Ansicht nach der *Interessenlage der Parteien*; auf alle Fälle einzuhalten sind die Grenzen von Art. 100 OR.⁵⁰

In einer geschlossenen Gesellschaft könnte eine Haftungsbegrenzung in einem Aktionärsbindungsvertrag vereinbart werden. Bei kotierten Gesellschaften oder Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionärskreis dagegen wäre dies faktisch unmöglich. Gegenüber vertraglichen Gläubigern könnte eine Haftungsbeschränkung gemäss Art. 100 OR in die Verträge aufgenommen werden, aus denen sich die betreffenden Forderungen ergeben. Aktionären und der Gesellschaft gegenüber wäre wohl auch eine statutarische Haftungsbeschränkung⁵¹ oder alternativ eine Regelung in einem Mandatsvertrag mit dem Verwaltungsrat denkbar⁵². Die Frage kann aber letztlich offen bleiben, da solche Abreden jedenfalls gegenüber der Verantwortlichkeitsklage im Konkurs wirkungslos blieben. Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion⁵³ des Anspruchs im Konkurs müssen sich die Gläubiger nach geltendem Aktienrecht keine Eingriffe der Aktionäre in ihre Rechtsposition gefallen lassen.⁵⁴ Dies zeigt schon die Tatsache, dass auch die Décharge nur gegenüber den Aktionären und nicht gegenüber den Gläubigern wirkt (vgl.

⁴⁹ Vgl. BK-WEBER, Art. 100 N 74, ähnlich BaK-WIEGAND, Art. 100 N 6: „*Inhaltsbestimmung*“.

⁵⁰ Vgl. FN 49.

⁵¹ Vgl. DAENIKER (FN 33), 384 f. und 388.

⁵² DAENIKER (FN 33), 387 f.; zuständig sind für den Vertragsschluss der Verwaltungsrat und im Interessenkonfliktfall aller Mitglieder die GV als übergeordnetes Organ: STEININGER THOMAS, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, Zürich 2011, 121 ff. und insb. 126 f.

⁵³ Vgl. für eine Übersicht BaK-WIMDER/GERICKE/WALLER, Art. 756 N 9 m.w.H. und N 10 ff. für die Gegenansichten.

⁵⁴ Statt aller: VOGT HANS UELI/SCHÖNBÄCHLER MARCEL, *Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden*, Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, 246, 249 m.H. auf BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 (= BGE 136 III 107), E. 2.3-2.4 sowie BGer 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 (= BGE 136 III 148), E. 2.3 und 2.5 und die ältere Praxis des Bundesgerichts; BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 757 N 5.

Art. 758 Abs. 1 OR).⁵⁵ Das geltende Aktienrecht lässt also keinen Raum für eine allgemein geltende, parteiautonome Haftungsbeschränkung im Sinn von Art. 100 OR.⁵⁶

bb) De lege ferenda

De lege ferenda ist zu prüfen, ob eine statutarische Haftungsbeschränkung, d.h. Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit bezogen auf die Sorgfaltspflicht⁵⁷ mit Wirkung *erga omnes*, möglich gemacht werden soll. Strukturell ergeben sich wie ausgeführt keine grundsätzlichen Bedenken. Rechtspolitisch wäre eine solche Lösung vielmehr wünschenswert, da sie im Gegensatz zur heutigen Rechtslage *effektiv, wirksam* und *effizient* wäre:

Was die Aktionäre betrifft, wären ihre Interessen durch ihr Recht gewahrt, in der Generalversammlung über die Einführung sowie allenfalls auch über eine spätere Aufhebung der Haftungsbeschränkung zu entscheiden. Erfahrungen im Ausland zeigen, dass die Aktionäre regelmässig nicht gegen statutarische Haftungsbeschränkungen opponieren⁵⁸, was darauf schliessen lässt, dass sie diese grundsätzlich als vorteilhaft einschätzen.

Aufgrund der Handelsregisterpublizität und der damit einhergehenden Öffentlichkeit der Statuten (Art. 647 OR und Art. 10 HRegV) wäre eine entsprechende Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern transparent. Potentielle Gegenparteien können sich damit jederzeit über eine allfällige Beschränkung der aktenrechtlichen Verantwortlichkeit in der betreffende Gesellschaft informieren.

Beschränkt würden im Übrigen ausschliesslich die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Keine Bedeutung hätte die Haftungsbeschrän-

⁵⁵ Analog dem Fall der Einwilligung, vgl. dazu ISLER (FN 42) und VOGT/SCHÖNBÄCHLER (FN 54), 255: Eine Einwilligung der Gesellschaft kann den Gläubigern nicht entgegen gehalten werden, da diese auf der Willensbildung der Gesellschaft, nicht aber der Gläubiger beruht.

⁵⁶ Denkbar, wenn auch nicht im Vordergrund stehend wäre der Fall der Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung mit allen Aktionären und Gläubigern bei gleichzeitigem Fehlen von aus Gesetz Ansprechenden.

⁵⁷ Vgl. ähnlich BÄR (FN 17), 59.

⁵⁸ Vgl. FN 75.

kung auf Ansprüche gegen die Gesellschaft aus unerlaubter Handlung oder Vertragsverletzung (Art. 41 OR bzw. Art. 97 OR).

