



# 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





# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

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

---

Herausgeber:

Peter R. Isler, Rolf Sethe

## Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen

11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im  
Unternehmensrecht  
Tagungsband 2022

EIZ  Publishing

---



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](https://eizpublishing.ch))

**Produktion, Satz & Vertrieb:** [buchundnetz.com](https://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/>.

# Vorwort

Die vom Europa Institut Zürich regelmässig durchgeführte „Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht“ fand am 6. Juli 2022 zum elften Mal statt. Die Veranstalter haben bei der Themenwahl versucht, die sich aus der jüngeren Rechtsprechung und dem wissenschaftlichen Diskurs ergebenden Grundsatzfragen des Verantwortlichkeitsrechts aufzugreifen. Dabei wurden Fragen der Unternehmenssanierung, des Konkurses, des Haftpflichtversicherungsschutzes sowie der Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation behandelt. Abgerundet wurde die Veranstaltung durch zwei Referate mit rechtsvergleichendem Fokus auf das deutsche Recht, da der Dieselskandal die Grenzen des dortigen Verantwortlichkeitsrechts aufgezeigt hat, was sicherlich auch für Schweizer Juristinnen und Juristen von Interesse ist.

Die in diesem Tagungsband zusammengefassten Beiträge zeigen die grosse Bandbreite des Verantwortlichkeitsrechts. Die gegenüber den Referaten noch vertieften und aktualisierten Aufsätze wollen mithelfen, offene Rechtsfragen zu beantworten und in einen systematischen Kontext zu stellen. Zugleich sollen sie eine Handreichung für Praktiker sein, die vor der konkreten Aufgabe stehen, in einem Fall die zivilrechtlichen Folgen des Verantwortlichkeitsrechts beurteilen zu müssen.

Unser Dank gebührt unseren Referenten, die sich neben ihrem grossen Einsatz an der Tagung der Mühe unterzogen haben, ihr Referat schriftlich niederzulegen. Ausserdem danken wir dem bewährten Team des Europa Instituts, insbesondere Frau Breu, Frau Piritore, Frau Osterwalder und Frau Tschalèr für die Durchführung der Veranstaltung und für die Erstellung und Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im April 2023

Peter R. Isler/Rolf Sethe



# Inhaltsübersicht

## [Der Krisenmanager und das Verantwortlichkeitsrecht – Ein praktisches Beispiel](#) 9

Dr. PETER R. ISLER, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich  
KARL SCHÄDLER, Managing Partner bei Cottonfield Family Office AG, Partner bei Experts for Leaders AG, Zürich

## [Umgang mit Verantwortlichkeitsansprüchen in Konkursverfahren](#) 39

KARL WÜTHRICH, Rechtsanwalt, Konsulent bei Wenger Plattner, Küsnacht

## [Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen aus Sicht eines D&O Versicherers](#) 57

PATRICK DUMMERMUTH, Rechtsanwalt, Head of Claims, Kessler & Co AG, Zürich

## [Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation: Neue Risiken im Zuge der Nachhaltigkeitsregulierung](#) 67

Prof. Dr. DANIEL DEDEYAN, Rechtsanwalt, LL.M. (Yale), Counsel bei Walder Wyss AG, Zürich, Professor und Rektor der ZLS Zurich Law School, Privatdozent an der Universität Zürich

## [Der persönliche Geltungsbereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im schweizerischen und deutschen Recht](#) 103

Prof. Dr. ROLF SETHE, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich

## [Abgas-Skandal und mehr – Aktuelle Entwicklungen im deutschen Verantwortlichkeitsrecht](#) 151

Dr. THOMAS TRÖLITZSCH, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Stuttgart



# Der Krisenmanager und das Verantwortlichkeitsrecht – Ein praktisches Beispiel

Peter R. Isler/Karl Schädler\*

## Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	10
II.	<a href="#">Muster-Sachverhalt</a>	12
	1. <a href="#">Management Summary</a>	12
	2. <a href="#">Unverhoffte Krise</a>	15
	3. <a href="#">Der Verwaltungsrat im Krisenmodus</a>	16
III.	<a href="#">Die heiklen rechtlich relevanten Aspekte</a>	17
	1. <a href="#">Kontrolle der Finanznotlage nach neuem Aktienrecht (Art. 725-725c OR)</a>	17
	a) <a href="#">Zu Art. 725 OR</a>	17
	b) <a href="#">Zu Art. 725a und Art. 725c OR</a>	18
	c) <a href="#">Zu Art. 725b OR</a>	19
	2. <a href="#">Handeln mit aller Sorgfalt</a>	20
	a) <a href="#">Ermessensentscheide</a>	20
	b) <a href="#">Gleichbehandlung der Gläubiger?</a>	21
	c) <a href="#">Das Abwägen von Chancen und Risiken</a>	21
	3. <a href="#">Transaktionen mit nahestehenden Personen</a>	22
	4. <a href="#">Kontrolle des Krisenmanagers durch den Verwaltungsrat</a>	23
IV.	<a href="#">Die konkrete Umsetzung im Muster-Sachverhalt</a>	23
	1. <a href="#">Krisenmanagement – Rettungsversuch</a>	23
	2. <a href="#">Facts werden geschaffen</a>	24
	3. <a href="#">Risikockockpit und finanzielle Führung</a>	25
V.	<a href="#">Persönliche Anforderungen an einen Krisenmanager und sein rechtlicher Handlungsspielraum</a>	26
	1. <a href="#">Persönliche Anforderungen/Eigenschaften</a>	26
	2. <a href="#">Was zeichnet einen guten Krisenmanager aus?</a>	27
	3. <a href="#">Ausüben des rechtlichen Handlungsspielraumes durch den Krisenmanager</a>	29
	a) <a href="#">Die neue Rechtspraxis</a>	29
	b) <a href="#">Aber Vorsicht bezüglich Art. 725b Abs. 2 Ziff. 4 OR</a>	30
	aa) <a href="#">Zur 90 Tage Frist</a>	31
	bb) <a href="#">Zur zusätzlichen Gefährdung der Gläubiger</a>	32

---

\* Autoren danken Herrn MLaw, LL.M. Tristan Bohn herzlich für seine wertvolle Unterstützung.

