



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Editors:

Peter R. Isler, Rolf Sethe

Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen

11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im
Unternehmensrecht
Tagungsband 2022



Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen von Peter R. Isler und Rolf Sethe wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Dr. Peter R. Isler, Prof. Dr. Rolf Sethe – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-590-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-591-4 (PDF)

978-3-03805-592-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-590>

Version: 1.01 – 20230622

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/managerhaftung-bei-unternehmenskrisen-und-zusammenbruechen/>.

Der persönliche Geltungsbereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im schweizerischen und deutschen Recht

Rolf Sethe*

Inhalt

I.	Einleitung	104
II.	Generelles	105
1.	Normzwecke des Verantwortlichkeitsrechts	105
2.	Anspruchsgrundlagen im Überblick	108
a)	Schweiz	108
b)	Deutschland	109
3.	Rechtstatsächliche Bedeutung der Organhaftung	111
a)	Schweiz	111
b)	Deutschland	113
4.	Weiteres Vorgehen	114
III.	Aktivlegitimation	114
1.	Schweiz	114
a)	Ansprüche ausser Konkurs	114
aa)	Anspruch der Gesellschaft	114
bb)	Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden	116
cc)	Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden	117
dd)	Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Reflexschäden	118
ee)	Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Eigenschäden	119
b)	Ansprüche im Konkurs	120
aa)	Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft durch die Konkursverwaltung	120
bb)	Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Reflexschäden	121
cc)	Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Eigenschäden	121
2.	Deutschland	122

* Für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen danke ich Herrn RA Dr. Claude Humbel, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an der UZH, sowie Frau Nadine Villringer sehr herzlich. Der vorliegende Beitrag ist die um Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 6. Juli 2022 in Zürich gehalten hat. Da in Deutschland das Schweizer Schrifttum nur selten wahrgenommen wird, ist geplant, den Beitrag parallel auch in einer deutschen Zeitschrift zu publizieren.

a)	Ansprüche ausserhalb der Insolvenz	122
aa)	Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz ihres Schadens	122
bb)	Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden	124
cc)	Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden	125
dd)	Anspruch eines Gläubigers	131
b)	Ansprüche in der Insolvenz	132
aa)	Anspruch der Gesellschaft	132
bb)	Anspruch eines Aktionärs	132
cc)	Anspruch eines Gläubigers	133
IV.	Passivlegitimation	133
1.	Schweiz	133
2.	Deutschland	137
V.	Fazit	141
	Literaturverzeichnis	143

I. Einleitung

Das Rechtsinstitut der Verantwortlichkeit des schweizerischen Rechts entspricht im deutschen Recht der Organhaftung. Beide Institute weisen zahlreiche Gemeinsamkeiten, aber auch erhebliche Unterschiede auf. Letztere beruhen zum einen darauf, dass Deutschland dem dualistischen Modell der Unternehmensführung folgt, die Schweiz hingegen nicht. Zum anderen finden sich aber auch historisch gewachsene konzeptionelle Unterschiede, von denen sicherlich die fehlende Begrenzung des schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts auf eine reine Binnenhaftung der augenfälligste und im Ausland unbekannteste¹ sein dürfte. Verantwortlichkeitsansprüche können im schweizerischen Recht gerade nicht nur von der Gesellschaft, sondern unter bestimmten Umständen auch von den Aktionären und Gläubigern geltend gemacht werden. Erhebliche Abweichungen finden sich zudem bei der Passivlegitimation, also dem Organbegriff. Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es, diese wesentlichen Übereinstimmungen und Unterschiede aufzuzeigen.

¹ Die rechtsvergleichenden Betrachtungen konzentrieren sich zumeist auf die Mitgliedstaaten der EU oder die anglo-amerikanischen Staaten, vgl. die Untersuchungen von Bedkowski, 129 ff., 235 ff.; Gerner-Beuerle/Paech/Schuster (dazu Bachmann, Organhaftung, 1946 ff.); Fleischer, Responsibility, 373 ff.; Krüger Andersen/Kristensen Balshoj, 57 ff., und blenden die Schweiz aus. Einbezogen wurde die Schweiz bei Greda, 755 ff.; Kowalski, 138 ff. Teilweise herrschen deshalb Missverständnisse über das schweizerische Recht vor; so geht Fleischer, Erweiterte Aussenhaftung, 443, davon aus, dass das schweizerische Recht dem deutschen entspreche, also nur eine Binnenhaftung („Haftungskanalisation“) kenne.

II. Generelles

I. Normzwecke des Verantwortlichkeitsrechts

(1) In beiden Rechtsordnungen dient die Verantwortlichkeit dem Ausgleich von Schäden, die Organmitglieder pflichtwidrig verursacht haben (Kompensationsfunktion).² Zwar steht das Privatvermögen der in Anspruch genommenen Organmitglieder oft in keinem Verhältnis zum eingetretenen Schaden, doch ist dies kein Argument gegen die Kompensationsfunktion als Normzweck. Das Risiko der mangelnden Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist allen Ansprüchen immanent und kann daher grundsätzlich nicht als Argument gegen diesen Normzweck herangezogen werden.³ Zudem entspricht es keineswegs der Rechtswirklichkeit, dass die Haftsumme immer über die Zahlungsfähigkeit der Beklagten hinausgeht oder gar existenzvernichtend für das Organmitglied ist. So finden sich durchaus Fälle, in denen verursachte Schäden mit dem üblichen Salär der Organmitglieder abgedeckt werden können.⁴ Häufig existiert eine D&O-Versicherung, welche die Haftsumme deckt. Schliesslich finden sich Fälle, in denen vermögende Grossaktionäre als Verwaltungsratsmitglieder amten und daher über genügend Privatvermögen verfügen, um Verantwortlichkeitsansprüche begleichen zu können.⁵ Daneben finden sich natürlich auch spektakuläre Fälle, in denen der Schaden das Vermögen der allermeisten Organmitglieder übersteigen dürfte, wie etwa der Siemens-Bestechungs-Skandal oder der VW-Abgasskandal. In Deutschland wurde am 70. Deutschen Juristentag (DJT) daher eine Diskussion darüber geführt, ob eine Begrenzung der Höhe der Organhaftung⁶ notwendig sei, um ökonomische Fehlanreize im Markt für Manager durch die Drohung mit einer existenzvernichtenden Haftung zu beseitigen.⁷ Diese Diskussion muss hier nicht aufgegriffen werden,

² Für das schweizerische Recht Glanzmann, 156; Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 123; von der Crone/Carbonara/Hunziker, 3; für das deutsche Recht statt vieler BGHZ 219, 193, N 44; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 2; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 28 – jeweils m.w.N.

³ Anders aber offenbar Bayer/Scholz, 927 f.; Vetter J., 1324 ff.; Wagner, 256, die deshalb in der verhaltenssteuernden Funktion den Hauptzweck der Organhaftung sehen.

⁴ Vgl. etwa BGE 139 III 24 = Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012. Der Schaden betrug CHF 1,2 Mio. und wurde gegen fünf aktive Verwaltungsratsmitglieder geltend gemacht.

⁵ Ebenso BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 3.

⁶ Oder eine Neuinterpretation der Verfolgungspflicht des ARAG/Garmenbeck-Urteils, siehe unten Text bei Fn. 50.

⁷ Vgl. Bachmann, Gutachten E. Dazu Bayer, 2546 ff.; Koch, Beschränkung, 429 ff.; Koch, Regressreduzierung, 513 ff. – jeweils m.w.N.

denn selbst mit Einführung einer Haftungshöchstgrenze behielte die Organhaftung grundsätzlich ihre Kompensationsfunktion. Nur deren Gewichtung innerhalb der verschiedenen Normzwecke würde sich ändern.

(2) Die Haftungsdrohung soll die Organmitglieder zu einer sorgfältigen Aufgabenerfüllung anhalten (Funktion als Instrument präventiver Verhaltenssteuerung).⁸ Dies belegt im deutschen Recht auch der zwingende Selbstbehalt bei Bestehen einer D&O-Versicherung (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG).⁹ Das schweizerische Recht kennt keine vergleichbare gesetzliche Vorgabe, jedoch ist der Selbstbehalt in der Praxis regelmässig anzutreffen.¹⁰

(3) Die Vorschriften zur Verantwortlichkeit sind damit ein Teil der Regelungen zur Corporate Governance.¹¹ Sie dienen dazu, den der Organstellung immanenten Prinzipal-Agent-Konflikt¹² zwischen den Interessen der Eigentümer (Aktionäre) und der Agenten (Management und Revisoren) zu entschärfen. In der Schweiz, die neben der Gesellschaft auch die Aktionäre als anspruchsberechtigt ansieht (Art. 754 Abs. 1, 755 Abs. 1, 756 Abs. 1 OR¹³), ist dies offenkundig. Im deutschen Recht, das die Organhaftung als Anspruch der AG gegen das Organmitglied ausgestaltet hat und die Gesellschafter nicht als aktivlegitimiert ansieht, ist der Zusammenhang zwischen Organhaftung und einer Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts weniger offensichtlich, wird aber gleichwohl (und zu Recht) vertreten.¹⁴

⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 2.

⁹ Beschlussempfehlung und Begründung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, BT-Drucks. 16/13433, 11: „Zugleich hat die Regelung verhaltenssteuernde Wirkung. Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen“.

¹⁰ Vgl. etwa Art. 5.2. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Organhaftpflichtversicherung der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (AVB Z CH D&O Commercial 06.2018 DE Version 01.12.2021), abrufbar unter <https://www.zurich.ch/-/media/zurich-site/content/firmenkunden/vermoegensversicherungen/dokumente/avb-organhaftpflichtversicherung/avb-organhaftpflicht-versicherung.pdf?sc_lang=de>.

¹¹ Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 32; Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 123.

¹² Vgl. hierzu grundlegend Jensen/Meckling, 305; aufbauend auf Alchian/Demsetz, 777.

¹³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

¹⁴ Fleischer, Business Judgment Rule, 827 f., 829 f; Beck Komm. AktG-Grigoleit/Tomasic, § 93, N 1; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 32.

Die zahlreichen Unternehmensskandale und -zusammenbrüche zeigen allerdings, dass Haftungsnormen wenig gegen kriminelle Energie bewirken können. Sie halten Manager auch nicht davon ab, ein an sich insolvenzreifes Unternehmen mit zweifelhaften Mitteln retten zu wollen. Daher müssen zur Verantwortlichkeit weitere präventive Instrumente hinzutreten.¹⁵

(4) Dass Gläubiger im Falle des Konkurses der Gesellschaft (vgl. Art. 754 Abs. 1, 755 Abs. 1, 757 OR) bzw. im Falle der fehlenden Befriedigung (§ 93 Abs. 5 AktG) ebenfalls anspruchsberechtigt sind, verdeutlicht, dass auch ihre Interessen durch die Verantwortlichkeit geschützt werden (Gläubigerschutzfunktion).¹⁶ Sie vertrauen darauf, dass ihnen das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht und es nicht durch unsorgfältiges Organhandeln vermindert wird.¹⁷ Zum Kreis der Gläubiger zählt auch die Allgemeinheit, die nicht zuletzt ein Interesse an der Erfüllung sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Pflichten hat.

(5) Weiterhin kann die Organhaftung der Auslesefunktion des Wettbewerbs dienen, wenn ein Verantwortlicher zu hohem Schadenersatz verurteilt wird und dies seine wirtschaftliche Existenz vernichtet.¹⁸ Dieser Aspekt spielt vor allem bei den Revisionsgesellschaften eine Rolle.¹⁹ Gläubiger können im schweizerischen Recht nicht nur die Mitglieder der Unternehmensleitung in Anspruch nehmen, sondern auch die Mitglieder der Revisionsstelle. Denn die Prüfer der Gesellschaft gelten als Organe und werden von der Organhaftung

¹⁵ Wie z.B. wie Transparenz, Frühwarnsysteme und unabhängige Kontrollinstanzen, wie sie insbesondere im Markt für Unternehmenskontrolle, auf Finanzmärkten, im Arbeitsmarkt für Manager und auf Produktmärkten anzutreffen sind, vgl. BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 8; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 32.

¹⁶ Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 29.

¹⁷ Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 29; Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 123.

¹⁸ Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 124.

¹⁹ Bekanntestes Beispiel ist das Ausscheiden der global tätigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen, die in den Enron-Skandal verwickelt war und 2002 ihren Geschäftsbetrieb einstellte, bevor es zu Anklagen oder einer Verurteilung zu Schadenersatz kam, vgl. etwa Gendron/Spira, 987 ff.; Markham, 197 ff.; Schmid/Schulze, 147 ff. Schockartige Auswirkungen auf die Kurse der von ihr geprüften Unternehmen hatte auch das 2006 vom japanischen Finanzministerium verhängte zweimonatige Tätigkeitsverbot für Chuo Aoyama PricewaterhouseCoopers, vgl. Börsenzeitung vom 16.5.2006, „PwC-Japan will Schaden begrenzen – Neue Gesellschaft geplant – Finanzaufsicht deutet Unterstützung an“.

erfasst (Art. 755 OR).²⁰ Da das deutsche Recht keine Organhaftung der Prüfer kennt, wird die Auslesefunktion des Wettbewerbs in der deutschen Diskussion nicht als Normzweck der Organhaftung genannt. Vielmehr wird sie – gleichsam gegenteilig – als Argument für eine Begrenzung der Organhaftung ins Feld geführt.²¹

(6) Daneben wird den Verantwortlichkeitsregeln noch die Aufgabe der Sicherung des Rechtsfriedens zugeschrieben. Allerdings ist dies keine spezielle Funktion des Verantwortlichkeitsrechts, sondern eine solche des Rechts im Allgemeinen.²²

(7) Dem Verantwortlichkeitsrecht kommt keine Sanktions-²³ oder Genugtuungsfunktion zu.²⁴

2. Anspruchsgrundlagen im Überblick

a) Schweiz

Im schweizerischen Recht findet sich die zentrale Regelung zur Verantwortlichkeit im Aktienrecht. Dort ist die Gründungshaftung (Art. 753 OR), die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754 OR) sowie die Revisionshaftung (Art. 755 OR) zu finden. Das Recht der GmbH enthält sich einer eigenständigen Regelung und verweist auf die aktienrechtlichen Vor-

²⁰ Dass eine weite Aktiv- (Anspruch der Gläubiger) und Passivlegitimation (Anspruch gegen Prüfer) keine Selbstverständlichkeiten sind, zeigt ein Blick auf das britische Gesellschaftsrecht, bei dem die Haftung der Prüfer allein dem Schutz der Gesellschaft und nicht dem von Gesellschaftern, Gläubigern oder sonstigen Dritten dient, vgl. *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605, HL; Ferran, 652. Auch im deutschen Recht, das die Prüfer nicht als Organe der Gesellschaft einordnet, ist die unmittelbare Haftung gegenüber Gläubigern sehr umstritten und bislang höchstrichterlich nicht abschliessend geklärt, vgl. etwa BGH, BeckRS 2008, 24194; BGHZ 138, 257, 260; OLG Celle, NZG 2000, 613 ff. sowie die Wiedergabe der Diskussion bei MüKo HGB-Ebke, § 323 HGB, N 85 ff.; Merkt, in: Hopt, HGB, § 323, N 8. Einigkeit besteht immerhin dahingehend, dass die auf die Gesellschaft begrenzte Aktivlegitimation der Haftung aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB nicht auf Ansprüche von Dritten gegen die Prüfer ausgedehnt werden kann. Eine Dritthaftung kann sich folglich allenfalls aus einem Auskunftsvertrag bzw. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus Delikt ergeben.

²¹ Vgl. Fn. 7.

²² Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 30; Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 124.

²³ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 2; Hopt, 1795. Sanktionsmittel sind Bonuskürzung, Auslaufenlassen des Vertrags, sofortige Abberufung und Strafrecht.