Ausgeschlossen sein muss eine Beschränkung der Haftung für die Verletzung der Treupflicht. Der Beauftragte hat im Rahmen der Auftragsausführung die Interessen des Auftraggebers zwingend vor die eigenen Interessen zu stellen. Das Mandat wäre in seiner Essenz in Frage gestellt, wenn es Raum für eine treuwidrige „Erfüllung“ liesse und sei das auch nur beschränkt auf den Fall einer leicht fahrlässigen Verletzung der Treupflicht. Der pflichtwidrige Umgang mit der Abgrenzung zwischen Mein und Dein ist in keinem Fall Teil des Funktionsrisikos und damit der allgemeinen, durch den Eigentümer zu tragenden Geschäftsrisiken.⁵⁹

Lässt man eine Begrenzung der Haftung für leichtfahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht zu, so kommt naturgemäss der Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit zusätzlich Bedeutung zu.⁶⁰ Dabei besteht theoretisch das Risiko, dass eine Haftungsbegrenzung im Ergebnis durch eine extensive Auslegung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit unterlaufen wird. Unseres Erachtens besteht allerdings kein Anlass, die Fähigkeit und den Willen der Gerichte zu einer adäquaten Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit schon im Voraus in Frage zu stellen. Mit der notwendigen Erfahrung werden die Gerichte im Einzelfall nämlich problemlos feststellen können, ob den Verantwortlichen ein blosses Missgeschick unterlaufen ist oder ob sie in schwerwiegender Weise gegen elementare Regeln der Kunst verstossen haben.

Festzuhalten ist abschliessend, dass mit dem Vorschlag kein Sonderrecht geschaffen würde. Vielmehr wird die Anwendung der allgemeinen Norm von Art. 100 OR auf die Organverantwortung zugelassen. Die Stossrichtung einer solchen Änderung würde sich zudem mit jener der Revision der Solidarhaftung der Revisionsstelle (Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR) decken, die ebenfalls dazu dient, Haftungsrisiken tragbar zu machen.⁶¹

⁵⁹ Vgl. FN 37 und FN 49.

⁶⁰ Siehe FN 16.

⁶¹ Noch weiter geht Art. 64 Abs. 3 BVG, der die Haftung für Verhalten der Oberaufsichtskommission für Berufliche Vorsorge auf die *Verletzung wesentlicher Amtspflichten* und auf Schäden, die *nicht* auf eine Handlung einer Aufsichtsbehörde oder einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge zurückgehen, beschränkt. Die Botschaft

Beachtlich ist ferner, dass das Gesetz auch in anderen wertungsmässig vergleichbaren Konstellationen Haftungsbeschränkungen vorsieht. Erwähnt werden sollten die allgemeinen Bestimmungen (Art. 43 und 44 OR) zur Schadenersatzbemessung. Zu nennen ist aber auch Art. 44 Abs. 2 OR, der den Schadenausgleich dann limitiert, wenn der Schädiger durch den Ausgleich in eine Notlage geriete. Als Beispiel mag hier ein Bundesgerichtsentscheid einen Arbeitnehmer betreffend dienen, der es versäumt hatte, ein Subventionsgesuch für seinen Arbeitgeber rechtzeitig zu stellen. Der Schaden betrug CHF 90'000. Die Haftung wurde reduziert auf CHF 14'000, zwei Monatslöhnen entsprechend, weil der Arbeitnehmer sonst in eine Notlage geraten wäre. Bemerkenswert ist der Sachverhalt insofern, als mehr als bloss leichte Fahrlässigkeit vorlag.⁶² Das Beispiel zeigt, dass die Rechtsordnung Konstellationen anerkennt, in denen die Höhe des Schadenersatzanspruchs auch durch die Risikotragungsfähigkeit bedingt ist.

Die Option einer statutarischen Beschränkung der Haftung für die Verletzung der Sorgfaltspflicht auf leichte Fahrlässigkeit wäre somit nicht nur geeignet, die funktionalen Defizite der bestehenden Ordnung zu beseitigen, sondern sie stünde auch im Einklang mit der allgemeinen privatrechtlichen Ordnung.

(BBl 2007, 5669, 5706) führt aus: „Die Oberaufsichtskommission wird mit einer Fülle von anspruchsvollen Aufgaben betraut. Ihre Tätigkeit stellt damit für den Bund ein grosses Haftungsrisiko dar. Um das Haftungsrisiko für den Bund zu minimieren, sieht Absatz [jetzt 3, die Verf.], Haftungsbeschränkungen vor (...)“. Private Stiftungsräte werden demgegenüber angesichts verwalteten Vermögen einem enormen Risiko ausgesetzt (vgl. Art. 52 BVG). Dies zumal die Mehrheit der Stiftungsräte moderat entschädigt wird: SCHNIDER PETER, *Strukturreform, Die erfolgreichen Strukturen stützen, Soziale Sicherheit CHSS*, 1/2011, 15,16 zitiert eine Studie, nach welcher zwei Drittel der Stiftungsräte bloss symbolisch entschädigt werden und 34 Prozent gar nicht. WEBER ROLF H./WAGNER ALEXANDER F./DARBELLAY ALINE, *Pension Fund Governance, Treuhänder* 2009, 54, 60 m.w.H., nennen CHF 3'400 bis 4'400 pro Jahr.

⁶² Siehe die Nachweise in FN 37; BGer 4C.103/2005, E. 6; vgl. zu diesem Entscheid MÜLLER ROLAND, *Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers*, *ArbR* 2006, 13, 23 f.; vgl. auch BÖCKLI (FN 1), § 18 Rz 447 f.

cc) *Exkurs: Erfahrungen in den USA*

Erfahrungen mit optionalen statutarischen Haftungsbeschränkungen bestehen in den USA.^{63,64} Dort ist das Gesellschaftsrecht Staatenkompetenz.⁶⁵ Führend ist Delaware⁶⁶ – die Hälfte der grössten Gesellschaften, die Mehrzahl der neu an der Börse eingeführten Gesellschaften (IPO) und die grosse Mehrheit der Gesellschaften, die ihr Domizil wechseln, sind in Delaware inkorporiert.⁶⁷ Damit ist anzunehmen, dass das Recht von Delaware insgesamt effizient ist.⁶⁸ Andernfalls hätte Delaware seine führende Rolle im kompetitiven amerikanischen Kapitalmarkt nicht behaupten können. Nach dem Recht von Delaware ist es Aktiengesellschaften erlaubt, Verwaltungsräte intern und extern freizustellen (§ 145 Delaware General Corporation Law [DCGL]) sowie statutarisch die Haftung für die *duty of care*⁶⁹ abzubedingen (DCGL 102 (b) 7). Nicht derogierbar ist die *duty of loyalty*⁷⁰ (DCGL 102 (b) 7 (i)). Ebenfalls nicht wegbedungen werden kann die Haftung für Vermögensentnahmen aus der Gesellschaft und für *acts not in good faith* (DCGL 102 (b) 7 (ii), (iii) i.V.m. DCGL 174) sowie bei *improper benefit* DCGL 102

⁶³ DAENIKER DANIEL, Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS Forstmoser, Zürich 2003, 523 ff.; NIKITINE (FN 1), 231 ff.; KNEPPER WILLIAM E./BAILEY DAN A., Liability of Corporate Officers and Directors, 8. Aufl., New Providence 2010, § 16; MERKT/GÖTHEL (FN 9), 432 ff.; ROMANO ROBERTA, What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance?, 14 Delaware Journal of Corporate Law 1 (1989); RUFFNER (FN 5), 282 f.

⁶⁴ Zur Haftungsordnung generell umfassend: KNEPPER/BAILEY (FN 63) sowie z.B. MERKT/GÖTHEL (FN 9), 339 ff.

⁶⁵ Statt aller: DAENIKER (FN 63), 525, m.w.H.

⁶⁶ Vgl. die Diskussion bei ROMANO ROBERTA, Foundations of Corporation Law, 2. Aufl., New York 2010, 114-151.

⁶⁷ ROMANO ROBERTA, The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters, 23 Yale Journal on Regulation 209, 212 (2006).

⁶⁸ So etwa DAINES ROBERT M., Does Delaware Law Improve Firm Value? 62 Journal of Financial Economics 525 (2001). Ferner u.a.: ROMANO (FN 67), *passim*.

⁶⁹ Zum Begriff: KNEPPER/BAILEY (FN 63), § 3.

⁷⁰ Zum Begriff: KNEPPER/BAILEY (FN 63), § 4.

(b) 7 (iv).⁷¹ Gleichzeitig gilt die *Business Judgement Rule*, nach der nicht gehaftet wird (i) für einen Unternehmensentscheid (*business decision*), der (ii) unabhängig und unbefangen (*disinterested*) (iii) auf plausibilisierter Grundlage (*informed basis*) (iv) in gutem Glauben (*in good faith and in the honest belief*) im Interesse der Gesellschaft (*in the best interest of the corporation*) getroffen wird, sofern dies (v) vernünftig (*rationality test*) ist.⁷² Die statutarische Haftungsbeschränkungsmöglichkeit etablierte sich schnell als U.S. Standard (Übernahme durch 49 Staaten in 14 Jahren nach der Einführung in Delaware).⁷³ Die allermeisten Gesellschaften haben von der Möglichkeit der Einführung einer statutarischen Haftungsbeschränkung Gebrauch gemacht^{74,75} Im Ergebnis ist die Haftung nach U.S.-Recht begrenzt auf grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz und Akte, die dem Gesellschaftsinteresse qualifiziert zuwiderlaufen.

⁷¹ Zum Ganzen: MERKT/GÖTHEL (FN 9), 438 m.w.H.; vgl. auch DAENIKER (FN 33), 379 f.

⁷² NIKITINE (FN 1), 105; vgl. allgemein: BLOCK DENNIS J./BARTON NANCY E./RADIN STEPHEN A, *The Business Judgment Rule*, 5. Aufl., New York mit Supplement 2002, 19 ff. und 40 ff.; KNEPPER/BAILEY (FN 63), § 2; GRASS (FN 1), 13 ff.; MERKT/GÖTHEL (FN 9), 426 ff.; NIKITINE (FN 1), 96 ff.

⁷³ ROMANO (FN 67), 121 ff. und insb. 126.

⁷⁴ „Well over 90% of a Random sample of 180 Delaware Corporations have opted for eliminating liability for negligence within one year of the statute's enactment“: ROMANO ROBERTA, *Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis*, 39 *Emory Law Journal* 1155, 1160 (1990).

⁷⁵ ROMANO (FN 67) stellt bei FN 39 fest, dass die institutionellen *active shareholders* sich nicht gegen statutarische Haftungsbeschränkungen gewandt haben und zieht als Fazit: „Such evidence strongly suggests that investors find the Delaware approach attractive“; gl.M. ALLEN WILLIAM T./KRAAKMAN REINIER/SUBRAMANIAM GUAHN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 3. Aufl., New York etc. 2009, 257; ROMANO (FN 74), 1168: „If (...) suits produce neither significant financial recoveries nor organizational change (i.e., if there is neither compensation nor deterrence), then shareholders are likely to benefit from eliminating the litigation: they will no longer be paying for insurance that simply defrays litigation costs“; vgl. auch BROOK YARON/RAO RAMESH, *Shareholder Wealth Effects of Directors' Liability Limitation Provisions*, 29 *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 481 (1994), die einen positiven Effekt auf von Enthaltungsklauseln den Unternehmenswert bei Unternehmen in Schwierigkeiten feststellen.

c) *Zwischenfazit*

Die Überlegungen führen zu folgendem Fazit: Das allgemeine Geschäftsrisiko ist durch den Prinzipal, im Fall der Aktiengesellschaft durch die Aktionäre zu tragen. Zu diesem allgemeinen Geschäftsrisiko zählt, wie der Vergleich mit dem Arbeitsvertragsrecht zeigt, auch das Funktionsrisiko von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle.

Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts lassen eine Beschränkung der Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen auf Tatbestände der groben Fahrlässigkeit und der Absicht zu (Art. 100 OR). Im Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist eine effektive Haftungsbeschränkung, ob schon in der Sache wünschenswert, *de lege lata* nicht zu erreichen. Daher sollte *de lege ferenda* eine optionale statutarische Haftungsbeschränkung wegen Verletzungen der Sorgfaltspflicht auf grobe Fahrlässigkeit oder Absicht mit Wirkung *erga omnes* möglich gemacht werden. Keine Rechtfertigung gäbe es hingegen für eine Beschränkung der Treuepflicht.