²⁴ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 2.

schriften (Art. 827 OR). Gleiches gilt für Kreditgenossenschaften (Art. 920 OR) sowie für Institute, die der Aufsicht nach dem BankG²⁵, dem FINIG²⁶ und dem KAG²⁷ unterfallen (Art. 39 BankG, Art. 68 FINIG, Art. 145 KAG).

Das Fusionsgesetz,²⁸ das Unternehmensumstrukturierungen regelt, enthält zwar eine eigenständige Regelung der Verantwortlichkeit, die aber dem Aktienrecht nachgebildet ist: In Art. 108 Abs. 1 FusG wird die Haftung für die Einhaltung der Pflichten nach dem Fusionsgesetz der Unternehmensleitung und in Absatz 2 die der Prüfer geregelt. Absatz 3 verweist im Übrigen vollumfänglich auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (mit Ausnahme der Entlastung nach Art. 758 OR). Die Regelung der Organhaftung in der Schweiz erfolgt also rechtsformübergreifend.²⁹

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt die Schweiz kein kodifiziertes Konzernrecht, weshalb Vorschriften zur Konzernhaftung fehlen. Eine Konzernhaftung kann vielmehr auf das Verantwortlichkeitsrecht und andere Rechtsinstitute (Durchgriff und Vertrauenshaftung) gestützt werden.³⁰

b) *Deutschland*

Deutlich anders stellt sich die Rechtslage in Deutschland dar. Dort fehlt eine rechtsformübergreifende Regelung und man findet einen historisch gewachsenen Flickenteppich vor.³¹ Die einzelnen Verantwortlichkeitsklagen sind für jede Rechtsform separat und innerhalb der einschlägigen Gesetze auch nicht zusammenhängend geregelt. Zudem finden sich Sondertatbestände für spezifische Pflichtverletzungen. Dazu im Einzelnen:

²⁵ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0).

²⁶ Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (SR 954.1).

²⁷ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31).

²⁸ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301).

²⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 10 N 181.

³⁰ Statt vieler Böckli, § 7 N 1 ff.

³¹ Dies scheint Lutter, N 1.19, als positiv anzusehen („Die Normen zu Haftung und Verantwortung von Organmitgliedern haben sich in ihrem Text in weit über 100 Jahren als ungewöhnlich stabil erwiesen“). Zu den einzelnen Anspruchsgrundlagen vgl. auch die Beschreibung bei Trölitzsch, 159 ff.

- Im Aktienrecht findet sich die Gründungshaftung in den §§ 46–51 AktG³², die Haftung des Vorstands in § 93 AktG und § 15b InsO³³, die Haftung des Aufsichtsrats in §§ 116, 93 AktG und § 15b InsO, die Haftung für schädigenden Einfluss auf Vorstand und Aufsichtsrat in § 117 AktG³⁴ sowie die Haftung der Abwickler in §§ 264 Abs. 3, 268 Abs. 2, 93 AktG und § 15b InsO.
- Weiterhin findet sich eine ausdrückliche Regelung der Konzernhaftung (§§ 309, 310, 317, 318, 322 AktG).
- Die GmbH kennt eine eigenständige Regelung der Organhaftung (§§ 43, 52 GmbHG³⁵), ebenso die Genossenschaft (§§ 34, 41 GenG³⁶).
- Im Umwandlungsrecht finden sich Organhaftungsansprüche in den §§ 25–27 UmwG³⁷.
- Wie bereits erwähnt, ist die Haftung der Prüfer nicht als Organhaftung, sondern im Wege einer sonderprivatrechtlichen Haftung³⁸ ausgestaltet (§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB³⁹).
- Eine eigenständige Haftung für Verletzung von Gläubigerinteressen im Rahmen einer Restrukturierung ist in § 43 StaRUG⁴⁰ niedergelegt.

³² Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I 1089), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51).

³³ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I 2866), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I 1166).

³⁴ Die in der Praxis wenig bedeutsame Norm wird von der herrschenden Meinung als ein besonderer Deliktstatbestand zum Schutz der Unabhängigkeit und der Entscheidungsstruktur der AG verstanden. Dieser Schutz wird dadurch bewirkt, dass die Schadensersatzpflicht diejenigen trifft, die „von aussen“ auf die Entscheidungsträger einwirken und durch die in Abs 2 (zusätzlich) vorgesehene Schadensersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder, wenn sie der schädigenden Einflussnahme entsprechend pflichtwidrig handeln, vgl. BGHZ 129, 136, 160 (Girmes); BGH NJW 1992, 3167, 3172; BGH NJW 1980, 1629 f.; Grosskomm. AktG-Kort, § 117, N 19; MüKo AktG-Spindler, § 117, N 4; KölnKomm AktG-Mertens/Cahn, § 117, N 10 f.; Witt, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 117, N 2; Koch, AktG, § 117, N 2.

³⁵ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51).

³⁶ Genossenschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I 2230), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I 1166).

³⁷ Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I 3210; 1995 I 428), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51).

³⁸ Zur dogmatischen Einordnung BeckOK HGB-Bormann, § 323, N 3.

³⁹ Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 4 des Gesetzes vom 10. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 64).

⁴⁰ Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I 3256), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I 1166).

3. Rechtstatsächliche Bedeutung der Organhaftung

a) Schweiz

Die praktische Bedeutung von Verantwortlichkeitsklagen wird heute⁴¹ von Schrifttum und Praxis allgemein als hoch eingeschätzt.⁴² Im Konkurs der Gesellschaft gehören solche Klagen „beinahe zur Routine“⁴³, da die Konkursverwaltung oder einzelne Gesellschaftsgläubiger (vgl. Art. 757 Abs. 2 und 3 OR) regelmässig gegen Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle vorgehen, insbesondere wenn diese wegen einer Haftpflichtversicherung über „tiefe Taschen“ verfügen.⁴⁴ Zudem hat die Konkursverwaltung Zugang zu allen Unterlagen der Gesellschaft und verfügt daher zumeist über sehr gute Beweismittel.

Geringer ist die Anzahl der publizierten Gerichtsentscheidungen bei aufrechtstehenden Gesellschaften. Hier geht man allerdings von einer grösseren Dunkelziffer aus, da sich die Gesellschaften aus Reputationsgründen oft scheuen, vor staatlichen Gerichten zu klagen. Sie bevorzugen ein Schiedsverfahren oder eine aussergerichtliche Beilegung. Letzteres ist auch im Interesse der D&O-Versicherungen, die deshalb auf einen Vergleich drängen. Dass bei aufrechtstehenden Gesellschaften Klagen nicht so häufig sind wie im Konkurs, mag aber auch an anderen Umständen liegen: Geht es um eine Klage der AG gegen ihre Geschäftsführung, müssen die Mitglieder des im Namen der AG klagenden Verwaltungsrats befürchten, selbst belangt zu werden, weil sie den Schaden mitverursacht oder ihre Aufsichtspflichten gegenüber der Geschäftsleitung verletzt haben. Durchaus anzutreffen sind dagegen Klagen gegen die früheren Organmitglieder.⁴⁵

Der Anspruch der aufrechtstehenden Gesellschaft kann auch im Wege der Prozessstandschaft von Aktionären geltend gemacht werden, die auf Leistung an die Gesellschaft klagen (Art. 756 Abs. 1 OR). Solche Klagen sind extrem selten, denn die Kläger profitieren nur indirekt vom Prozesserrlös über einen steigenden Aktienwert, tragen aber das Prozessrisiko. Zwar kann das Gericht die

⁴¹ Anders noch die Lage bis Anfang der 1980er Jahre, vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 1183 f.

⁴² Bärtschi, Verantwortlichkeit, 15 f.; Böckli § 16 N 1 („gut entwickelter Rechtsbereich mit reicher Gerichtspraxis“); Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 1186 ff.

⁴³ Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 1187.

⁴⁴ Seltener sind auch im Konkurs Klagen der Aktionäre, da diese nur anteilig am erfolgreich eingeklagten Schadensersatz teilhaben (vgl. Art. 757 Abs. 2 Satz 3 OR) und ihnen daher das Prozessrisiko im Verhältnis zum möglichen Gewinn als zu hoch erscheint.

⁴⁵ Bärtschi, Verantwortlichkeit, 15 f.

Kosten gemäss Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO nach seinem Ermessen auch der Gesellschaft auferlegen oder zwischen der Gesellschaft und den Klägern aufteilen, doch wissen die Kläger erst am Ende des Verfahrens, ob sie in den Genuss dieser Erleichterung kommen. Dem klagenden Aktionär fehlen oft auch die erforderlichen Informationen und Beweise. Anstelle der Aktionärsklage bietet sich daher der Verkauf der Aktien an. Weil die Aktionärsklagen wegen der damit verbundenen Risiken so selten sind, hat der Gesetzgeber mit der Aktienrechtsrevision 2020 eine neue Regelung geschaffen, wonach die Generalversammlung beschliessen kann, dass die Gesellschaft eine Verantwortlichkeitsklage erhebt (Art. 756 Abs. 2 OR). Sie kann den Verwaltungsrat oder einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen. Wie sich diese Regelung auf die Häufigkeit von Verantwortlichkeitsklagen auswirkt, bleibt abzuwarten.

Gläubiger können ausser Konkurs den Gesellschaftsschaden nicht geltend machen (*argumentum e contrario* aus Art. 757 Abs. 1 OR).

Besondere Aufmerksamkeit erregte die Entscheidung des Managements der UBS AG, von einer Verantwortlichkeitsklage gegen das frühere Management wegen Pflichtverletzungen vor und in der Finanzkrise abzusehen.⁴⁶ Hauptgrund war die Doppelkotierung der UBS AG in der Schweiz und den USA. In dieser Konstellation muss man sich eine Verantwortlichkeitsklage in der Schweiz gut überlegen, da man mit der Vorlage von Beweisen im Rahmen der hiesigen Klage zugleich in den USA den Boden für Sanktionen der SEC oder für Prozesse der US-Aktionäre gegen die AG bereitet. Der in der Schweiz möglicherweise erzielte Schadensersatz würde dann durch exorbitante Sanktionen und Schadensersatz für die Aktionäre in den USA mehr als aufgezehrt. Da die Frage der Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage im schweizerischen Recht eine unternehmerische Ermessensentscheidung darstellt,⁴⁷ können (und müssen) solche Gesichtspunkte Berücksichtigung finden.

⁴⁶ UBS AG, 59.

⁴⁷ Böckli § 16 N 108, 110. Zu der dabei vorzunehmenden Abwägung vgl. BGE 139 III 24 E. 3 S. 25 ff.

b) *Deutschland*

Betrachtet man allein die Zahl der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, spielte die Organhaftung (vor allem die Vorstandshaftung) über lange Zeit keine nennenswerte Rolle.⁴⁸ Allerdings ist dieser Befund – genau wie in der Schweiz – nicht umfassend. In Deutschland schätzte man, dass rund 95% aller D&O-Fälle verglichen wurden.⁴⁹

Eine wesentliche Änderung trat 1997 mit der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH ein, die den Aufsichtsrat grundsätzlich zur Anspruchsverfolgung verpflichtet.⁵⁰ Die Anzahl Gerichtsentscheidungen stieg seitdem sprunghaft an.⁵¹ Auch haben der Zusammenbruch des Neuen Marktes, die Finanzmarktkrise und zahlreiche Unternehmensskandale (z.B. der Siemens-Korruptions-Skandal) einen Bewusstseinswandel in der öffentlichen Wahrnehmung bewirkt und den Druck auf die Aufsichtsräte erhöht, gegen fehlbare Vorstände vorzugehen. Genau wie in der Schweiz gibt das zugängliche Zahlenmaterial allerdings ein nur unvollständiges Bild wieder,⁵² da auch in Deutsch-

⁴⁸ Hopt, 1793 f. Eine umfangreiche Rechtsprechungsliste von 1885 bis 2008 findet sich bei Ihlas, 333 ff., 723 ff.

⁴⁹ Hopt, 1794. Unzutreffend ist daher die Aussage der früheren Bundeskanzlerin Merkel, die gesetzlichen Haftungsregeln würden „so gut wie nicht genutzt“, vgl. Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Merkel, Bulletin der Bundesregierung Nr. 104-1 vom 7. Oktober 2008, 3.

⁵⁰ BGHZ NJW 1997, 135, 244, 251 ff., 1926, Leitsätze 3 und 4: „3. Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht hat, muss er aufgrund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt. Gewissheit, dass die Schadensersatzklage zum Erfolg führen wird, kann nicht verlangt werden. 4. Stehen der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadensersatzansprüche zu, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegensprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Anderen ausserhalb des Unternehmenswohles liegenden, die Vorstandsmitglieder persönlich betreffenden Gesichtspunkten darf der Aufsichtsrat nur in Ausnahmefällen Raum geben.“ Die Diskussion um die Auslegung dieser Aussagen und damit um die Reichweite der Verfolgungspflicht ist seitdem nicht zur Ruhe gekommen, vgl. Koch, Erosion, 934 ff. m.w.N.

⁵¹ Vgl. das Zahlenmaterial bei Bachmann, Gutachten E, 12 ff. sowie Ihlas, 113 ff., 599 ff., 607 ff., 723 ff.; ferner Lange, § 2 N 87 ff. mit einer umfangreichen Auflistung gerichtlich entschiedener Binnenhaftungsfälle.

⁵² Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 40.

land der Trend hin zu Vergleichen und Schiedsverfahren zu beobachten ist. Der im VW-Dieselskandal geschlossene Vergleich ist also keineswegs eine Ausnahmerecheinung.

4. Weiteres Vorgehen

Aus Platzgründen können nicht sämtliche der genannten Verantwortlichkeits- und Organhaftungstatbestände miteinander verglichen werden. Aufgrund ihrer praktischen Bedeutung konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der Unternehmensleitung nach Art. 754 OR bzw. § 93 AktG.⁵³ Andere Anspruchsgrundlagen (wie etwa § 117 AktG oder Konzernrecht) werden hingegen nur am Rande einbezogen.

III. Aktivlegitimation

I. Schweiz

a) Ansprüche ausser Konkurs

aa) Anspruch der Gesellschaft

(1) Die Gesellschaft als Geschädigte ist gemäss Art. 754 Abs. 1 OR aktivlegitimiert, gegen ihre jetzigen oder ehemaligen Organmitglieder auf Ersatz des Schadens zu klagen, den die AG in ihrem Vermögen durch Pflichtverletzungen dieser Organmitglieder (dazu [unter IV.](#)) erlitten hat. Die Klage richtet sich auf Zahlung von Schadensersatz in das Vermögen der AG. Ausser Konkurs ist für die Entscheidung über die Klageanhebung der Verwaltungsrat zuständig, der mit Mehrheit entscheidet. Sollen sämtliche Verwaltungsratsmitglieder oder eine Mehrheit von ihnen eingeklagt werden, liegt eine Befangenheitssituation vor, die es erforderlich macht, dass ein höheres Organ, also die Generalversammlung, entscheidet.⁵⁴

⁵³ Ein Eingehen auf die *Societas Europaea* erübrigt sich, da das SE-Statut keine eigenständige Anspruchsgrundlage enthält, sondern gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c der Verordnung (EG) 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001, über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl L 294 vom 10. November 2001, 1 (SE-VO) das Recht des SE-Sitzstaates anzuwenden ist.

⁵⁴ Bärtschi, Verantwortlichkeit, 129 m.w.N.

Der Verwaltungsrat vertritt die AG im Prozess. Ist er befangen, etwa weil die Klage sich gegen aktuelle Mitglieder des Verwaltungsrats richtet oder sie Rückwirkungen auf sie haben könnte (Fall des Regresses), ist von der Generalversammlung und nötigenfalls vom Gericht ein unbefangener Prozessvertreter zu ernennen.