5. Versicherung

a) *Allgemeines*

Ein alternatives Konzept zur Haftungsbeschränkung ist wie bereits erwähnt die Versicherung.^{76,77} D&O-Versicherungen werden in der Praxis zumindest bei grösseren Gesellschaften als Selbstverständlichkeit angesehen. Gesellschaften, die nicht über eine D&O-Versicherung verfügen, werden es heute

⁷⁶ Vgl. neben der Literatur in FN 1 u.a.: BÖCKLI (FN 1), § 13 Rz 851 ff.; DIETZI ALFRED, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 1982; HALLER MAX, D&O Versicherung für KMU-Unternehmen, in: ZINDEL/PEYER/SCHOTT, Wirtschaftsrecht in Bewegung, FS Forstmoser, Zürich 2008, 249 ff.; CATALAN (FN 45), 29 ff.; MANNSDORFER (FN 45), *passim*; LUTERBACHER THIERRY, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: BAER (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 129 ff. Für Fragen des US-amerikanischen Rechts und Musterpolicen vgl. KNEPPER/BAILEY (FN 63), § 23-29, Appendix A, B, D.

⁷⁷ Vgl. zur Zulässigkeit: VON DER CRONE (FN 3), 18 f. m.w.H.

dann auch erst recht schwer haben, Kandidierende für Verwaltungsratsmandate zu gewinnen.⁷⁸

b) Arten von Versicherungen

Am Markt sind in der Schweiz verschiedene Versicherungsarten erhältlich: Bei der klassischen D&O-Versicherung werden die Organe von der Gesellschaft gegen Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit versichert. Eine Unterart hiervon ist die D&O-Kollektivversicherung, bei der die Organe kollektiv versichert werden, manchmal über Intermediäre (Organtreuhandler). Eine weitere Form ist die Organhaftpflicht in Ergänzung zur Berufshaftpflicht resp. Versicherung von Anwaltskanzleien für externe Verwaltungsratsmandate ihrer Mitglieder (sog. *Stand alone Outside Directorship Liability*). Angeboten werden ebenfalls sog. Kombi-Versicherungen. Weiter ist erhältlich eine Organhaftpflichtversicherung des Organs selbst, u.a. für Selbstbehalt.^{79,80}

Ökonomisch gesehen unterscheiden sich die Versicherung durch das Organ selbst und die Versicherung durch die Gesellschaft nicht so stark, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte. Letztlich wird das Organ, das sich selbst zu versichern hat, die Versicherungskosten durch ein entsprechend höheres Honorar abgedeckt haben wollen.

Analysiert nach den Transaktionskosten⁸¹ ist die Versicherung durch die Gesellschaft die bessere Lösung. Analysiert auf die Steuerungsfunktion hin (*screening*) sollte die Versicherung durch das Organ vorteilhafter sein, kann

⁷⁸ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 1), 114 Rz 350 raten denn auch zum Abschluss einer D&O-Versicherung.

⁷⁹ Vgl. z.B. die Angebote der Axa, abrufbar unter <www.axa-winterthur.ch/De/unternehmen/kleine-unternehmen/haftpflichtversicherungen/Seiten/organhaftpflichtversicherung.aspx>.

⁸⁰ Handelszeitung vom 5. November 2008, abrufbar unter <www.organhaftpflicht.ch/modules/uploadmanager11/admin/index.php?action=file_download&file_id=36&location_id=0>; vgl. a. MEISE UWE H., Organhaftpflichtversicherung für KMU Manager, KMU Manager 9/2006, 48, 49.

⁸¹ Zum Begriff: RUFFNER (FN 5), 15 ff. m.H. auf COASE RONALD H., The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics 1 (1960).

die Versicherung hier doch nach dem individuellen Leistungsausweis bzw. Schadensverlauf der einzelnen Organperson differenzieren.⁸²

c) *Versicherte Risiken und Versicherungsdeckung*

Versicherbar sind Risiken aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, einschliesslich Grobfahrlässigkeit.⁸³ Gesondert geregelt werden im Allgemeinen die Ansprüche aus Art. 52 AHVG sowie der Einfluss von U.S. Kotierungen.⁸⁴

Zentral ist die wichtige Frage des *Umfangs der Versicherungsdeckung*. Dieser muss dem vernünftigerweise denkbaren maximalen Schaden entsprechen. Praktisch besteht die Leistungspflicht der Versicherung immer nur bis zur Deckungssumme.⁸⁵ Meist werden auch die Abwehrkosten an die Versicherungssumme angerechnet.⁸⁶

d) *Versicherungslösung*

Für kleinere bis mittlere Unternehmen stehen klassische D&O Versicherungen im Vordergrund. Für mittlere bis grosse Unternehmen ist eine klassische

⁸² Vgl. zum Ganzen: VON DER CRONE (FN 3), 18 f.; vgl. BAKER TOM/GRIFFITH SEAN J., *The Missing Monitor in Corporate Governance: The Directors' & Officers' Liability Insurer*, 95 *Georgetown Law Journal* 1795, 1795, 1798 (2007) sowie BAKER TOM/GRIFFITH SEAN J., *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance*, 74 *University of Chicago Law Review* 487 (2007); diese Autoren stellen durch Befragung von Marktteilnehmern fest, dass sich D&O Versicherer in den USA nicht vertieft mit Governance-Fragen befassen.

⁸³ Verzicht auf die Einrede der Grobfahrlässigkeit gemäss Art. 14 VVG. Vgl. nur D&O AVB von LLOYD'S, Ausgabe 2010, abrufbar unter <www.abrax.ch/documents/abrax_20110215_164834.pdf>, 5.6. und die D&O Kundeninformation und AVB der Zürich, Ausgabe 2009, Art. 1.4., abrufbar unter <www.zurich.ch/internet/zurich-ch/SiteCollectionDocuments/site/de/AVB_Organhaftpflicht_d_low.pdf>.