(2) Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden sich häufig scheuen, gegen Kollegen vorzugehen („Beisshemmung“⁵⁵) oder Personen ins Recht zu fassen, die der Verwaltungsrat im Wege der Delegation (Art. 716b, 718 Abs. 2 OR) als Geschäftsführer eingesetzt hatte. Nicht zuletzt aus diesem Grund hat der Gesetzgeber bei der Aktienrechtsrevision 2020 nun vorgesehen, dass die Generalversammlung den Verwaltungsrat verpflichten kann, die Klage zu erheben (Art. 756 Abs. 2 OR, dazu bereits [oben, II.3.a](#)). Diese Vorschrift hat klarstellenden Charakter.⁵⁶ Die Traktandierung dieses Verhandlungsgegenstands setzt in Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, einen Antrag von 0,5% des Aktienkapitals oder der Stimmen, und in anderen Gesellschaften einen Antrag von 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen voraus, was eine erhebliche Hürde darstellt (Art. 699b Abs. 1 OR).

Im Schrifttum wird vereinzelt vertreten, dass die Generalversammlung dem Verwaltungsrat auch umgekehrt untersagen könne, eine solche Klage zu erheben. Wenn die Generalversammlung im Wege der Entlastung schon auf Ansprüche gegen Organmitglieder verzichten könne (Art. 758 Abs. 1 OR), müsse sie erst recht auch entsprechende Klagen unterbinden können.⁵⁷ Gegen diese Auffassung wird eingewandt, dass Verantwortlichkeitsklagen zu den obersten Pflichten der Geschäftsführung gehörten und daher gar nicht in die Zuständigkeit der Generalversammlung fallen können.⁵⁸ Dieses Argument überzeugt nicht, denn gerade Art. 756 Abs. 2 OR belegt im Gegenteil die Zuständigkeit *auch* der Generalversammlung. Dennoch erweist sich diese Ansicht im Ergebnis als zutreffend. Wenn die Generalversammlung die Verantwortlichkeitsklage verhindern möchte, reicht der Beschluss über die Entlastung aus, der einen Verzicht auf den Anspruch bewirkt. Eine Untersagung der Klage ist unnötig. Zudem überzeugt auch der Erst-recht-Schluss aus Art. 758 OR nicht, denn Verantwortlichkeitsklagen können auch Sachverhalte betreffen, bei denen gar keine wirksame Entlastung erfolgen kann, weil die Organmitglieder massgebliche Tatsachen verschwiegen haben. Folglich kann die Generalversammlung dem Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsklagen nicht untersagen.

⁵⁵ Böckli, § 16 N 109.

⁵⁶ Böckli, § 16 N 110; Forstmoser/Küchler, Art. 756 N 3 ff., mit Verweis auf Art. 678 N 19.

⁵⁷ Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 11; Luterbacher, N 332.

⁵⁸ Böckli, § 16 N 110.

Hat die Generalversammlung den Verwaltungsrat verpflichtet, die Klage zu erheben, kann sie die Bestellung eines Prozessvertreters vorsehen (Art. 756 Abs. 2 Satz 2 OR).

bb) Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden

(1) Das schweizerische Aktienrecht sieht vor, dass auch der einzelne Aktionär ausser Konkurs eine Verantwortlichkeitsklage anheben und den *Schaden der AG* einklagen kann (Art. 754 Abs. 1 OR).⁵⁹ Der Aktionär muss sich wehren können, wenn durch die Pflichtverletzung das Vermögen der Gesellschaft direkt und die Beteiligung des Aktionärs dadurch indirekt geschädigt wurde (sog. Reflexschaden⁶⁰). Solche Klagen erlauben es insbesondere Minderheitsaktionären, bei Untätigkeit des Verwaltungsrats das Heft selbst in die Hand zu nehmen.⁶¹ Des Weiteren bieten sie Aktionären, die gegen die Entlastung des Verwaltungsrats gestimmt haben, die Möglichkeit, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben (vgl. Art. 758 Abs. 2 OR). Solche Klagen kommen in der Praxis allerdings sehr selten vor [zu den Gründen siehe [oben, II.3.a](#)].

Die Aktionärserschaft muss im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegen. Werden die Aktien nach Klageerhebung veräussert, geht die Klagebefugnis auf den Erwerber über.⁶² Da der Aktionär den Schaden der AG geltend macht, ist die Klage auf Leistung an die AG zu richten (Art. 756 Abs. 1 OR).⁶³ Der Aktionär wird nach heute herrschender Meinung als Prozessstandschafter für die AG tätig.⁶⁴ Dies hat zur Folge, dass mit Klageerhebung Rechtshängigkeit eintritt und weitere Klagen anderer Aktionäre oder der Gesellschaft an anderen Gerichtsständen ausgeschlossen sind. Die Beklagten können alle Einreden erhe-

⁵⁹ Ausreichend ist eine Aktie. Klagebefugt ist auch ein Partizipant (Art. 656 Abs. 2 OR). Der Partizipant ist *mutatis mutandis* mit dem stimmrechtslosen Vorzugsaktionär des deutschen Rechts vergleichbar, hat aber nie ein wiederauflebendes Stimmrecht.

⁶⁰ So ausdrücklich etwa BGE 131 III 306 E. 3.1.1 S. 310 f.; BGE 132 III 564 E. 3.1.2 S. 568 f. Zur Terminologie Baum/von der Crone, 234 ff., die aufzeigen, dass die Begrifflichkeiten teilweise in Abweichung vom allgemeinen Haftungsrecht verwendet werden.

⁶¹ Diese Klagebefugnis ist unabhängig von der Möglichkeit der Generalversammlung, den Verwaltungsrat zur Klage zu zwingen (Art. 756 Abs. 2 OR).

⁶² Bärtschi, Verantwortlichkeit, 138 m.w.N.

⁶³ Eine Klage auf Leistung an sich selbst ist dagegen ausgeschlossen, BGE 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570; Böckli, § 16 N 123.

⁶⁴ BGE 121 III 488 E. 2b S. 492; BGE 132 III 342 E. 2.2 S. 345 f. und 4.3 S. 350 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.2; Böckli, § 16 N 112; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 792; Graf, 380 ff.; wohl auch BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 756, N 8 ff. mit ausführlicher Darstellung der früher herrschenden Theorie des materiellen Forde-
rungsrechts. Für diese Theorie nun aber Grieder, N 600 ff.

ben, die ihnen gegen die AG zustehen. Als solche kommt die Einwilligung oder die Verjährung (Art. 760 OR) in Betracht. Des Weiteren können sich die Beklagten auf die – im schweizerischen Recht mit der Rechtsfolge des Verzichts verbundene – Entlastung berufen (Art. 758 Abs. 1 OR). Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt allerdings nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Aktionäre, die gegen die Entlastung gestimmt oder der Abstimmung ferngeblieben sind, haben nach dem Entlastungsbeschluss nur noch zwölf Monate Zeit für eine Klageerhebung. Diese Verwirkungsfrist steht während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und während deren Durchführung still (Art. 758 Abs. 2 OR).

Die nicht an diesem Prozess beteiligte AG wird wegen Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO hinsichtlich der Kostenentscheidung angehört. Will sie auch zur Hauptsache angehört werden, muss sie Nebenintervenientin werden (Art. 74 ZPO).⁶⁵ Fällt die AG während des Prozesses in Konkurs, geht die Prozessführungsbefugnis vom Kläger auf die Konkursmasse über.⁶⁶

cc) *Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden*

(1) Anders als im deutschen Recht ist der Tatbestand des Art. 754 OR nicht auf Ersatz von Schäden im Gesellschaftsvermögen beschränkt, d.h. als Binnenhaftung ausgestaltet. Die Vorschrift erlaubt auch Klagen des Aktionärs auf Ersatz *seines direkten Schadens* (im deutschen Recht auch als „Eigenschaden“ bezeichnet). In dieser Konstellation muss die Aktionäreigenschaft im Zeitpunkt der Schädigung vorliegen, wobei es das Bundesgericht hat ausreichen lassen, dass die Schädigung im Moment des Aktienerwerbs erfolgte.⁶⁷

Ein direkter Schaden liegt vor, wenn das Vermögen des Aktionärs vermindert wird, ohne dass dies auf einer Vermögensminderung bei der AG beruht (fehlender Reflexschaden), z.B., wenn der Verwaltungsrat dem Aktionär rechtswidrig das Bezugs- oder Vorwegzeichnungsrechts (Art. 652b, 653c OR) entzieht, wenn Organmitglieder die beschlossene Dividende veruntreuen⁶⁸ oder wenn ein Aktionär durch Täuschung über die Geschäftschancen zur Zeich-

⁶⁵ Bockli, § 16 N 113 ff.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 756, N 10, 17.

⁶⁶ Bockli, § 16 N 121.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997, übersetzt in: Pra 87 (1998) Nr. 121, 680 f.; zustimmend Bärtschi, Verantwortlichkeit, 134 ff.; Bärtschi, Unmittelbarer Schaden, 249; kritisch dazu Groner/Vogt, 260 f. – jeweils m.w.N.

⁶⁸ Hier kommt es allerdings nur zu einem Schaden, wenn die AG anschliessend in Konkurs fällt.

nung neuer Aktien⁶⁹ oder zur Gewährung eines Darlehens an die AG bewogen wird. Der Aktionär klagt auf Leistung an sich selbst. Seine Aktivlegitimation ist nur im Falle des Konkurses eingeschränkt [siehe [unten, III.1.b\)bb\)](#)]. Der Anspruch aus Art. 754 OR steht in Anspruchskonkurrenz zur *culpa in contrahendo*, zur Vertrauenshaftung und zu deliktischen Ansprüchen (z.B. Art. 41 OR).

Der geschädigte Aktionär kann zudem die AG verklagen, wenn die Pflichtverletzung zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt, denn die AG haftet für deliktisch verursachte Schäden, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht (Art. 722 OR). Der Aktionär wird diesen Weg wählen, wenn er nicht sicher ist, dass die Taschen des Organmitglieds tief genug sind. Die AG ihrerseits kann nach einem verlorenen Prozess Regress bei dem Organmitglied nehmen (Art. 754 OR).

(2) Wird durch eine Pflichtverletzung von Organmitgliedern sowohl die Gesellschaft als auch ein Aktionär (oder Gläubiger) direkt geschädigt, ist bei einer aufrechtstehenden AG die Aktivlegitimation des Aktionärs (und/oder Gläubigers) nicht beschränkt.⁷⁰ Es kommt hier – anders als bei einer konkursiten AG [dazu [unten, III.1.b\)bb\)](#)] – nicht zu einem zeitlichen Wettlauf zwischen den klagenden Aktionären und/oder Gläubigern einerseits und der Gesellschaft andererseits.

(3) Unbenommen bleibt dem Aktionär die Geltendmachung weiterer Anspruchsgrundlagen, wie *culpa in contrahendo*, Art. 41 OR oder Vertrauenshaftung.⁷¹

dd) Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Reflexschäden

Wie Art. 757 Abs. 1 OR im Umkehrschluss zeigt, ist der Gläubiger einer AG ausser Konkurs dieser AG nicht befugt, einen *Schaden der Gesellschaft* einzuklagen, und zwar weder auf Leistung an die AG noch auf Leistung an sich. Grund hierfür ist der Umstand, dass der Gläubiger noch keinen Schaden erlitten hat, solange die AG ihre Verbindlichkeiten noch begleicht. Zudem soll er sich bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft nicht in deren innere Belange einmischen dürfen. Im Schrifttum umstritten ist allerdings die Frage, ob er nicht immerhin dann einen Reflexschaden erleidet und einklagen kann, wenn die Bonität der AG durch eine Pflichtverletzung ihrer Organmitglieder sinkt und der

⁶⁹ Anders bei Unrichtigkeiten in Bezug auf das Verfahren der Kapitalerhöhung. Hier greift regelmässig die Gründungshaftung (Art. 753 OR) ein.

⁷⁰ BGE 148 III 11 E. 3.2 – 3.2.3.2. S. 14 ff.; Bärtschi, Unmittelbarer Schaden, 248 f.

⁷¹ Böckli, § 16 N 127, 130 f., 136.

Gläubiger seine Forderung gegen die AG wertberichtigen muss.⁷² Das Bundesgericht hat dies zu Recht bisher strikt abgelehnt,⁷³ denn ein Schaden dieses Gläubigers tritt erst mit endgültiger Zahlungseinstellung ihm gegenüber ein. Dann aber kann er den Konkurs einleiten (Art. 159 ff. SchKG).⁷⁴

ee) *Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Eigenschäden*

Erleidet der Gläubiger einer AG einen Schaden in seinem Vermögen, kann er seinen Schadensersatzanspruch uneingeschränkt auf Art. 754 OR stützen und zwar selbst dann, wenn die Schädigung im Moment des Erwerbs der Gläubigerstellung erfolgt.⁷⁵ Des Weiteren kann er diesen mittels vertraglicher oder deliktischer Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen.⁷⁶ Ist die Gläubigerschädigung durch eine unerlaubte Handlung erfolgt, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen hat, haftet ihm auch die AG aus Art. 722 OR.⁷⁷ Die AG kann ihrerseits nach Art. 754 OR bei dem Organmitglied Regress nehmen.

⁷² Befürwortend Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 197; wohl auch Forstmoser/Sprecher/Töndury, N 199 („Theoretisch könnte darauf basierend eine Klage in Erwägung gezogen werden“); ablehnend Bärtschi, Verantwortlichkeit, 225; Baum/von der Crone, 235 f.; Böckli, N 134; Berti, 441, 445; Eggmann, 44 und 47; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 792.

⁷³ BGE 117 II 432 E. 1b/dd S. 438 f.; BGE 131 III 306 E. 3.1.1 S. 310 f., BGE 132 III 564 E. 3.1.2 S. 568 f.; BGE 141 III 112 E. 5.2.2 S. 117; ebenso Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 792.

⁷⁴ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.198/2000 vom 28. September 2000 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 4C.200/2002 vom 13. November 2002 E. 3 und 5 (insoweit nicht abgedruckt in BGE 129 III 129 ff.; der Entscheid betrifft Art. 755 OR); zustimmend etwa Bärtschi, Verantwortlichkeit, 134 ff.; Bärtschi, Unmittelbarer Schaden, 249; Roth Pellanda/von der Crone, 286 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 792; unklar Böckli, § 16 N 136. Überholt ist damit der Entscheid BGE 122 III 176 E. 7b a.E. 192 f., wonach eine Klage des Gläubigers aufgrund des von ihm direkt erlittenen Schadens nur zulässig sein sollte, wenn sich dieser auf eine Norm stützen kann, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient.

⁷⁶ Böckli, § 16 N 136; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 792. Ausführlich dazu Spitz, 165 ff.

⁷⁷ Böckli, § 16 N 136.

b) Ansprüche im Konkurs

aa) Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft durch die Konkursverwaltung

Befindet sich die durch eine Pflichtverletzung ihrer Organe geschädigte AG in Konkurs (Art. 171 SchKG)⁷⁸, ist allein die Konkursverwaltung berechtigt, den der Gesellschaft entstandenen (aus Sicht des Aktionärs und des Gläubigers also indirekten) Schaden geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Mit der Eröffnung des Konkurses fällt der Anspruch in die Konkursmasse und wird damit nach der seit 1991 konstanten bundesgerichtlichen Praxis zu einem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit, den die für die Konkursmasse handelnde Konkursverwaltung geltend macht.⁷⁹ Dies hat zur Folge, dass bestimmte individuelle Einreden der Beklagten ausgeschlossen sind (Einrede der Entlastung, der Einwilligung, der Schiedsklausel und des Forderungsverzichts im Rahmen eines Vergleichs), während die Einreden der Verjährung, der Verrechnung, des Rechtsmissbrauchs und der *res iudicata* möglich bleiben.⁸⁰ Diese sog. „Raschein-Doktrin“ geht auf den ehemaligen Bundesrichter Rolf Raschein zurück.⁸¹ Sie war und ist stark umstritten und kann letztlich die der gesetzlichen Ordnung inhärenten Widersprüche nicht völlig lösen. Das Bundesgericht hat die Doktrin aufgrund der Kritik aus dem Schrifttum⁸² in einigen Punkten präzisiert, hält aber eisern an ihr fest.⁸³

⁷⁸ Dem Konkurs ist ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) gleichzusetzen, vgl. BGE 122 III 166 E. 3.b und 3.c S. 169 ff.; BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27 f. Nicht gleichgestellt sind der ordentliche Nachlassvertrag („Prozentvergleich“, vgl. Art. 314 SchKG) und die Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG), vgl. Bockli, § 16 N 145.

⁷⁹ BGE 117 II 432 E. 1.b.gg S. 440; BGE 142 III 23 E. 4.4 S. 34 f.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 1 ff.

⁸⁰ Zu allen Einreden ausführlich Bockli, § 16 N 160 ff.

⁸¹ Raschein, 357 ff.

⁸² Jüngst erneut umfassend dargestellt von Bockli, § 16 N 174 ff.

⁸³ BGE 131 III 306 („Biber“); BGE 132 III 342 („Schaumglass“); BGE 132 III 564 („Familie N.“); Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017; BGE 141 III 112 E. 5.3.2 S. 118; BGE 142 III 23 E. 4.2 S. 28 f. und 4.4 S. 34 f.; BGE 148 III 11 E. 3.2.3.1 S. 17 ff.

Über die Anhebung der Klage entscheidet die zweite Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2 SchKG).⁸⁴

bb) Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Reflexschäden

Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung des Anspruchs, kann jeder Gläubiger oder Aktionär dessen Abtretung verlangen (Art. 757 Abs. 2 OR). Erfolgt diese, lebt dadurch jedoch nicht etwa ein individuelles Klagerecht des Gläubigers bzw. Aktionärs wieder auf, sondern der Kläger macht den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend. Soweit der Kläger den Prozess gewinnt, fliesst das Prozessergebnis nicht komplett in die Konkursmasse. Ein klagender Gläubiger wird vielmehr für das übernommene Prozessrisiko belohnt, indem seine rechtskräftig kollozierte Forderung vorab befriedigt wird und nur der dann verbleibende Überschuss in die Konkursmasse fällt (Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR, Art. 260 Abs. 2 SchKG). Ein klagender Aktionär erhält (nach Befriedigung von allfälligen ebenfalls klagenden Gläubigern) in Höhe seiner Beteiligungsquote vorab seinen Anteil am Prozessgewinn. Der Rest fliesst in die Konkursmasse (Art. 757 Abs. 2 Satz 3 OR) und wird unter den nicht klagenden Gläubigern und – falls ein Überschuss verbleibt – unter den nicht klagenden Aktionären verteilt.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG keine eigenständige Bedeutung neben Art. 757 Abs. 2 OR zukommt.⁸⁵ Daher war im Entwurf zur Aktienrechtsrevision von 2007 vorgeschlagen worden, Absatz 3 ersatzlos zu streichen.⁸⁶ Im Vorentwurf von 2014 wurde dieser Änderungsvorschlag ohne Begründung im dazugehörigen Bericht verworfen.

cc) Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Eigenschäden

(1) Wurde ein Gläubiger oder Aktionär direkt geschädigt, ist dieser auch im Konkurs aktivlegitimiert, seinen eigenen Schaden geltend zu machen. Die Konkursverwaltung bzw. die Nachlassmasse sind nicht berechtigt, einen Schaden der Aktionäre oder Gläubiger geltend zu machen, der ausschliesslich in deren Vermögen (und nicht zugleich im Vermögen der Gesellschaft bzw. der

⁸⁴ BGE 148 III 11 E. 3.2.3.1 S. 17 ff.; Böckli, § 16 N 141.

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 795 je m.w.N.

⁸⁶ Botschaft und Entwurf zur Aktienrechtsrevision vom 21.12.2007, BBl 2008, 1693 bzw. 1787; dazu Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 157.

Konkursmasse) eingetreten ist.⁸⁷ Neben der Verantwortlichkeit stehen den Aktionären/Gläubigern Ansprüche aus Vertrag, *culpa in contrahendo* und Delikt zur Verfügung.

(2) In seltenen Fällen kann es dazu kommen, dass pflichtwidrig handelnde Organe sowohl die AG als auch zugleich die Aktionäre bzw. Gläubiger direkt schädigen. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der Verwaltungsrat kurz vor dem Konkurs der Gesellschaft Geld veruntreut und dadurch das Vermögen der Gesellschaft schädigt und gleichzeitig das der Aktionäre, da eine beschlossene Dividende nicht ausbezahlt werden kann. In Fällen wie diesen schränkt das Bundesgericht die Aktivlegitimation der Aktionäre und Gläubiger für individuelle Klagen gegen die Organmitglieder ein, um einen Wettlauf zwischen der Konkursverwaltung und den klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zu einer versiegenden Quelle zu verhindern.⁸⁸ Aktionäre bzw. Gläubiger können ihren direkten Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet.⁸⁹

2. Deutschland

a) Ansprüche ausserhalb der Insolvenz

aa) Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz ihres Schadens

(1) Im deutschen Recht ist die Organhaftung grundsätzlich [zu den Ausnahmen siehe [unten, III.2.a\)cc](#)] als Binnenhaftung ausgestaltet. Gemäss § 93 Abs. 2 AktG haften die Vorstände (und gemäss § 116 AktG die Aufsichtsräte) der Gesellschaft für pflichtwidrig verursachte Schäden im Gesellschaftsvermögen. Über die Klageerhebung gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder entscheidet der Aufsichtsrat, über die gegen (ehemalige) Aufsichtsräte der Vorstand.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2; BGE 142 III 23 E. 4.3 S. 32 ff.; in Abkehr vom „Raichle-Entscheid“ Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000.

⁸⁸ BGE 122 III 176 E. 7c S. 193 f.; bestätigt etwa in BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311.

⁸⁹ So ausdrücklich BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311; BGE 148 III 11 E. 3.2.3.1 S. 17; Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2; Bärtschi, Unmittelbarer Schaden, 251; Böckli, § 16 N 129, 144, 169 a.E., 179; Derungs/von der Crone, 321 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 796.

Die Entscheidung über die Klageerhebung gegen Vorstandsmitglieder gehört zu den Kontroll- und Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats.⁹⁰ Um diese Entscheidung vorzubereiten, ist der Vorstand zu einer sorgfältigen Prozessrisikoanalyse verpflichtet. Fällt diese erfolgversprechend aus, muss er nach dem ARAG/Garmenbeck-Urteil des Bundesgerichtshofs die Ansprüche grundsätzlich verfolgen. Ausnahmsweise darf er von einer Klage absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegensprechen und diese die Gründe für eine Rechtsverfolgung überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind.⁹¹ Zwar wird von Teilen des deutschen Schrifttums eine Korrektur der „Verfolgungspflicht“ der ARAG/Garmenbeck-Doktrin gefordert.⁹² Der BGH hält jedoch strikt an seiner Linie fest.⁹³ Dies kann gar in ein sogenanntes Verjährungskarussell münden: Der Aufsichtsrat macht sich seinerseits schadensersatzpflichtig, wenn er pflichtwidrig die Verfolgung der Organhaftungsansprüche unterlässt. Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen einer AG gegen ein Aufsichtsratsmitglied gemäss §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2, 6 AktG wegen Verjährenlassens von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied beginnt gemäss § 200 Satz 1 BGB erst mit dem Zeitpunkt der Verjährung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied.⁹⁴ Den Organhaftungsanspruch gegen die Aufsichtsratsmitglieder wiederum muss der Vorstand verfolgen. Tut er dies nicht, muss ihn wiederum der Aufsichtsrat belangen usw.

(2) Organhaftungsansprüche müssen geltend gemacht werden, wenn es die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschliesst. Der Ersatzanspruch soll binnen sechs Monaten seit dem Tage der Hauptversammlung geltend gemacht werden (§ 147 Abs. 1 AktG). Zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs kann die Hauptversammlung besondere Vertreter bestellen (§ 147 Abs. 2 AktG). Um diesen Punkt an der Hauptversammlung traktandieren zu lassen, bedarf es allerdings eines Quorums von 5% des Grundkapitals oder Aktien mit dem anteiligen Betrag von 500.000 € (§ 122 Abs. 2 AktG), was – genau wie in der Schweiz – in der Praxis eine erhebliche Erschwernis darstellt.

⁹⁰ BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck); BGHZ 202, 26 N 19; BeckOK AktG–Fleischer, § 93, N 354; Sailer–Cocceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93, N 46 ff.

⁹¹ Vgl. das Zitat in Fn. 50 sowie BeckOK AktG–Fleischer, § 93, N 354; Trölitzsch, 163 f.

⁹² Zur Diskussion vgl. den Text bei und die Nachweise in Fn. 7.

⁹³ BGHZ 202, 26 N 19; BGHZ 219, 356 N 15.

⁹⁴ BGH NZG 2018, 1301; dazu etwa Fleischer, Aufsichtsratshaftung, 2342 f.; Trölitzsch, 164.

bb) Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden

(1) Einzelne Aktionäre sind nicht aktivlegitimiert, Schäden der Gesellschaft im eigenen Namen mit *Leistung an sich* einzuklagen. Zwar wird ihr Vermögen indirekt geschädigt, da sich der Wert ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung mindert (im deutschen Recht daher auch als sog. Doppelschaden oder Schadenskongruenz bezeichnet⁹⁵), doch würde die Zulassung einer Klage auf Leistung an den Aktionär den Schaden in der eigentlich betroffenen Vermögensmasse nicht ausgleichen. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung, die Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens sowie das Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter schliessen daher einen Anspruch des Aktionärs auf Schadensersatz wegen einer Minderung des Wertes seiner Beteiligung, die aus einer Schädigung der Gesellschaft resultiert, aus.⁹⁶

(2) Während das schweizerische Recht es dem Einzelaktionär immerhin erlaubt, indirekte Schäden (Reflexschäden) als Prozessstandschafter mit *Leistung an die AG* geltend zu machen, schliesst das deutsche Recht auch eine solche Klage kategorisch aus.

(3) Aktionäre, deren Anteile zusammen den hundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 € des Grundkapitals erreichen, können die Zulassung durch das Gericht beantragen, im eigenen Namen Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Organmitglieder geltend zu machen (§ 148 Abs. 1 AktG; sog. Klagezulassungsverfahren). Die Zulassung der Klage darf nur erfolgen, wenn die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie (oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger) von den behaupteten Pflichtverstössen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten. Zudem müssen die Aktionäre belegen, dass sie die AG unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben. Des Weiteren müssen Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der AG durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist. Schliesslich dürfen der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. Die Aktionäre klagen *auf Leistung an die AG* (§ 148 Abs. 4 Satz 2 AktG) und handeln folglich als Prozessstandschafter.⁹⁷ Die Gesellschaft hat jederzeit die Möglichkeit, die Klage selbst einzureichen oder

⁹⁵ Vgl. Koch, AktG, § 93, N 139; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 404; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 352 f. Siehe auch BGH NJW 1987, 1077.

⁹⁶ BGH NJW 2013, 2586, 2587; BGH NJW 2013, 1434 ff.; BGHZ 105, 121, 130 f.; BGH ZIP 1987, 1316, 1319.

⁹⁷ Begründung RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, 23; BeckOK AktG-Mock, § 148, N 156.

eine anhängige Klage zu übernehmen (§ 148 Abs. 3 AktG). Damit steht ihr auch die Möglichkeit offen, einen Vergleich über die Organhaftungsansprüche zu schliessen, wobei allerdings die Vorgaben von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zu beachten sind, also insbesondere die Zustimmung der Hauptversammlung notwendig ist. Angesichts dieser zahlreichen Hürden und Unwägbarkeiten hat das Klageerzwingungsverfahren in Deutschland bislang keinerlei Bedeutung entfaltet.⁹⁸

(4) Unter dem hier untersuchten Gesichtspunkt der Aktivlegitimation erwähnenswert sind die konzernrechtlichen Vorschriften der §§ 309 Abs. 4, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG. Sie geben einzelnen Aktionären die Möglichkeit, indirekte Schäden (Reflexschäden) mit einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft einzufordern. Damit berücksichtigt der Gesetzgeber den Umstand, dass die Unternehmensleitung der abhängigen Gesellschaft noch weniger als bei einer unabhängigen AG geneigt sein wird, Ansprüche zu verfolgen; zudem werden Aktionäre Schwierigkeiten haben, die nach § 147 f. AktG nötige Mehrheit zu erreichen.⁹⁹ Das schweizerische Recht greift diese Wertung nicht nur in Konzernsachverhalten auf, sondern generell im ganzen Verantwortlichkeitsrecht. Aus rechtsvergleichender Perspektive ist man verwundert, dass der deutsche Gesetzgeber in Organhaftungsfällen bei der Aktivlegitimation eine andere Wertung vornimmt als in den doch recht ähnlich gelagerten Konzernhaftungsfällen.

cc) *Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden*

(1) Anders als im schweizerischen Recht können Aktionäre in Deutschland keinen Ersatz von direkten Schädigungen im eigenen Vermögen im Wege der Organhaftung aus § 93 AktG geltend machen,¹⁰⁰ denn diese ist als reine Binnenhaftung konzipiert. Eine Aussenhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Aktionären kommt nur aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen in Betracht (Vertrag, *culpa in contrahendo* oder Delikt). Begründet wird diese gesetzliche Konzeption mit dem Gedanken, dass Ersatzleistungen der Vorstandsmitglieder allen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern in gleicher Weise zugute-

⁹⁸ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 355 („bedeutungslos“); Schmolke, Aktionärsklage, 402 f.; Reformvorschläge bei Bachmann, Gutachten E, 88 ff.; Wagner, 261 ff. – jeweils m.w.N. Diese wurden allerdings fast alle vom DJT abgelehnt, vgl. Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, II. 12.

⁹⁹ MüKo AktG-Altmeppen, § 309, N 124.

¹⁰⁰ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 355. Grundlegend zur Haftung für Eigenschäden Kowalski, 4 ff.; Schmolke, Organwalterhaftung, 47 ff., 133 ff., 257 ff.

kommen sollen.¹⁰¹ Diese Begründung, bei der man sich häufig auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1987¹⁰² stützt, überzeugt bei Schädigungen des Gesellschaftsvermögens. Sie erweist sich aber als nicht tragfähig, wenn es um eine direkte Schädigung der Aktionäre geht, denn hier fehlt gerade ein Schaden der AG, so dass bei einem Klagerecht der Aktionäre weder die Mitaktionäre noch die Gläubiger benachteiligt würden.¹⁰³ Zu deren Benachteiligung kann es nur kommen, wenn zugleich das Vermögen der AG und das der Aktionäre geschädigt wird, ohne dass es sich bei dem Schaden des Aktionärs um einen Reflexschaden handelt. Es würde völlig ausreichen, innerhalb der Organhaftung für diesen Fall eine Vorrangregel zu etablieren. Die Schweiz kennt eine solche im Konkurs, da hier der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Vorrang verdient. Ausser Konkurs nimmt die Schweiz die Konkurrenzstellung der Geschädigten in Kauf, da eine solche auch in anderen Schadensersatzkonstellationen ausserhalb des Gesellschaftsrechts auftritt und für eine Privilegierung der AG und ihrer Aktionäre keine Notwendigkeit besteht. Als Zwischenfazit lässt sich daher festhalten, dass die gängige Rechtfertigung einer reinen Binnenhaftung („Haftungskanalisation“) nur für den Fall überzeugt, in dem das Gesellschaftsvermögen (mit-)geschädigt wurde, im Übrigen aber nicht tragfähig ist.