⁸⁴ Vgl. z.B. die AVB der Zürich (FN 83), Art. 2.

⁸⁵ Z.B. AVB der Zürich (FN 83), Definition 35.

⁸⁶ Z.B. AVB der Zürich (FN 83), Art. 1.7-1.10 (teils mit Sublimate).

D&O Versicherung, allenfalls mit verschiedenen Layers und Rückversicherung, verfügbar.

Die maximal durch einen Versicherer erhältlichen Deckungssummen sind gemäss informellen Auskünften von Marktteilnehmern ca. CHF 20 bis 25 Mio. Grössere Summen lassen sich bis ca. CHF 500 Mio. durch Konsortien versichern. Die Jahresprämie beträgt ca. 1.5 Promille der Versicherungssumme.⁸⁷ In der Praxis hängt die Art der Versicherungslösung von der Grösse der Gesellschaft ab.

e) *Selbstversicherung der Aktionäre durch Diversifikation*

Versicherungen beruhen auf dem Konzept des Risikopoolings. Der Versicherer bündelt eine Reihe gleichartiger aber nicht korrelierter Risiken. In einem solchen Bündel von Risiken wird der einzelne Schadenfall von der Laune des Zufalls zur statistisch kalkulierbaren Grösse, deren finanziellen Auswirkungen das Kollektiv der Versicherten problemlos tragen kann, weil die Diversifikation nichts kostet.

Zumindest die Aktionäre von kotierten Gesellschaften sind für diesen Versicherungseffekt allerdings gar nicht auf eine klassische Versicherung angewiesen. Den gleichen Effekt erreichen sie nämlich mit der blossen Aufteilung ihrer Anlage auf mehrere Aktiengesellschaften. Untersuchungen⁸⁸ haben gezeigt, dass sich schon mit einer Anlage in 12 oder mehr Titeln eine weitgehend perfekte Diversifikation oder eben ein weitgehend perfekter Ver-

⁸⁷ Die Angaben beziehen sich auf schweizerische Nichtfinanzdienstleister. Der Durchschnitt der Policen liegt gemäss Versicherungsberater KESSLER (FN 10), bei ca. CHF 15 Mio. für privat gehaltene Unternehmen und bei ca. CHF 50 Mio. für Publikumsgesellschaften. Unternehmen mit Tochtergesellschaften im Ausland sind gemäss KESSLER durchschnittlich mit ca. CHF 40 Mio. versichert; solche mit Schweizer Tochtergesellschaften mit ca. CHF 10 Mio. Auch die UBS habe ein Haftungssubstrat (D&O Police und Vermögen der Betroffenen) von „*nicht mehr als einige[n] hundert Millionen Franken*“ (Anm. d. Verf.), für letztere Angabe vgl. <www.organhaftpflicht.ch>; vgl. auch VON DER CRONE (FN 3), 2, 5, m.w.H.; KESSLER (FN 10) gibt sodann an, dass in den letzten 12 Monaten erfolgte Markteintritte von Versicherern bei steigender Nachfrage eine „*Marktverhärtung trotz zunehmenden Schäden*“ verhindert hätten; vgl. auch *Wie sich Manager versichern*, NZZ vom 14.5.2010, 28. Vgl. weiter KELLER (FN 10).

⁸⁸ BREALEY RICHARD A./MYERS STEWART C./ALLEN FARNKLIN, *Corporate Finance*, 8. Aufl., Boston etc. 2006, 161 m.w.H.

sicherungseffekt erzielen lässt. Dabei ist eine solche Diversifikation anders als der Abschluss einer eigentlichen Versicherungspolice nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden.

Daraus ergibt sich ein wichtiger Umkehrschluss: Eine D&O-Versicherungen bringt aus der Sicht der Aktionäre von Publikumsgesellschaften keinen Nutzen, sondern nur zusätzliche Kosten.⁸⁹ In der Publikumsgesellschaft sind die Aktionäre die effizientesten Versicherer („*cheapest insurers*“). Eine statutarische Haftungsbeschränkung weist das Risiko einer leichtfahrlässigen Verletzung der Sorgfaltspflicht hier also der Anspruchsgruppe zu, die es ökonomisch gesehen am effizientesten tragen kann. Die Freiheit der Aktionäre, das Risiko einer leichtfahrlässigen Sorgfaltspflichtverletzung selbst zu übernehmen, öffnet damit den Weg zu einer ökonomisch gesehen besonders vorteilhaften Selbstversicherung.

Klar wird damit aber auch, dass der Entscheid über eine allfällige Haftungsbeschränkung den Aktionären vorbehalten bleiben muss. Bei nichtkотиerten Gesellschaften wird eine Diversifikation unter Umständen nicht ohne weiteres möglich sein, was für eine klassische Versicherungslösung und damit auch gegen eine Haftungsbeschränkung sprechen kann. Dies gilt umso mehr, als die verfügbare Versicherungssumme hier auch eher in einem realistischen Verhältnis zu möglichen Schäden stehen wird. Umgekehrt wiederum, sind Aktionäre in kleineren Gesellschaften auch eher in der Lage, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wirkungsvoll zu überwachen und damit das Risiko einer Sorgfaltspflichtverletzung einzugrenzen, was wiederum für eine Haftungsbeschränkung sprechen kann. Nur die Aktionäre selbst sind also in der Lage die der konkreten Ausgangslage angemessene Lösung zu wählen.

f) Selbstbehalt

Zu betrachten ist sodann die Frage des Selbstbehalts, die mit der Steuerungsfunktion der Verantwortlichkeit (sogleich in Abschnitt III.) eng zusammenhängt, denn eine vollständige Haftungsbefreiung kann das Problem des *mo-*

⁸⁹ Vgl. FN 75. Ein Mehrwert könnte immerhin im Screening liegen, wenn die Versicherungsgesellschaft diese Aufgabe auch wirklich aktiv wahrnimmt, vgl. FN 82.

*ral hazard*⁹⁰ schaffen.⁹¹ Versicherungen sehen deshalb regelmässig einen Selbstbehalt vor.⁹² Das deutsche Aktienrecht sieht sogar einen zwingenden Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vor.⁹³ Eine Versicherung zur Tragung des Selbstbehalts ist individuell möglich, hat aber natürlich auch einen Preis. Es stellt sich damit die Frage, ob ein statutarischer Haftungsausschluss mit einem zwingenden Selbstbehalt verbunden werden sollte. Wie noch zu zeigen sein wird, steht dem *moral hazard* allerdings schon die Tatsache gegenüber, dass die Organe in jedem Fall für grobfahrlässige Pflichtverletzungen haften. Damit dürfte sich ein zwingendes Erfordernis des Selbstbehaltes erübrigen.

Hierfür spricht auch folgende Überlegung. Denkbar sind bei der Ausgestaltung der Haftungsbegrenzung im Rahmen von Art. 100 OR die gänzliche Wegbedingung einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit, die Summenbeschränkung, die Schadenspauschalierung oder aber die Bezeichnung der Vermögenswerte, die als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen.⁹⁴ Einem statutarisch vorgesehenen Selbstbehalt steht somit nichts entgegen. Welche Lösung angemessen ist, kann den Aktionären zur Entscheidung überlassen werden.

g) *Zwischenfazit*

Die Ergebnisse sind bis zu einem gewissen Grad komplementär. Bei der grossen Gesellschaft lässt sich das Ziel des Schadensausgleichs nicht erreichen, zugleich sind die Aktionäre aber aufgrund der Diversifikation ohne weiteres in der Lage, das Risiko selbst zu tragen. Eine Haftungsbeschränkung dürfte hier in aller Regel effizient sein.

⁹⁰ Zum Begriff: Z.B. MILGROM PAUL/ROBERTS JOHN, *Economics, Organization and Management*, Upper Saddle River 1992, 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“.

⁹¹ VON DER CRONE (FN 3), 19.

⁹² Z.B. AVB der Zürich (FN 83), Art. 20.

⁹³ § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG.

⁹⁴ Vgl. BK-WEBER, Art. 100 N 62-72.

Bei der kleinen und mittleren Gesellschaft lässt sich das Risiko versichern oder durch direkte Einflussnahme der Aktionäre kontrollieren. Die Option einer Haftungsbeschränkung dürfte hier die Gestaltungsmöglichkeiten vorteilhaft ergänzen.

III. Steuerungsfunktion

Es stellt sich die Frage, ob eine Beschränkung der Haftung für leichtfahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht die Steuerungsfunktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit beeinträchtigen könnte. Diese Frage ist aufgrund einer Kontrollüberlegung zu verneinen. Eine Begrenzung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit schützt nur Organpersonen, die zeigen können, dass sie sich bemüht haben, die ihnen obliegenden Aufgaben *lege artis* zu erfüllen. Wer Fehler bewusst in Kauf nimmt, handelt von vornherein grobfahrlässig, wenn nicht vorsätzlich.

Eine Beschränkung der Haftung für leichtfahrlässige Sorgfaltspflichtverletzungen sollte deshalb die Steuerungsfunktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht in Frage stellen. Im Gegenteil haben Organe ein umso klareres Interesse, die Sorgfaltsregeln einzuhalten, wenn diese klarer konturiert sind.⁹⁵

IV. Rechtsfriede

1. Unangemessene Verfahrensordnung de lege lata

Wie bereits festgestellt, versagt die Verantwortlichkeit in ihrer Rechtsfriedensfunktion: Bei aufrecht stehenden Gesellschaften kommt es auch in mehr oder weniger offensichtlichen Fällen nicht zu Klagen, im Konkurs demgegenüber gehäuft und selbst in nicht notwendigerweise aussichtsreichen

⁹⁵ Kritisch ist PETER BÖCKLI, der ein blosses, „*inhaltsleeres abhaken der Erfüllung der Anforderungen*“ befürchtet. Diese Befürchtung äusserte dieser Autor erstmals m.H. auf das Hampel Committee: BÖCKLI PETER, Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten „Hampel“, „Viénot“ und „OECD“ sowie dem deutschen „KonTraG“, SZW 1999, 1, 5 bei FN 16.

Konstellationen.⁹⁶ Mit ein Grund für dieses Ergebnis ist die unangemessene Verfahrensordnung. Die mitunter sehr hohen Gerichts- und Parteikosten, die aus Sicht des Gesellschaftsinteresses bestimmt werden⁹⁷, wirken prohibitiv.⁹⁸ Art. 107 ZPO⁹⁹ funktioniert als Milderung nicht zureichend,¹⁰⁰ weil er vom Gericht ein im Grunde in sich widersprüchliches Urteil verlangt: Weist das Gericht die Klage ab, so wird es im Normalfall nicht der Meinung sein, das Urteil sei für die Kläger eine Überraschung. Soweit aber die Kläger mit dem Urteil rechnen mussten, sind die Voraussetzungen für eine vom Prozessausgang abweichende Kostenzuweisung nicht erfüllt. Hinzu kommt im Fall der aufrecht stehenden Gesellschaft ein Problem des kollektiven Handelns¹⁰¹: Ein klagender Aktionär hätte das volle Risiko zu tragen, ein Gewinn flösse aber an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR).¹⁰²

⁹⁶ Vorne, I.2.b)bb).

⁹⁷ KIRCHSCHLÄGER CAROLINE/ROBERTO VITO, Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen, ZSR 2010 I, 607, 609 FN 10 m.w.H.