Eigenschäden können Aktionäre im deutschen Recht also nur geltend machen, wenn die Voraussetzungen einer vertraglichen, quasivertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage¹⁰⁴ vorliegen, wobei die Einzelheiten sehr streitig sind und die Rechtsprechung nicht immer eine einheitliche Linie verfolgt.¹⁰⁵ Gleiches gilt für Ansprüche Dritter, also etwa Anleger, die beim Erwerb der Aktionärsstellung, einen Schaden erleiden.¹⁰⁶ Rechtsprechung und Schrifttum nehmen eine restriktive Haltung in Bezug auf Ansprüche von Aktionären gegenüber den Organmitgliedern ein. Neben der soeben genannten Begründung der Haftungskanalisation wird darauf verwiesen, dass sich verbandsinterne

¹⁰¹ Fleischer, Vorstandsrecht, § 11, N 1; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 384 unter Berufung auf BGH NJW 1987, 1077.

¹⁰² BGH NJW 1987, 1077.

¹⁰³ Dies vertritt auch der BGH NJW 1987, 1077 Leitsatz 2.

¹⁰⁴ Eine Einordnung von § 93 AktG als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 2. Januar 2002 (BGBl. I 42), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. März 2023 (BGBl. I Nr. 72, BGB), oder eine analoge Anwendung von § 93 AktG wird einhellig abgelehnt., vgl. BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 385; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 336, 343; KölnKomm AktG-Cahn, § 93, N 203, 231 f.; Koch, AktG, § 93, N 134.

¹⁰⁵ BGHZ 109, 297 ff. („Baustoff“); 166, 84 ff. („Kirch/Deutsche Bank AG und Breuer“); 194, 26 ff. („NICI-AG“); 201, 344 ff. („Haustürwerbung“); 208, 182 ff. („Glasfasern II“). Einzelheiten bei BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 384 ff.; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 336 ff. (Haftung gegenüber Aktionären), 355 ff. (Haftung gegenüber Dritten).

¹⁰⁶ MüKo AktG-Spindler, § 93, N 333.

Organisationspflichten der Vorstandsmitglieder nur unter besonderen Voraussetzungen ins Aussenverhältnis projizieren liessen.¹⁰⁷ Die Binnenhaftung des § 93 Abs. 2 AktG bilde den gesetzlichen Regelfall, so dass die Organ-aussenhaftung eine begründungsbedürftige Ausnahme darstelle. Auch werden rechtsökonomische Bedenken erhoben, weil eine Ausweitung der Aussenhaftung die risikoaversen Organmitglieder besonders treffe, während Aktionäre im Rahmen ihres Portfolios jedenfalls bei Publikumsgesellschaften eine Risikostreuung vornehmen könnten. Schliesslich wird argumentiert, dass eine Aussenhaftung ein grösseres Missbrauchs- und Störpotenzial gegenüber einer verbandsinternen Einstandspflicht aufweise.

Vergleicht man diese Begründungsansätze mit dem Recht der Schweiz, das die Aussenhaftung der Organmitglieder gegenüber direkt geschädigten Aktionären grundsätzlich zulässt, mit der Pflichtverletzung und der Kausalität aber eine ausreichende Feinsteuerung vornimmt, überzeugt die deutsche Position nicht. Am Ende des Tages muss bei der Prüfung vertraglicher oder deliktischer Tatbestände die Frage beantwortet werden, ob der Aktionär in den Schutzbereich der verletzten gesellschaftsrechtlichen Pflicht fällt und ob die Kausalität gegeben ist. Im deutschen Recht wird also durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Organhaftung auf das Innenverhältnis nur erreicht, dass der geschädigte Aktionär anstelle der Organhaftung andere Anspruchsgrundlagen bemühen muss. Anders formuliert: Aus Sicht des Aktionärs sollte es keine Rolle spielen, ob er seinen Anspruch auf Organhaftung, Vertrag, *culpa in contrahendo*, Vertrauenshaftung oder Delikt stützt. Die zu klärenden Rechtsfragen sind identisch, nämlich ob das Organmitglied eine gesellschaftsrechtliche Pflicht verletzt hat, die (auch) dem Schutz des „Eigenvermögens“ des Aktionärs diene.

Beide Rechtsordnungen sind zudem mit der Konkurrenzsituation konfrontiert, wer Vorrang geniessen soll, wenn eine Pflichtverletzung sowohl das Vermögen der AG als auch das des Aktionärs direkt schädigt. Während man diese Problematik in der Schweiz innerhalb des Verantwortlichkeitsrechts löst, wird die Frage im deutschen Recht – soweit ersichtlich – bislang nicht thematisiert.

Die Begrenzung der Aktivlegitimation bei der Organhaftung auf eine reine Binnenhaftung ist also eine Scheinlösung, suggeriert sie doch die Lösung eines Problems, das eigentlich bei anderen Tatbestandsmerkmalen liegt, nämlich beim Schutzbereich der organschaftlichen Pflichten und bei der Kausalität. Im

¹⁰⁷ Zum Folgenden insbesondere BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 396 m.w.N. zur ganz herrschenden Meinung.

Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Verneinung der Aktivlegitimation der Aktionäre in § 93 Abs. 2 AktG zu einer Verschiebung der zu klärenden Rechtsfragen in andere Anspruchsgrundlagen führt.

Untersucht man diese, stellt man fest, dass die Fallgestaltungen, in denen eine Aussenhaftung der Organmitglieder gegenüber geschädigten Aktionären bejaht wird, in beiden Rechtsordnungen vergleichbar sind. Im deutschen Recht ist anerkannt, dass blosse Vermögensschäden keinen ersatzfähigen Schaden bei § 823 Abs. 1 BGB darstellen. Vorausgesetzt wird vielmehr die Verletzung eines absoluten Rechts, wobei neben den in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten absoluten Rechten weitere „sonstige Rechte“ anerkannt sind, zu denen die Mitgliedschaft des Aktionärs zählt.¹⁰⁸ Dabei wird wie folgt differenziert: Nicht ersatzfähig ist der reine Vermögensschaden des Aktionärs, wenn er blosser Reflex aus einer Schädigung der Gesellschaft ist. Die Geltendmachung des Schadens steht der AG zu, wodurch die Beeinträchtigung des Wertes des Gesellschaftsvermögens direkt (und damit die Wertminderung der Mitgliedschaft indirekt) ausgeglichen wird.¹⁰⁹ Ersatzfähig sind hingegen direkte Schäden im Vermögen des Aktionärs.

Weiterhin erforderlich ist ein mitgliedschaftsbezogener Eingriff.¹¹⁰ Was hierunter zu verstehen ist, wird am Beispiel des Entzugs der Benutzung von gesellschaftsrechtlichen Anlagen verdeutlicht.¹¹¹ Wird dieses Recht dem Aktionär auf Grundlage einer Satzungsbestimmung gewährt, handelt es sich bei dessen Nichtgewährung um einen Eingriff in seine Mitgliedschaft. Beruht das Recht dagegen auf einer schuldrechtlichen Grundlage ausserhalb der Satzung, fehlt der mitgliedschaftsbezogene Eingriff. Als Eingriffe in die Mitgliedschaft anerkannt sind etwa das allgemeine Gewinnbezugsrecht (nicht aber eine konkrete Höhe des Gewinns) oder die Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre. Umgekehrt wird eine Verletzung der Mitgliedschaftsrechte aus § 823 Abs. 1 BGB verneint, wenn die Hauptversammlungszuständigkeit missachtet wurde. Hierbei handelt es sich um einen Eingriff in die Zuständigkeitsordnung der Organe, auf die mit den Mittel der Anfechtungs- oder Nichtigkeitklage reagiert werden muss, nicht aber um einen Schaden des Aktionärs. Denn es existiert kein allgemeines Recht der Aktionäre auf gesetz- und satzungsmässiges Verhalten des Vorstands, das sie aufgrund *eigenen* Rechts durchsetzen könnten. Weitere Fallgruppen können an dieser Stelle aus Platzgründen nicht vertieft werden.

¹⁰⁸ BGHZ NJW 1990, 2877; Koch, AktG, § 93, N 140.

¹⁰⁹ MüKo AktG-Spindler, § 93, N 338.

¹¹⁰ Zum Folgenden BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 390 ff.; Koch, AktG, § 93, N 134 ff.; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 357 ff.

¹¹¹ MüKo AktG-Spindler, § 93, N 339.

Es zeigt sich aber, dass in Deutschland mit der Rechtsfigur des Eingriffs in die Mitgliedschaft diejenigen Fälle gelöst werden, die man in der Schweiz innerhalb des Verantwortlichkeitsrecht ansiedelt. Die Lösungen sind – funktional betrachtet – vergleichbar.

Ein Unterschied verbleibt allerdings. Im deutschen Recht wird kontrovers diskutiert, ob die Business Judgment Rule auch die Haftung der Organe gegenüber Aktionären beschränken kann. Die ablehnende Ansicht begründet dies damit, dass § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nur das Innenverhältnis der Organmitglieder zur Gesellschaft betreffe und dass eine Verletzung von gesetzlichen Pflichten von vornherein nicht unter die Business Judgment Rule fallen könne.¹¹² Die Gegenansicht beruft sich auf die bereits vor Einführung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ergangene Rechtsprechung, welche die Business Judgment Rule weit verstand und sie auch auf Vorstandsentscheidungen angewendet hatte, die sich auf Aussenverhältnis auswirken.¹¹³ Ein vergleichbarer Meinungsstreit besteht in der Schweiz nicht; vielmehr ist die Business Judgment Rule auch auf Geschäftsentscheide anzuwenden, die sich unmittelbar auf das Vermögen des Aktionärs auswirken können. Wird etwa dem Verwaltungsrat im Rahmen eines Kapitalbands eine Kapitalerhöhung gestattet (der deutschen genehmigten Kapitalerhöhung vergleichbar), so kann ihm auch die Befugnis zukommen, das Bezugsrecht auszuschliessen. Ob ein Bezugsrechtsausschluss *in concreto* notwendig ist, stellt einen Geschäftsentscheid dar. Da eine Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsratsbeschluss über den Bezugsrechtsausschluss nicht möglich ist (*argumentum e contrario* aus Art. 714 OR), bleibt dem betroffenen Aktionär nur die Verantwortlichkeitsklage. Bei der Frage der Notwendigkeit des Bezugsrechtsausschlusses wird das Gericht selbstverständlich die Business Judgment Rule anwenden.

Neben der Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB kommt auch die Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, sofern ein Schutzgesetz verletzt wird, das dem Schutz des Vermögens auch der Aktionäre dient.¹¹⁴

¹¹² MüKo AktG-Spindler, § 93, N 333; anders aber MüKo AktG-Spindler, § 93, N 347 in Bezug auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 des deutschen Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl. I 3322, StGB), zuletzt geändert durch Gesetz vom 04. Dezember 2022 (BGBl. I 2146). Er beruft sich dabei auf BGH NJW 2006, 522 („Mannesmann“).

¹¹³ BGH NJW 1979, 1823, 1826 f. („Herstatt“); BGH NJW 1994, 2220, 2224; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 105.

¹¹⁴ Einzelheiten bei BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 398 f.; Koch, AktG, § 93, N 134 ff.; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 359 ff.

Dritte, die weder Aktionäre noch Gläubiger der AG sind, werden in beiden Rechtsordnungen nicht durch Organhaftungsansprüche geschützt.¹¹⁵

(2) Eine Besonderheit findet sich im Recht des faktischen Konzerns. Das herrschende Unternehmen haftet für nachteilige Rechtsgeschäfte und Massnahmen gegenüber dem abhängigen Unternehmen, sofern es diese nicht ausgleicht oder sich hierzu verpflichtet. Die Haftung trifft nicht nur das herrschende Unternehmen, sondern auch die für die Entscheidung verantwortlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens. Darüber hinaus können die Aktionäre der abhängigen Gesellschaft Schadensersatz mit Leistung *an sich selbst* verlangen, soweit sie – unabhängig von Gesellschaftsschaden – einen Schaden in ihrem Eigenvermögen erlitten haben (§ 317 Abs. 1 Satz 2 AktG). Ein solcher Schaden entsteht etwa durch Einwirkung des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft, die Dividende der Aktionäre der abhängigen AG zu verkürzen.¹¹⁶ Hier durchbricht der Gesetzgeber also den Grundsatz der reinen Binnenhaftung.

(3) Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 117 Abs. 1 AktG für den Fall, dass jemand unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder der Aktionäre zu handeln. Auch hier können direkt geschädigte Aktionäre Schadensersatz verlangen (§ 117 Abs. 1 Satz 2 AktG).

(4) Im Umwandlungsgesetz findet sich ein Schadensersatzanspruch für den Fall einer Verletzung der speziellen umwandlungsrechtlichen Sorgfaltspflichten (§ 25 UmwG). Anspruchsberechtigt sind der übertragende Rechtsträger, dessen Anteilsinhaber¹¹⁷ sowie dessen Gläubiger, wobei für die Geltendmachung aus Gründen der Verfahrensvereinfachung gemäss § 26 Abs. 1 UmwG ein besonderer Vertreter zu bestellen ist. Hier durchbricht der Gesetzgeber ebenfalls den Grundsatz der Binnenhaftung. Teile des Schrifttums bemängeln, für diese Durchbrechung sei keine Begründung erkennbar.¹¹⁸ Im Falle der Verschmelzung kann man als Begründung den Untergang des übertragenden

¹¹⁵ Koch, AktG, § 93, N 141 ff.; Böckli, § 16 N 103 f.

¹¹⁶ BeckOK AktG-Müller, § 317, N 7. Als weiteres Beispiel nennt Müller die Überbewertung einer Sacheinlage im Rahmen eines genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss. Meines Erachtens passt dieses Beispiel nicht, beruht die Verwässerung der Mitgliedschaft des ausstehenden Aktionärs doch ausschliesslich auf einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens und damit einer Schädigung der Gesellschaft.

¹¹⁷ Bei der Verschmelzung durch Aufnahme ist § 72 UmwG zu beachten.

¹¹⁸ Kritisch daher etwa Beck KuKo UmwG-Leonard, § 25, N 1; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 25, N 2, § 26, N 4; KölnKomm UmwG-Simon, § 25, N 1.

Rechtsträgers anführen, bei dem ein Binnenhaftungsanspruch keinen Sinn mehr ergibt. Zwar fingiert das Gesetz seinen Fortbestand (§ 25 Abs. 2 UmwG), doch fehlt es an einer aktiven Unternehmensleitung. In dieser Situation erscheint es sinnvoll, auch den Gesellschaftern und Gläubigern Klagemöglichkeiten an die Hand zu geben. Bei den anderen Formen der Umstrukturierung (Spaltung und Formwechsel), bei denen auf die §§ 25 f. UmwG Bezug genommen wird (§§ 125, 176, 205 UmwG), greift diese Begründung allerdings nicht.

dd) Anspruch eines Gläubigers

Gemäss § 93 Abs. 5 AktG können einzelne Gesellschaftsgläubiger direkt gegen die Organmitglieder klagen, wenn ihnen eine Geldforderung gegen die Gesellschaft zusteht, sie keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen können und der Gesellschaft ein Schadensersatzanspruch gegen das Organmitglied zustünde, der auf einer gröblichen Pflichtverletzung (bzw. in Fällen des § 93 Abs. 3 AktG auf einer einfachen Pflichtverletzung) beruht. Der klagende Gläubiger klagt auf Leistung an sich selbst.¹¹⁹

An sich ist die Organhaftung als Binnenhaftung ausgestaltet, so dass Gläubiger ohne die Regelung des Absatzes 5 gezwungen wären, zunächst ihre Forderung gegen die AG einzuklagen, um anschliessend zur Vollstreckung dieses Urteils den Ersatzanspruch der AG gegen die Vorstandsmitglieder pfänden (§ 829 ZPO) und sich überweisen zu lassen (§ 835 ZPO). Die Regelung dient also der vereinfachten Gläubigerbefriedigung.¹²⁰

§ 93 Abs. 5 AktG lässt die Klage der Gesellschaftsgläubiger jedoch nur zu, wenn sie von der AG keine Befriedigung erlangen können. In einem solchen Fall lohnt eine Klage häufig nicht mehr, da kein Vollstreckungssubstrat mehr vorhanden ist. Zudem besteht das nicht geringe Risiko, dass die AG während des Prozesses insolvent wird und die Geltendmachung des Ersatzanspruchs auf den Insolvenzverwalter übergeht (§ 93 Abs. 5 Satz 4 AktG). In diesem Falle hätten die Gläubiger mit ihrer Klage Zeit und Geld verschwendet. Daher hat sich diese Klagemöglichkeit in der Praxis als wenig effektiv erwiesen und es kommt ihr keine Bedeutung zu.¹²¹ Aus rechtsvergleichender Perspektive erscheint daher die Lösung der Schweiz, die den Gläubigern vor dem Konkurs eine eigenständige Klage gegen die AG ganz abschneidet, konsequenter.

¹¹⁹ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 362.

¹²⁰ Heidelberger Komm. AktG-Bürgers, § 93, N 43; Koch, AktG, § 93, N 170.

¹²¹ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 356; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 547.

Bemerkenswert ist, dass auch im deutschen Recht eine Kontroverse über die Rechtsnatur des Anspruchs besteht. Teilweise wird er als Prozessstandschaft eingeordnet,¹²² teilweise als materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung eigener Art.¹²³ Gegen eine Prozessstandschaft spricht, dass die Gläubiger Leistung an sich selbst und nicht an die Gesellschaft fordern können. Auch lässt sich bei Annahme einer Prozessstandschaft nicht erklären, warum das Verfolgungsrecht der Gläubiger fortbesteht, auch wenn der Anspruch der AG durch Vergleich oder Verzicht erlischt.

b) Ansprüche in der Insolvenz

aa) Anspruch der Gesellschaft

(1) Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die AG fallen auch die Organhaftungsansprüche der Gesellschaft in die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) und sind folglich vom Insolvenzverwalter geltend zu machen (§ 80 Abs. 1 InsO).

(2) Waren die Aktionäre im Klageerzwingungsverfahren erfolgreich und haben anschliessend Klage gegen die AG erhoben, führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu einer Prozessunterbrechung (§ 240 ZPO). Lehnt der Insolvenzverwalter die Aufnahme des Prozesses ab, erklärt er damit sogleich die Freigabe des Anspruchs und die Aktionäre können ihn weiterverfolgen (§ 85 InsO).¹²⁴

bb) Anspruch eines Aktionärs

Da § 93 AktG dem Aktionär keine Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Reflexschäden oder eigenen Schäden gewährt, stellt sich folglich auch das Problem der Geltendmachung in der Insolvenz nicht.

Machen die Aktionäre Eigenschäden im Wege eines deliktischen Anspruchs gegen die Organmitglieder gerichtlich geltend, wird dieser Prozess nicht durch die Insolvenz der AG berührt.

¹²² OLG Frankfurt WM 1977, 59, 62; LG Köln, AG 1976, 105; Habscheid, 202.

¹²³ Heidelberger Komm. AktG-Bürgers, § 93, N 43; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 357; Koch, AktG, § 93, N 171; KölnKomm AktG-Cahn, § 93, N 201; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 267; im Ergebnis auch Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 549 f.

¹²⁴ BeckOK AktG-Mock, § 148, N 197.

cc) *Anspruch eines Gläubigers*

(1) Wird über das Vermögen der AG das Insolvenzverfahren eröffnet, übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder Sachwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus (§ 93 Abs. 5 Satz 4 AktG). Die Gläubiger verlieren also mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Aktivlegitimation.¹²⁵ Dies hat zur Folge, dass neue Klagen als unbegründet abzuweisen sind. Bereits anhängige Prozesse werden gemäss § 240 ZPO unterbrochen. Gibt der Insolvenzverwalter oder Eigenverwalter den Ersatzanspruch frei, können die Gläubiger ihn wieder geltend machen (§ 85 InsO).

(2) Die Regelung des § 93 Abs. 5 Satz 4 AktG erfasst nur Organhaftungsansprüche, nicht aber auch Ansprüche der Gläubiger, die auf einem anderen, selbständigen Rechtsgrund beruhen (z.B. Prospekthaftung).¹²⁶

IV. Passivlegitimation

I. Schweiz

Art. 754 OR sieht vor, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen passiv legitimiert sind. Dabei hat der Gesetzgeber den Terminus „befasst“ bewusst gewählt. Er bringt zum Ausdruck, dass nicht nur die zu Organmitgliedern bestellten Personen erfasst sein sollen, sondern alle Personen, die tatsächlich Organfunktionen erfüllen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend und in organtypischer Weise mitbestimmen.¹²⁷

Über die Unterteilung des Organbegriffs herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum Uneinigkeit. Eine Ansicht unterscheidet vier Organbegriffe:

(1) Als Organe *im formellen Sinne* gelten Verwaltungsratsmitglieder und weitere Organe (wie Mitglieder der Direktion, Geschäfts- oder Konzernleitung), die als Mitglieder des Verwaltungsrats oder als Direktoren bestellt und im Handelsregister eingetragen worden sind (vgl. Art. 707 ff, 718 Abs. 2 OR; Art. 45 Abs. 1 lit. n und o HRegV).¹²⁸ Grund für die Erfassung dieses Personenkreises

¹²⁵ Heidelberger Komm. AktG-Bürgers, § 93, N 46; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 575.

¹²⁶ BGHZ 195, 1 N 17 (zur konzernrechtlichen Parallelvorschrift des § 309 Abs. 4 Satz 5 AktG); BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 363; Koch AktG, § 93, N 174.

¹²⁷ Der Kreis der gemäss Art. 754 Abs. 1 OR haftenden Personen wird jenem der nach Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) verantwortlichen Personen weitgehend gleichzusetzen sein, vgl. BGE 117 II 570 E. 3 S. 572.

¹²⁸ Forstmoser, Organbegriff, 136.

als formelle Organe sei das – durch den Handelsregistereintrag – nach aussen erweckte Vertrauen.¹²⁹ Dabei verkennt diese Ansicht, dass – aus Sicht des Verantwortlichkeitsrechts – allein die Bestellung (Wahl und Annahme derselben) entscheidend ist. Organmitglied ist man bereits ab diesem Zeitpunkt und nicht erst ab dem Zeitpunkt der Publikation der Organbestellung, zumal der Handelsregistereintrag unstreitig lediglich deklaratorischer Natur ist. Dieser Eintrag ist bedeutsam für den guten Glauben auf vorhandene Vertretungsmacht,¹³⁰ spielt aber für die Frage der Verantwortlichkeit keine Rolle.¹³¹ Selbst wenn man argumentiert, dass die Verantwortlichkeitsansprüche zwischen Gesellschaft und Organ vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur seien,¹³² bedarf es keines Rückgriffs auf den Vertrauensgrundsatz, denn die Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und den Organmitgliedern wird allein durch die Bestellung begründet. Massgebend für die Passivlegitimation der Verwaltungsratsmitglieder ist also nicht der Grundsatz des Vertrauensschutzes.

Als *materielle Organe* bezeichnet diese Ansicht Personen, die tatsächlich Organfunktionen erfüllen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend und in organtypischer Weise mitbestimmen. Dabei spiele es keine Rolle, ob ihnen die Organfunktion zugewiesen wurde (z.B. Delegierte) oder sie diese einfach tatsächlich ausüben (*faktische Organe*). Die Unterwerfung beider Personenkreise unter die Verantwortlichkeit beruht auf der tatsächlichen Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft.¹³³ Diese Unterscheidung birgt ebenfalls eine Unschärfe, denn sowohl bei den materiellen Organen als auch bei den faktischen Organen wird darauf abgestellt, wer tatsächlich auf die Willensbildung im Unternehmen Einfluss genommen hat. Infolgedessen wird der Begriff unterschiedlich verwendet, d.h. teilweise als Oberbegriff für Delegierte und faktische Organe,¹³⁴ teils als Unterbegriff neben den faktischen Organen¹³⁵ und teils synonym zu faktischen Organen.¹³⁶

¹²⁹ Forstmoser, Organbegriff, 129 f. Ob diese Personen ihren gesetzlichen Pflichten genügen und tatsächlich Einfluss auf die Entscheidungen im Unternehmen genommen haben, ist für die Entstehung der Organstellung im formellen Sinne belanglos, Forstmoser, Organbegriff, 132. Dieser Aspekt wird erst im Rahmen der Prüfung der Pflichtverletzung relevant.

¹³⁰ Vgl. Art. 3 ZGB i.V.m. Art. 936b Abs. 3 OR.

¹³¹ So auch Böckli, § 9 N 125.

¹³² Zur entsprechenden Diskussion vgl. Grieder, N 25 ff.

¹³³ Forstmoser, Organbegriff, 129.

¹³⁴ Forstmoser, Organbegriff, 131.

¹³⁵ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 2 N 36.

¹³⁶ Den Begriff „faktisches Organ“ verwendend; BGE 128 III 92 E. 3 S. 93 f.; Urteil des Bundesgerichts 9C_27/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1); vgl. auch BGE 117 II 432 E. 2.b S. 441 f. Anders etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 6.2, welches die Begriffe „materielles“ und „faktisches Organ“ synonym verwendet.

Eine Organstellung könne schliesslich dadurch begründet werden, dass jemand nach aussen den Anschein erweckt, er verfüge über Organkompetenzen (*Organ durch Kundgabe*).¹³⁷ Es wird auf eine Analogie zum Stellvertretungsrecht¹³⁸ und damit erneut auf den Vertrauensschutz abgestellt. Dies kann allerdings nur Anlass für eine Vertrauenshaftung sein, nicht aber Grund für die Bejahung einer gesellschaftsrechtlich bedingten Organstellung.¹³⁹ Somit ist zwischen Verantwortlichkeitsrecht und Stellvertretung/Vertrauenshaftung strikt zu trennen. Dies hat das Bundesgericht jüngst betont, indem es feststellte, dass ein faktisches Organ nicht kraft seiner Organfunktion im Namen der Gesellschaft Rechtsgeschäfte eingehen könne. Vielmehr müsse geprüft werden, ob das faktische Organ als zivilrechtlicher Vertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR gehandelt habe.¹⁴⁰

(2) Wegen dieser Schwächen unterteilt die Gegenansicht den Organbegriff lediglich in rechtmässig bestellte und in faktische Organe. *Bestellte Organe* sind solche, die durch Wahl (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) oder Delegation (Art. 716a Abs. 2, 716b, 718 Abs. 2 OR) gesellschaftsrechtlich bestellt wurden.¹⁴¹ Neben den Verwaltungsratsmitgliedern werden in der Praxis also alle Entscheidungsträger erfasst, die für die Leitung der Gesellschaft als Geschäftsführung, Direktoren oder leitende Angestellte aufgrund selbstständiger Entschlüsse zuständig sind.¹⁴² Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte werden hiermit nur höchst selten betraut.¹⁴³ Die Beweislast für die Organstellung liegt bei den Klägern, wobei die AG – da es um ihre Interna geht, mit denen sie bestens vertraut ist – verpflichtet ist, deren Vorbringen substantiell zu bestreiten. Zudem hilft den Klägern der Auskunftsanspruch aus Art. 716b Abs. 4 OR.

¹³⁷ Forstmoser, Organbegriff, 130 f.; dieser Begriff wurde vom Bundesgericht in den Entscheidungen BGE 114 V 213 E. 4a S. 215; BGE 117 II 570 E. 3 S. 572 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2008 vom 29. April 2008 E. 3.2.3, lediglich erwähnt, ohne dass es ihn aber angewendet hätte.

¹³⁸ Ausdrücklich Forstmoser, Organbegriff, 130.

¹³⁹ Ebenso Böckli, § 16 N 43; Vetter M., 79; a.A. Forstmoser, Organbegriff, 134 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 801 (Ansicht wird von mir aufgegeben); Ditesheim, 76 f.; Sauerwein, 29; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 8.

¹⁴⁰ BGE 146 III 37 E. 6.2.3 S. 45 und E. 7 S. 45. In Betracht kommt eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht.

¹⁴¹ Auf die im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision vom 2014 vorgeschlagene Ausdehnung der Organverantwortlichkeit auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wurde im E-OR 2016 zu Recht verzichtet (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 427): Der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist kein Organ der Gesellschaft, sondern steht zu dieser in einem Auftragsverhältnis.

¹⁴² Böckli § 16 N 37 m.w.N.

¹⁴³ BGE 128 III 29 E. 3a S. 31; Böckli, § 16 N 37; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 803.

Unter einem *faktischen Organ* versteht man eine Person, die – ohne dazu bestellt worden zu sein – rein faktisch die einem Organ vorbehaltenen Entscheidungen trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmt.¹⁴⁴ In jedem Fall ist erforderlich, jedoch nicht ausreichend, dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden hätte verhindern können.¹⁴⁵ Die mit der Organverantwortung befasste Person muss in der Lage sein, eigene Entscheidungen zu treffen, also selbständig und eigenverantwortlich zu handeln. Eine bloss Mithilfe bei der Entscheidung oder eine „*bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung*“ genügt für eine faktische Organstellung daher nicht.¹⁴⁶ Wann ein solche vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So qualifizierte das Bundesgericht eine Prokuristin, die auf Weisung ihres Vorgesetzten eine Zweitunterschrift leistete, als Organ.¹⁴⁷ Später schränkte das Bundesgericht seine Position ein und bezeichnete Prokuristen „höchstens in Ausnahmefällen noch als Organe“.¹⁴⁸ Verlangt wird eine dauernde Tätigkeit, nicht bloss eine solche in einem Einzelfall. Nur eine wesentliche Einflussnahme auf Angelegenheiten der AG begründet also im haftungsrechtlichen Sinne¹⁴⁹ die Organstellung.

Nimmt eine Person faktisch derartige organotypische Aufgaben wahr, ist sie auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen des sich angemassen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre.¹⁵⁰

Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft können als faktische Organe anzusehen sein, wenn sie direkt auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einwirken (z.B. durch Weisungen).¹⁵¹

¹⁴⁴ BGE 128 III 29 E. 3a S. 30; eine Organstellung hingegen verneinend BGE 136 III 14 E. 2.4 S. 21 f., Übersetzung in Pra 99 [2010] Nr. 72, 532 f., für eine Bank, die nur ihre Gläubigerinteressen sichern wollte.

¹⁴⁵ BGE 128 III 29 E. 3 S. 30; 117 II 432 E. 2b S. 442 mit Verweis auf BGE 111 II 480 E. 2a S. 484 f., wo die formelle Eintragung im Handelsregister ohne diese Möglichkeit für die Haftung als nicht ausreichend angesehen wurde.

¹⁴⁶ BGE 128 III 29 E. 3 S. 31; Urteil des Bundesgerichts 9C_27/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.1.

¹⁴⁷ BGE 117 II 432 E. 2 S. 442 f.

¹⁴⁸ BGE 128 III 29 E. 3a S. 31 (mit der Bemerkung, die Entscheidung 117 II 432 werde „in der Lehre daher mit beachtlichen Gründen kritisiert“).

¹⁴⁹ Nicht dagegen im stellvertretungsrechtlichen Sinne, siehe oben.

¹⁵⁰ BGE 128 III 92 E. 3 S. 94.

¹⁵¹ BGE 128 III 29 E. 3b S. 31 f. (faktische Organstellung verneint); BGE 128 III 92 E. 3c S. 95 (faktische Organstellung bejaht).

Dabei reicht eine blosser Mitteilung der Ansichten der Organe einer Muttergesellschaft an diejenigen der Tochtergesellschaft regelmässig noch nicht aus. Vielmehr entsteht eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft erst dann, wenn sich (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden.¹⁵² Als faktische Organe kommen aber nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen – insbesondere die einen Konzern beherrschende Gesellschaft – in Betracht.¹⁵³ Art. 707 Abs. 3 OR, der die Bestellung einer juristischen Person als formelles Organ untersagt, steht der Einordnung juristischer Personen als faktische Organe unstreitig nicht im Wege.