⁹⁸ BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 756 N 14.

⁹⁹ Art. 107 ZPO soll angepasst werden, da er derzeit nicht erlaubt, die Kosten im Verantwortlichkeitsprozess der Gesellschaft aufzuerlegen, vgl. Botschaft zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009, 299, 327; Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, BBl 2010, 8253, 8294; SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, in: WÄTTER (Hrsg.), Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 299, 320, m.H. auf BAHAR RASHID/TRIGO TRINDADE RITA, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, Sondernummer GesKR 2008, 146, 156 f.

¹⁰⁰ GL.M. KALSS SUSANNE, Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, ZSR 2005 II, 643, 697.

¹⁰¹ Zum Begriff: OLSON MANCUR, *The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups*, 2. Aufl., Cambridge, Massachusetts/London 1971, 30 f. „*The necessary condition for the optimal provision of a collective good, through the voluntary an independent action of the members of a group, can, however, be stated very simply. The marginal cost of additional units of the collective good must be shared in exactly the same proportion as the additional benefits. Only if this is done will each member find that his own marginal costs and benefits are equal at the same time that the total marginal cost equals the total or aggregate marginal benefit. If marginal costs are shared in any other way, the amount of collective good provided will be sub-optimal.*“

¹⁰² BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 756 N 14; BÖCKLI (FN 1), § 18 Rz 468a.

Im Konkurs dagegen ist das Problem des kollektiven Handelns durch die Konsolidierung der Positionen in der Hand der Konkursverwaltung oder der Abtretungsgläubiger (Art. 260 SchKG) entschärft. Hinzu kommt zumindest bei der ausseramtlichen Konkursverwaltung ein erhebliches Eigeninteresse der involvierten Personen an der Führung von Verantwortlichkeitsprozessen. Dem Rechtsfrieden aber ist die Kombination von ungenügender Durchsetzung ausserhalb des Konkurses mit potenziell überschüssender und deshalb nicht immer Erfolg versprechender Durchsetzung nach Konkurseröffnung nicht zuträglich.

2. Aktienrechtliches Vorverfahren als Lösung

Die Lösung könnte in einem aktienrechtlichen Summar-Vorverfahren liegen.¹⁰³ Zu denken ist an die Einführung eines summarischen Vorverfahrens, in dem das Gericht darüber entscheidet, ob das glaubhaft gemachte Klagefundament soweit begründet erscheint, dass der Kläger ein legitimes Interesse an der Abklärung geltend machen kann. Bejaht das Gericht diese Frage, so wären die Kosten des Verfahrens einschliesslich einer Prozessentschädigung durch das Kollektiv, also durch die betreffende Aktiengesellschaft, zu tragen. Verneint es die Frage, so bleibt der Kläger auf sich selbst gestellt. Ist die Rechtslage summarisch geklärt, kann das Prozessrisiko besser eingeschätzt werden. Zudem wird ein informiertes *bargaining* im Rahmen von Vergleichsverhandlungen ermöglicht.

In diesem Sinn nahm etwa der Kanton Aargau in der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision Stellung:

„Das Problem der heute geltenden Lösung (...) besteht in der ex ante Bewertung [der Prozesskosten]. Folglich trägt der Aktionär bis zum Kostenentscheid des Gerichts das volle Kostenrisiko, was zur

¹⁰³ VON DER CRONE HANS CASPAR, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW 1998, 157, 164; gl.M. mit H. auf § 148 AktG Deutschland und R 19.9 (3) und (7) Civil Procedure Rules England: WATTER ROLF/GABARSKI ANDREW, La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756), GesKR 2009, 148, 161; vgl. auch KIRCHSCHLÄGER/ROBERTO (FN 97), 613; BINDER ANDREAS, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR 2008 (Sondernummer), 66, 70; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 N 17; STEININGER (FN 52), 196 ff. Vgl. auch KALSS (FN 100), 643, 680 (Rechtslage Deutschland), 689 ff. (Rechtslage England) und 697 ff. (Folgerungen).

Unattraktivität der Verantwortlichkeitsklage durch den Aktionär führt. Im Sinne der Verstärkung des Corporate Governance wäre daher zu überlegen, ob ähnlich wie im revidierten deutschen Aktiengesetz nicht ein Klagezulassungsverfahren eingeführt werden sollte. In einem solchen Verfahren würde die wahrscheinliche Begründetheit einer Verantwortlichkeitsklage im Sinne einer Hauptsachenprognose einer vorsorglichen Massnahme summarisch geprüft. Bei Bejahung der Hauptsachenprognose würden die Kosten grundsätzlich der von der Aktiengesellschaft übernommen.¹⁰⁴

In diesem Sinn votierte auch der Schweizerische Anwaltsverband und unterbreitete einen formulierten Vorschlag.¹⁰⁵

Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass sich das Problem mit dem Erlass von Art. 107 ZPO gelöst habe. Dem ist aber aus den angeführten Gründen nicht so. Insbesondere besteht das Problem, dass die Kosten erst am Ende des Prozesses auferlegt werden, weiter. An der Forderung nach einem aktienrechtlichen Vorverfahren ist somit auch nach der Ablehnung des entsprechenden Minderheitsantrags durch den Ständerat¹⁰⁶ festzuhalten.¹⁰⁷ Dieser nunmehr abgelehnte Vorschlag hätte konkret gelautet:

„Das Gericht auferlegt auf Antrag der klagewilligen Aktionäre vor Anhängigmachung der Klage das Prozesskostenrisiko inklusive Parteienschädigung der Gesellschaft, sofern:

1. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass ein Haftungstatbestand gemäss Artikel 754 vorliegt;

¹⁰⁴ Abrufbar unter: <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vernehmlassung/kantone.pdf>, 1, 7.

¹⁰⁵ Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbandes, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vernehmlassung/verbaende.pdf>, 233, 260 ff. (Seite 17 der Stellungnahme), mit folgendem Vorschlag:

„¹ Vor Anhebung einer Klage kann der Aktionär beim Gericht beantragen, dass deren Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind.

² Der Aktionär hat dabei glaubhaft zu machen, dass der Anspruch der Klage wahrscheinlich als begründet erscheint.

³ Kommt das Gericht zum Schluss, der Anspruch der Klage sei begründet, hat die Gesellschaft die Kosten einer Klage zu tragen. Der Aktionär muss diese innert 3 Monaten nach rechtskräftigem Entscheid anheben“.

¹⁰⁶ Amtl. Bull. SR 2009, 712.

¹⁰⁷ A.A. SETHE (FN 99), 320 f. m.w.H.

2. die Aktionäre zusammen einen Teil des Aktienkapitals besitzen, der ihnen das Recht zur Einberufung einer Generalversammlung einräumt;
3. die Aktionäre nachweisen, dass sie oder ihre Gesamtrechtsvorgänger die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, als ihnen die Tatsachen gemäss Ziffer 1 bekannt wurden;
4. Keine überwiegenden Gesellschaftsinteressen entgegenstehen.¹⁰⁸

Gegenüber rechtsstaatlichen Bedenken ist darauf hinzuweisen, dass in Summarverfahren das verfassungsrechtlich garantierte Gehörsrecht des oder der Gesuchsbeklagten nicht schlechterdings derogiert wird.¹⁰⁹ Die Beweismittelbeschränkung des Summarprozesses ist sodann aufgehoben, „*wenn es der Verfahrenszweck erfordert*“¹¹⁰, sofern die Parteien Beweismittel bezeichnet haben, verfügt das Gericht also über ausreichend tatsächliche Grundlagen.

Das Aktienrecht kennt im Übrigen im Fall der Sonderprüfung bereits ein Verfahren mit Hauptsachenprognose und einhergehender Kostenwirkung (Art. 697g Abs. 1 OR). Die Gesellschaft trägt die Kosten der Sonderprüfung also auch dann, wenn sich *ex post* herausstellt, dass die gefundenen Tatsachen keinen Rechtsverletzungen gleichkommen. Die Neuerung durch die Einführung eines Vorverfahrens bestünde somit nur darin, diesen Mechanismus auf die zu entscheidenden Rechtsfragen und die Verfahrenskosten zu erstrecken. Verbreitete Missbräuche der Sonderprüfung sind bisher nicht bekannt geworden. Es ist – insbesondere nach dieser Erfahrung – den befassen Gerichten zuzutrauen, Vorverfahren mit Augenmass zu beurteilen.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen von Entscheiden betr. die unentgeltliche Prozessführung regelmässig Summarentscheide (Art. 119 Abs. 3 ZPO) aufgrund einer Prognose (Art. 117 lit. b ZPO [Nichtaussichtslosigkeit]) ergehen, die eine erhebliche präjudizierende Wirkung auf die Hauptsache haben. Wird die unentgeltliche Prozessführung versagt, wird i.d.R. die Entscheidung in der Hauptsache im Summarprozess erfolgt sein.

¹⁰⁸ Amtl. Bull. SR 2009, 711 f.

¹⁰⁹ Art. 253 ZPO: „*Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen*“; Art. 29 Abs. 2 BV.

¹¹⁰ Art. 254 Abs. 2 lit. b. ZPO.

Schliesslich kann noch angemerkt werden, dass auch andere Staaten im unmittelbaren europäischen Umfeld ähnliche Regelungen kennen. So beispielsweise Deutschland und England, wo in der Regel bereits am Ende eines gerichtlichen Vorverfahrens definitiv über die Tragung des Kostenrisikos entschieden wird.¹¹¹

V. Schluss

Die Übernahme eines Verwaltungsratsmandats schliesst die Übernahme eines Fehlerrisikos (leichte Fahrlässigkeit) notwendig mit ein. Mandatsträgerinnen oder Mandatsträger werden aber oft nicht finanzkräftig genug sein, den (potentiellen) Schaden persönlich zu decken.

Bei kleineren und mittleren Gesellschaften kann eine D&O Versicherung die Schadenabdeckung erbringen.

Zumindest für grössere Gesellschaften ist die heutige Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit allerdings *dysfunktional*, indem sie den Organen eine Haftung auferlegt, die diese weder selbst tragen noch versichern können. Konsequenz ist ein Verdrängungseffekt (*crowding out*): Wer Verantwortung ernst nimmt, wird sich mit der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates schwer tun. Risikogeneigte mögen das anders sehen – sich die Übernahme des Risikos aber auch besonders entgelten lassen.

Könnten Gesellschaften in ihren Statuten die Haftung für leicht-fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzungen begrenzen oder ausschliessen, so hätten sie es in der Hand, Verantwortung und Fähigkeit zur Schadensdeckung wieder in Übereinstimmung zu bringen.

Insbesondere bei grösseren Gesellschaften führt dies zu einer effizienten Selbstversicherung durch die Aktionäre, können diese das unternehmensspezifische Risiko doch problemlos und günstig durch diversifizierte Anlagen beseitigen.

Negative Auswirkungen auf die Anreize zur korrekten Mandatsausführung sind keine zu erwarten: Nur wer zeigen kann, dass er oder sie sich bemüht hat, Organfunktionen *lege artis* auszuführen, kann von einer Haftungser-

¹¹¹ KALSS (FN 100), 716, Zusammenfassung Punkt 20.

leichterung profitieren. Wer auf die Haftungsbeschränkung spekuliert, handelt schon deswegen grobfahrlässig.

Kein Anlass besteht für Einschränkungen im Bereich der Treuepflicht.

Angesichts der Durchsetzungsdefizite, ist zur Schaffung von Rechtsfrieden durch ein gestrafftes (Vor-) Verfahren sicherzustellen, dass viel schneller als heute feststeht, ob Anzeichen für eine (neu: grobe) Pflichtverletzung bestehen.