2. Deutschland

(1) Gemäss § 93 Abs. 2 AktG sind die Mitglieder des Vorstands der AG (sowie gemäss § 116 Satz 1 AktG die des Aufsichtsrats) passivlegitimiert. Gleiches gilt für die stellvertretenden Mitglieder (§ 94 AktG) sowie für gerichtlich bestellte Mitglieder (§§ 85, 104 AktG). Der in mitbestimmten Unternehmen zu bestellende Arbeitsdirektor (§ 33 Abs. 1 Satz 1 MitbestG¹⁵⁴, § 13 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG¹⁵⁵, § 13 Satz 1 MitbestErgG¹⁵⁶) ist als Vorstandsmitglied ebenfalls erfasst. Werden Aufsichtsratsmitglieder vorübergehend zu Stellvertretern von fehlenden oder verhinderten Vorstandsmitgliedern bestellt (vgl. § 105 Abs. 2 AktG), unterfallen sie ebenfalls dem Organbegriff. Während der Liquidation nehmen die Abwickler die Stellung eines Vorstands ein, weshalb für sie die Vorstandshaftung gilt (§ 268 Abs. 2 Satz 1 AktG). Sonstige Personen, insbesondere Mitarbeiter auf der zweiten Führungsebene, fallen dagegen nicht unter

¹⁵² BGE 128 III 92 E. 3 S. 94; Druey, 20 f.; Forstmoser, Haftung im Konzern, 121; von Büren, 60 f.; Kunz, 182 ff.; Vogel, 205 ff.

¹⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.1; BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528 f.

¹⁵⁴ Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 (BGBl. I 1153), zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes vom 7. August 2021 (BGBl. I 3311).

¹⁵⁵ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 7. August 2021 (BGBl. I 3311).

¹⁵⁶ Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes vom 7. August 2021 (BGBl. I 3311).

§ 93 Abs. 2 AktG. Die Organhaftung knüpft direkt an der Organstellung an, so dass sie vom Vorhandensein eines Anstellungsvertrags mit der AG unabhängig ist.¹⁵⁷

(2) Auch das deutsche Recht geht von einem weiten Organbegriff aus. Er erfasst unstreitig fehlerhaft bestellte Organe.¹⁵⁸

(3) Streitig ist hingegen, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen faktische Organe der Haftung unterfallen.

Ein Teil des Schrifttums erstreckt die Organhaftung allein auf fehlerhaft bestellte Organe und lehnt dies für faktische Organe mit dem Argument ab, bloße tatsächliche Umstände vermöchten keine rechtliche Sonderverbindung zu begründen.¹⁵⁹ Diese Argumentation macht es sich freilich etwas einfach, denn träfe sie zu, müsste man beispielsweise auch die Existenz konkludenter Vertragsschlüsse grundsätzlich ablehnen. Nicht ausreichen soll zudem, dass jemand die Geschäfte einer Körperschaft wie ein Geschäftsführer führt. Auch eine dauerhafte Einflussnahme (z.B. als Mehrheits- oder Einmannesellschafter) wird als nicht ausreichend angesehen.¹⁶⁰

Teilweise wird die faktische Organschaft bejaht, wenn ein Strohmann vorgeschoben wird¹⁶¹ oder eine Person die Aufgaben der Geschäftsführung umfassend wahrnimmt und dabei vorhandene Organe verdrängt.¹⁶²

Die heute herrschende Meinung sowie die Rechtsprechung bejahen hingegen die Rechtsfigur des faktischen Organs.¹⁶³ Uneinigkeit besteht allerdings über die Grenzen. Dazu im Einzelnen:

¹⁵⁷ Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 28.

¹⁵⁸ Heidelberger Komm. AktG-Bürgers, § 93, N 18; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 223; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 358; Koch, AktG, § 93, N 37.

¹⁵⁹ Hüffer, AktG, § 93, N 12; KölnKomm AktG-Cahn, § 93, N 12c f.; zurückhaltend auch noch Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43, N 3.

¹⁶⁰ Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43, N 3.

¹⁶¹ Reich, 1663, 1665 ff.

¹⁶² KölnKomm AktG-Cahn, § 93, N 12c; Stein, 184 ff.

¹⁶³ BGHSt 31, 118; BGH WM 1973, 1354, 1355; BGHZ 104, 44, 47 ff.; OLG Düsseldorf NZG 2000, 312, 313; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 229 f.; Beck-Komm. AktG-Grigoleit/Tomasic, § 93, N 88; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 362 f.; Koch, AktG, § 93, N 73 ff.; Schirrmacher, 234 ff.; MüKo AktG-Spindler, § 93, N 15; Voigt, 200 f.

Notwendig ist in jedem Fall, dass der Handelnde in massgeblichem Umfang Organfunktionen übernimmt und auf wichtige Entscheidungen Einfluss nimmt. Nicht notwendig ist eine Verdrängung der bestellten Organmitglieder.¹⁶⁴ Typisch für die faktische Organschaft ist eine Einflussnahme von gewisser Dauer. Ausnahmsweise wird aber auch ein einmaliger Eingriff als ausreichend angesehen, wenn dieser schwerwiegend war.¹⁶⁵

Nicht hinreichend ist die Erledigung laufender Routineangelegenheiten.¹⁶⁶ Auch das Fehlen zentraler Kompetenzen, die typischerweise mit einer Organstellung verbunden sind (z.B. Bankvollmacht), ist ein Indiz gegen eine faktische Organschaft.¹⁶⁷ Die herrschende Meinung geht zudem davon aus, dass kein Einverständnis des Aufsichtsrats für die Bejahung einer faktischen Organschaft vorliegen muss,¹⁶⁸ auch wenn es in der Praxis zumeist konkludent vorliegen wird.¹⁶⁹

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs scheidet eine faktische Organschaft bei juristischen Personen aus, weil die §§ 76 Abs. 3 Satz AktG, 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nur natürliche Personen als Organmitglieder zulassen und dies folglich auch für faktische Organe gelten müsse.¹⁷⁰ Diese Position überzeugt nicht, denn der Geltungsgrund für die Anerkennung der faktischen Organschaft liegt gerade nicht in einer Organbestellung, sondern in der Okkupierung der Geschäftsleiterposition, also in einer Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsordnung. Deshalb und aus Gründen des Gläubigerschutzes erscheint es fernliegend, die Vorschriften zur Organbestellung heranzuziehen.¹⁷¹

¹⁶⁴ BGH NJW 1988, 1789 f.; BGH NZG 2005, 755; BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 232; Koch, AktG, § 93, N 74; oft herangezogener Kriterienkatalog bei Dierlamm, 153, 156; a.A. Köln-Komm AktG-Cahn, § 93, N 12c f.; Stein, 184 ff.

¹⁶⁵ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 234; Koch, AktG, § 93, N 74; Strohn, 162 – jeweils m.w.N.

¹⁶⁶ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 232.

¹⁶⁷ BGH NJW 2013, 624, 625 N 8; Koch, AktG, § 93, N 74.

¹⁶⁸ Koch, AktG, § 93, N 74; a.A. aber wohl Beck-Komm. AktG-Grigoleit/Tomasic, § 93, N 88.

¹⁶⁹ Koch, AktG, § 93, N 74; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 363; Strohn, 162 f.

¹⁷⁰ BGH NJW 2002, 1803, 1805; Strohn, 163. Den gleichen Standpunkt nimmt auch das japanische Recht ein, vgl. Sethe, Konzernfinanzierung, 448.

¹⁷¹ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 235; Beck-Komm. AktG-Grigoleit/Tomasic, § 93, N 88; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 365; Koch, AktG, § 93, N 74; Schirrmacher, 234 ff.; im Ergebnis auch MüKo AktG-Spindler, § 93, N 20 (der das Organ der juristischen Person als faktisches Organ qualifiziert und dies der juristischen Person über § 31 BGB zurechnet).

Umstritten ist schliesslich, ob eine faktische Organschaft ein Auftreten nach aussen erfordert. Das überwiegende Schrifttum lehnt dies zu Recht ab.¹⁷² Betrachtet man die Argumente der Befürworter dieser Ansicht, die sich vor allem im Schrifttum zur GmbH finden,¹⁷³ sind sie von der Sorge getragen, dass die Grenze zwischen dem Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) und dem faktischen Organ verwischt wird. Auch hier gilt, dass das faktische Organ sich gerade über die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeitsordnung hinwegsetzt und man daher sein Verhalten nicht an dieser Ordnung messen kann. Es ist daher im Einzelfall festzustellen, ob eine rechtmässige Weisung oder eine angemessene Organkompetenz vorlag. Dabei kann die Aussenwirkung als Indiz herangezogen werden. Mehr Bedeutung kommt dem Kriterium allerdings nicht zu. Bei der AG, die kein Weisungsrecht der Hauptversammlung kennt, erübrigt sich diese Frage. Wenig überraschend lehnt daher das aktienrechtliche Schrifttum das Kriterium der Aussenwirkung überwiegend ab.¹⁷⁴

Da das deutsche Recht ein eigenständiges Konzernrecht kennt, wird die Rechtsfigur des faktischen Organs nicht benötigt, um die Konzernhaftung angemessen zu bewältigen. Ergänzt wird das deutsche Konzernrecht im Übrigen durch die Existenzvernichtungshaftung und die Haftung aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 15a InsO sowie den speziellen Tatbestand des § 15b InsO, der Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung regelt. Diese Ansprüche sind hier nicht zu vertiefen.

(4) Die im schweizerischen Recht diskutierte Rechtsfigur des Organs kraft Kundgabe wird in Deutschland unter dem Begriff der „Vorstandsmitglieder kraft Rechtsscheins“ diskutiert. Es handelt sich um Personen, die nach aussen den Eindruck erwecken, sie seien Organmitglieder. Sofern sie diesen Rechtsschein zurechenbar veranlasst haben, haften sie gutgläubigen Dritten gegenüber nicht nach § 93 Abs. 2 AktG, sondern nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen,¹⁷⁵ also aus *culpa in contrahendo* oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Lösung ist mit derjenigen vergleichbar, die in der Schweiz das Bundesgericht und die neuere Lehre vertreten.¹⁷⁶

¹⁷² Fleischer/Schmolke, 1011; Beck-Komm. AktG-Grigoleit/Tomasich, § 93, N 88; Koch, AktG, § 93, N 75; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 364.

¹⁷³ So BGH NZG 2005, 755 f.; OLG Celle, 6.5.2015 – 9 U 173/14, BeckRS 2015, 129272 N 19; Noack/Servatius/Haas-Beurskens, § 43, N 5; Cahn, 314 f.; Peetz, 64 ff.; a.A. Fleischer, Verantwortlichkeit, 342 f.; MüKo GmbHG-Fleischer, § 43, N 283 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Fn. 172.

¹⁷⁵ BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 241; MüKo AktG-Spindler, § 84 N 243.

¹⁷⁶ Vgl. Fn. 139 und 140.

V. Fazit

Während das schweizerische Recht ein rechtsformübergreifendes Verantwortlichkeitsrecht kennt, bildet die deutsche Organhaftung einen legislativischen Flickenteppich mit separaten Regelungen für jede Rechtsform. Wünschenswert wären eine Vereinheitlichung und Systematisierung der einzelnen Tatbestände und eine Beseitigung der Inkonsistenzen im Detail.

Beide Rechtsordnungen gehen von der Selbstverständlichkeit aus, dass der Aktiengesellschaft das Recht zusteht, pflichtwidrig handelnde Organmitglieder ins Recht zu fassen. Dabei hat die General- bzw. Hauptversammlung die Möglichkeit, eine Organhaftungsklage zu erzwingen (Art. 756 Abs. 2 OR bzw. § 147 Abs. 1 AktG). Dabei erweist sich allerdings oft die Traktandierung dieses Themas im Vorfeld der Versammlung als Hürde.

Das deutsche Recht kennt das Klagezulassungsverfahren. Funktional entspricht ihm in der Schweiz die Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 754 Abs. 1, 756 Abs. 1 OR), die jedoch wesentlich einfacher und klarer geregelt ist. In beiden Rechtsordnungen kommt diesem Vorgehen allerdings keine praktische Bedeutung zu. Die beim Klagezulassungsverfahren eingebauten Erschwernisse, mit denen man eine Klageflut verhindern wollte, erweisen sich also aus rechtsvergleichender Perspektive als unnötig, da auch das pragmatische – da an keine besonderen Voraussetzungen geknüpfte schweizerische – Recht nicht mehr Klagen dieser Art aufzuweisen hat.

Das deutsche Recht geht vom Grundsatz der Binnenhaftung aus und gesteht einem Aktionär kein Individualrecht zur Geltendmachung von *Reflexschäden* zu. Auch die Geltendmachung von *Eigenschäden* über § 93 AktG ist nicht statthaft, selbst wenn das Organmitglied rein gesellschaftsrechtliche Pflichten verletzt, in deren Schutzbereich ausschliesslich der Aktionär fällt (z.B. rechtswidriger Bezugsrechtsausschluss). Denn Schadensersatzleistungen der Vorstandsmitglieder sollen allen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern in gleicher Weise zugutekommen. Diese Begründung überzeugt nur bei Schädigungen des Gesellschaftsvermögens, nicht aber bei einer direkten Schädigung der Aktionäre, denn hier fehlt gerade ein Schaden der AG, so dass bei einem Klagerecht der Aktionäre weder die Mitaktionäre noch die Gläubiger benachteiligt würden. Das deutsche Recht wendet stattdessen das Deliktsrecht an, wobei die sich stellenden Rechtsfragen die gleichen sind wie im schweizerischen Recht (Schaden im Vermögen des Aktionärs, Schutzbereich der verletzten Pflicht, Kausalität). Dogmatisch ist die deutsche Lösung nicht überzeugend, rechtswidrige Eingriffe der Verwaltung der AG in das Eigenvermögen des Aktionärs (z.B. rechtswidriger Bezugsrechtsausschluss oder Dividendenveruntreuung) allein dem Deliktsrecht zu überantworten. Auch wenn der Vorstand

dem Interesse der AG verpflichtet ist und daher die Aktionäre keinen Anspruch auf Tätigwerden des Vorstands in ihrem Interesse haben, bedeutet dies nicht, dass keinerlei Rechtsbeziehung zwischen dem Vorstand und dem Aktionär besteht. Der Sache nach handelt es sich um eine Sonderrechtsbeziehung, die der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht verankern müsste. Auswirkungen hätte diese Änderung etwa im Hinblick auf die Beweislastverteilung für eine Pflichtverletzung (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Für eine Reform der Aktivlegitimation spricht auch der Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber keinem in sich schlüssigen Konzept folgt, da einige ausserhalb der Regelung von § 93 Abs. 2 AktG liegende Organhaftungstatbestände doch einen Anspruch der Aktionäre mit Leistung an sich selbst vorsehen. Die Verneinung der Aktivlegitimation der Aktionäre in § 93 Abs. 2 AktG zur Geltendmachung von Eigenschäden im Wege der Organhaftung ist also auch unter rechtssystematischen Gesichtspunkten zweifelhaft.

Beide Rechtsordnungen benötigen eine Konkurrenzregel, wenn durch ein und dieselbe Pflichtverletzung sowohl das Gesellschaftsvermögen als auch das Vermögen des Aktionärs geschädigt wird. Ausreichend wäre daher eine Vorrangregel, wie sie das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht kennt. Diese erlaubt dem Aktionär einer aufrechtstehenden AG sowohl die Geltendmachung von Reflexschäden (Leistung an die AG) als auch die Geltendmachung von direkten Schäden des Aktionärs (Leistung an sich selbst). Ausser Konkurs nimmt die Schweiz dabei die Konkurrenzstellung der Geschädigten in Kauf, da eine solche auch bei anderen Schadensfällen vorkommt. Im Konkurs haben die Ansprüche der Gesellschaft Vorrang, um eine Befriedigung der Gläubiger sicherzustellen, die Vorrang vor den Aktionären haben.

Im Konkurs bzw. in der Insolvenz der AG gestatten beide Rechtsordnungen den Gläubigern, Organhaftungsansprüche zu verfolgen, sofern die Konkurs- bzw. Insolvenzverwaltung sie nicht geltend macht. Ein Unterschied findet sich bei der noch aufrechtstehenden AG. Das schweizerische Recht gewährt hier keinen Anspruch der Gläubiger, da er noch keinen Schaden erlitten hat und sich nicht in die Angelegenheiten der Gesellschaft einmischen können soll. Das deutsche Recht lässt dagegen eine Klage der Gläubiger bereits dann zu, wenn sie von der AG keine Befriedigung erlangen können. In der Praxis kommt dieser Möglichkeit keine Bedeutung zu, weil die Anspruchsverfolgung zumeist vom Insolvenzverfahren „überholt“ wird.

Im schweizerischen Recht ist die Revisionsstelle ein Organ, weshalb die Prüfer der Organhaftung unterliegen. Demgegenüber wird die Haftung im deutschen Recht durch eine eigenständige sonderprivatrechtliche Haftungsnorm angeordnet.

Die Grenzen der faktischen Organschaft sind in Deutschland deutlich weniger klar konturiert als in der Schweiz. Insbesondere ist umstritten, ob ein faktisches Organ nur dann bejaht werden kann, wenn der Handelnde mit Ausenwirkung aufgetreten ist. Zudem nimmt die deutsche Rechtsprechung eine wesentliche Einschränkung vor, indem sie bei juristischen Personen eine faktische Organschaft von vornherein ausschliesst. Beide Positionen werden nicht überzeugend begründet.

Da Deutschland im Gegensatz zur Schweiz ein eigenständiges Konzernrecht kennt, bedarf es keines Rückgriffs auf die Rechtsfigur des faktischen Organs, um eine Konzernhaftung zu begründen.

Die zurechenbare Erzeugung des Rechtscheins einer Organstellung („Organ kraft Kundgabe“ bzw. „Organ kraft Rechtschein“) begründet in beiden Rechtsordnungen keine Organstellung, sondern ist nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen zu lösen.

Insgesamt fällt auf, dass das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht einfacher, übersichtlicher und pragmatischer als die deutsche Organhaftung ausfällt. Das deutsche Aktienrecht ist von der inzwischen sprichwörtlichen „Aktienrechtsreform in Permanenz“¹⁷⁷ geprägt, bei der stets neue Ordnungsaufgaben im Gesellschaftsrecht normiert und Detaillösungen zugeführt werden. Der Reformeifer ging am Organhaftungsrecht bisher vorbei (wenn man von der gesetzlichen Regelung der Business Judgment Rule einmal absieht). Langfristig begrüßenswert wäre eine Vereinheitlichung gewisser Grundanliegen des Körperschaftsrechts nach dem Motto „same business, same risks, same rules“. Beginnen könnte man bei der Organhaftung, die sich als Materie hervorragend für eine rechtsformübergreifende Regelung eignet.

Literaturverzeichnis

- Alchian Armen A./Demsetz Harold, Production, Information Costs, and Economic Organization, *American Economic Review* 1972, 777 ff.
- Bachmann Gregor, Organhaftung in Europa – Die Ergebnisse der LSE-Studie 2013, ZIP 2013, 1946 (zit. Bachmann, Organhaftung).
- Bachmann Gregor, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, München 2014 (zit. Bachmann, Gutachten E).

¹⁷⁷ Zöllner, 336; Seibert, 417.

- Bärtschi Harald, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Weber Rolf H./Isler Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 227 ff. (zit. Bärtschi, unmittelbarer Schaden).
- Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001 (zit. Bärtschi, Verantwortlichkeit).
- Baum Olivier/von der Crone Hans Caspar, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232 ff.
- Baumbach Adolf/Hueck Alfred (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. A., München 2016 (zit. Baumbach/Hueck-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Zürich/Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Bayer Walter, Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546 ff.
- Bayer Walter/Scholz Philipp, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung – Grundsatzüberlegungen zum 70. DJT 2014, NZG 2014, 926.
- Beck-online Grosskommentar zum Aktienrecht, in: Henssler Martin (Hrsg.), Stand 1. Januar 2023, München 2023 (zit. BeckOK AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Beck-online Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, in: Henssler Martin (Hrsg.), Stand: 15. November 2020 (zit. BeckOK HGB-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Beck'sche Kurz Kommentare, Umwandlungsgesetz, in: Semler Johannes/Stengel Arndt/Leonard Nina (Hrsg.), 5. A., München 2021 (zit. Beck KuKo UmwG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Bedkowski Dorothea, Die Geschäftsleiterpflichten: eine rechtsvergleichende Abhandlung zum deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin 2006.
- Berti Stephen V., Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im schweizerischen Aktienrecht, ZSR 1990 I, 439 ff.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich 2022.
- Cahn Andreas, Die Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters, ZGR 2003, 298 ff.
- Derungs Merens/von der Crone Hans Caspar, Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, SZW 2019, 321 ff.
- Dierlamm Alfred, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?, NSTZ 1996, 153 ff.
- Ditesheim Rolf, La représentation de la société anonyme : par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux, Diss., Bern 2001.
- Druey Jean Nicolas, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 1 ff.
- Eggmann Irene C., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss., Zürich 1997.

- Ferran Elis, Three Recent Developments in Auditors' Liability, in: Grundmann Stefan et al. (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2010, 645 ff.
- Fleischer Holger, Aufsichtsratshaftung – Anspruchsverjährung – Selbstbeziehung: Das Easy-Software-Urteil des BGH, ZIP 2018, 2341 ff. (zit. Fleischer, Aufsichtsratshaftung).
- Fleischer Holger, Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Wank Rolf et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, 827 ff. (zit. Fleischer, Business Judgment Rule).
- Fleischer Holger, Erweiterte Aussenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – Insolvenzverschleppung, fehlerhafte Kapitalmarktinformation, Tätigkeitsverbote, ZGR 2004, 437 ff. (zit. Fleischer, Erweiterte Aussenhaftung).
- Fleischer, Holger, Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006 (zit. Fleischer, Vorstandsrecht).
- Fleischer Holger, The Responsibility of the Management and of the Board and Its Enforcement, in: Ferrarini et al., Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford/New York 2004, 373 ff. (zit. Fleischer, Responsibility).
- Fleischer Holger, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337 ff. (zit. Fleischer, Verantwortlichkeit).
- Fleischer Holger/Schmolke Klaus Ulrich, Faktische Geschäftsführung in der Sanierungssituation, WM 2011, 1009 ff.
- Forstmoser Peter, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Forstmoser Peter/Schluelp Walter R. (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff. (zit. Forstmoser, Organbegriff).
- Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987 (zit. Forstmoser, Verantwortlichkeit).
- Forstmoser Peter, Haftung im Konzern, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89 ff. (zit. Forstmoser, Haftung im Konzern).
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Aktienrecht 2020, Bern 2022.
- Forstmoser Peter/Sprecher Thomas/Töndury Gian Andri, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005.
- Gendron Yves/Spira Laura F., What went wrong? The downfall of Arthur Andersen and the construction of controllability boundaries surrounding financial auditing, Contemporary accounting research 2009, 987 ff.
- Gerner-Beuerle Carsten/Paech Philipp/Schuster Edmund Philipp, Study on Directors' Duties and Liability, London April 2013, abrufbar unter <[https://eprints.lse.ac.uk/50438/1/_Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle,_C_Study_on_directors'_duties_and_liability\(lsero\).pdf](https://eprints.lse.ac.uk/50438/1/_Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle,_C_Study_on_directors'_duties_and_liability(lsero).pdf)>.
- Glanzmann Lukas, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR 2000 I, 135 ff.

- Graf Damian K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, 380 ff.
- Greda Claudia, Die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung nach dem Schweizer Aktienrecht, in: Kalss Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, 755 ff.
- Grieder David, Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht Bd. 134, Basel 2019.
- Grigoleit Hans Christoph (Hrsg.), Aktiengesetz, 2. A., München 2020 (zit. Beck-Komm. AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Groner Roger/Vogt Hans-Ueli, Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, recht 1998, 257 ff.
- Habscheid J. Walther, Prozessuale Probleme hinsichtlich der „Geltendmachung von Gläubigerrechten“ durch den Konkursverwalter beim Konkurs einer Aktiengesellschaft (§ 93 Abs. 5 AktG), in: Bökelmann Erhard/Henckel Wolfram/Jahr Günther (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, Berlin/Boston 1975, 197 ff.
- Heidelberger Kommentar, Kommentar zum Aktiengesetz, in: Bürgers Tobias/Körber Torsen/Lieder Jan, 5. A., Heidelberg 2021 (zit. Heidelberger Komm. AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Hopt Klaus J., Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1795 ff.
- Hopt Klaus J. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 42. A., München 2023 (zit. Bearbeiter/in, in: Hopt, HGB, § XX, N YY).
- Hopt Klaus J./Roth Markus, § 93 AktG, in: Grosskommentar zum Aktiengesetz, in: Hirte Heribert/Mülbert Peter O./Roth Markus (Hrsg.), 5. A., Berlin 2015 (zit. Grosskomm. AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Hüffer Uwe (Hrsg.), Aktiengesetz, 10. A., München 2012 (zit. Hüffer, AktG, § XX, N YY).
- Ihlas Horst, D&O Directors & Officers Liability, 2. A., Berlin, 2009.
- Jensen Michael C./Meckling William H., Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 1976, 305 ff.
- Koch Jens, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 ff. (zit. Koch, Beschränkung).
- Koch Jens, Die schleichende Erosion der Verfolgungspflicht nach ARAG/Garmenbeck, NZG 2014, 934 (zit. Koch, Erosion).
- Koch Jens (Hrsg.), Aktiengesetz, 17. A., München 2023 (zit. Koch, AktG, § XX, N YY).
- Koch Jens, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – Eine Sammelreplik, AG 2014, 513 ff. (zit. Koch, Regressreduzierung).
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/2, in: Zöllner Wolfgang/Noack Ulrich (Hrsg.), 3. A., Köln 2012 (zit. KölnKomm AktG-Mertens/Cahn, § XX, N YY).
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, in: Noack Ulrich/Zetzsche Dirk (Hrsg.), 4. A., Köln 2022 (zit. KölnKomm AktG-Cahn, § XX, N YY).

- Kölner Kommentar zum UmwG, in: Dauner-Lieb Barbara/ Simon Stefan (Hrsg.), Köln 2009 (zit. KölnKomm UmwG-Simon, § XX, N YY).
- Kowalski André, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden – Zum gesellschaftsrechtlichen Zweckbindungsgedanken im Schadensrecht, Köln 1990.
- Krüger Andersen Paul/Kristensen Balshoj Dorthe, Directors' conflicts of interest : a contribution to European governance, in: Birkmose Hanne S./Neville Mette/Sørensen Karsten Ensig (Hrsg.), Boards of Directors in European Companies, Alphen aan den Rijn 2013, 57 ff.
- Kunz Peter V., Rechtsnatur und Einreedeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss., Bern 1993.
- Lange Oliver, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. A., München 2022.
- Luterbacher Thierry, Die Schadenminderungspflicht – unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/Basel/Genf 2005.
- Lutter Marcus, Entwicklung der Organpflichten und der Organhaftung, in: Krieger Gerd/Schneider Uwe H. (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. A., Köln 2017, N 1 ff.
- Lutter Marcus (Hrsg.), Umwandlungsgesetz Kommentar, 7. A., Köln 2023 (zit. Bearbeiter/in, in: Lutter, § XX, N YY).
- Markham Jerry W., A financial history of modern U.S. corporate scandals, New York/London, 2006, 197 ff.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A. Bern 2018.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, in: Goette Wulf/Habersack Mathias (Hrsg.), 5. A., München 2019 (zit. MüKo AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Münchener Kommentar zum GmbHG, in: Fleischer Holger/Goette Wulf (Hrsg.), 4. A., München 2023 (zit. MüKo GmbHG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Münchener Kommentar zum HGB, in: Schmidt Karsten/Ebke Werner F. (Hrsg.), 4. A., München 2020 (zit. MüKo HGB-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Noack Ulrich/Servatius Wolfgang/Haas Ulrich (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. A., München 2022 (zit. Noack/Servatius/Haas-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Peetz Carsten, Der faktische Geschäftsführer – faktisch oder eine Fiktion, GmbHR 2017, 57 ff.
- Raschein Rolf, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Dallèves Louis et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.
- Reich Norbert, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitglieds im Gesellschaftsrecht, DB 1967, 1663
- Roth Pellanda Katja/von der Crone Hans Caspar, Haftung der Revisionsstelle, SZW 2003, 284 ff.
- Sauerwein Nina, La responsabilité de la société mère; panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de sociétés dominées, Diss., Genf/Bern, 2006.
- Schirmmacher Paul, Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers, Tübingen 2019.

- Schmid Stefan/Schulze Stephan/Arthur Andersen: Ein renommiertes internationales Unternehmen zerbricht, in: Schmid Stefan (Hrsg.), Strategien der Internationalisierung, 3. A., Berlin/München/Boston 2013, 247 ff.
- Schmidt Karsten/Lutter Marcus (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. A., Köln 2020 (zit. Bearbeiter/in, in: Schmidt/Lutter, § XX, N YY).
- Schmolke Klaus Ulrich, Die Aktionärsklage nach § 148 AktG, Anreizwirkungen de lege lata und Reformanregungen de lege ferenda, ZGR 2011, 398 ff. (zit. Schmolke, Aktionärsklage).
- Schmolke Klaus Ulrich, Organwalterhaftung für Eigenschäden von Kapitalgesellschaftern, Köln/Berlin/München 2004 (zit. Schmolke, Organwalterhaftung).
- Seibert Ulrich, Aktienrechtsreform in Permanenz?, AG 2002, 417 ff.
- Sethe Rolf, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, Gedenkschrift für Huguenin, Zürich 2020, 423 ff. (zit. Sethe, Konzernfinanzierung).
- Sethe Rolf, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 121 ff. (zit. Sethe, rechtspolitische Überlegungen).
- Spitz Philippe, Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, SJZ 2003, 165 ff.
- Stein Ursula, Das faktische Organ, Frankfurt/Main 1984.
- Strohn Lutz, Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung, DB 2011, 158 ff.
- Trölitzsch Thomas, Abgas-Skandal und mehr – Aktuelle Entwicklungen im deutschen Verantwortlichkeitsrecht, in: Isler/Sethe, Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen, Zürich 2023, S. 151 (in diesem Band).
- UBS AG, Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG – Finanzmarktkrise, grenzüberschreitendes US-Vermögensverwaltungsgeschäft, Verantwortlichkeitsfragen und interne Aufarbeitung, Zürich Oktober 2010, abrufbar unter [https://static.nzz.ch/files/4/3/1/Transparenzbericht_de\[1\]_1.7992431.pdf](https://static.nzz.ch/files/4/3/1/Transparenzbericht_de[1]_1.7992431.pdf).
- Vetter Jochen, Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG? in: Krieger Gerd/Lutter Marcus/Schmidt Karsten, Festschrift für Hoffmann-Becking, München 2013, 1317 ff. (zit. Vetter J.)
- Vetter Meinrad, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich 2007 (SSHW 261) (zit. Vetter M.)
- Vogel Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundengegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss., St. Gallen 1997.
- Voigt Hans-Christoph, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, München 2004.
- von Büren, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Bär Rolf/von Büren Roland (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts: Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, 47 ff.
- von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Hunziker Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006.

Wagner Gerhard, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 2014, 227 ff.

Zöllner, Aktienrechtsreform in Permanenz – Was wird aus den Rechten des Aktionärs?, AG 1994, 336 ff.