VI.	<a href="#">Schlussbemerkungen aus Erfahrung der Autoren</a>	33
1.	<a href="#">Erkenntnisse von Karl Schädler aus dem Fall, welcher dem Muster-Sachverhalt zugrunde liegt</a>	33
a)	<a href="#">Falsche Zusammensetzung und ungenügende Qualifikation des Verwaltungsrates, insbesondere bezüglich Funktion des VR-Präsidenten und Fehlen von externen VR-Mitgliedern</a>	33
b)	<a href="#">VR-Mitglieder sind zu wenig kritisch, ungenügend vorbereitet und haben nicht die notwendige Unabhängigkeit</a>	33
c)	<a href="#">Beeinflussung von VR-Entscheiden durch Interessenkonflikte und Eigeninteressen, insbesondere mangels Offenlegung von persönlichen Interessen und fehlenden Ausstandsregelungen</a>	34
d)	<a href="#">Fehlende oder ungenügende Strategiefindung und Strategiekontrolle</a>	34
e)	<a href="#">Fehlendes oder ungenügendes Risk Management, insbesondere bezüglich Liquiditätsplanung und Nachfolgeregelung</a>	34
f)	<a href="#">Zu geringer Sitzungsrhythmus, indem der Verwaltungsrat nur auf Veränderungen und Ereignisse reagiert und nicht von sich aus agiert</a>	34
g)	<a href="#">Mangelhafte Informationsbeschaffung und Informationsauswertung, insbesondere durch unzureichende oder verspätete Berichterstattung an den Verwaltungsrat</a>	34
h)	<a href="#">Zu späte oder fehlerhafte Entscheidungsfindung, insbesondere zufolge unvollständiger Entscheidungsunterlagen</a>	35
i)	<a href="#">Bei erfolgter Geschäftsführungsdelegation ungenügende Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, insbesondere unklare Aufgaben- und Kompetenzzuteilung</a>	35
j)	<a href="#">Bei erfolgter Geschäftsführungsdelegation fehlt eine periodische Überprüfung der Geschäftsleitung und ungenügende GL-Mitglieder werden zu spät ausgewechselt</a>	35
2.	<a href="#">Erkenntnisse von Peter Isler aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen</a>	35
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	37

## I. Einleitung

Wenn Unternehmen in eine existenzgefährdende Krise geraten, kann dies grundlegend verschiedene Ursachen haben. Etwas verallgemeinert können drei Kategorien von Ursachen unterschieden werden:

*Globale Ursachen* hatten in der jüngeren Vergangenheit massive Auswirkungen auf die Unternehmungen ganzer Geschäftsbranchen weltweit, z.B.

- Die Finanzkrise des Jahres 2008 hatte zur Folge, dass zahlreiche Banken in vielen Ländern nur mit staatlicher Hilfe gerettet werden konnten. In der Schweiz wurde durch die Rettung der UBS ein Dominoeffekt auf andere schweizerische Finanzinstitute verhindert.

- Die Krise der weltweiten Zivilluftfahrt nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 und den anschliessenden Reiserestriktionen wegen des SARS-Virus brachte viele staatliche und private Fluggesellschaften an den Rand eines Konkurses. Die meisten Fluggesellschaften mit staatlicher Beteiligung wurden vom betreffenden Staat gerettet. In der Schweiz war dies leider nicht möglich und die Swissair ging in Nachlassliquidation.
- Die Corona-Pandemie hatte in den Jahren 2020 und 2021 massive negative Auswirkungen auf den Tourismus, den Detailhandel und infolge von Lieferkettenproblemen auch auf zahlreiche Produktionsbetriebe. Durch staatliche Kredithilfen konnte eine Vielzahl dieser Betriebe von der definitiven Schliessung bewahrt werden.
- Gegenwärtig bringt die kriegerische Auseinandersetzung zwischen Russland und der Ukraine vor allem in Europa durch stark steigende Energiekosten und damit verbunden einer stark gestiegenen Inflation nicht nur private Haushalte, sondern auch Produktionsbetriebe, Hotels, Fitnessstudios und andere Firmen mit hohem Energieverbrauch in eine existenzgefährdende Situation. Auch hier ertönt der Ruf nach staatlichem Eingreifen in die Preisgestaltung in der Energiewirtschaft.

*Regionale Ursachen* können auf gewisse Branchen oder Gegenden eines Landes grössere negative Auswirkungen haben, welche meistens ohne staatliche Hilfe durch unternehmerisches Handeln oder Zusammenschlüsse von Unternehmen gemildert werden können, z.B.

- Die schweizerische Immobilienkrise zu Beginn der 90er-Jahre des letzten Jahrhunderts brachte für viele Bauunternehmen, aber auch Bankinstitute grosse Probleme. Die Schweizerische Volksbank als viertgrösste Grossbank wurde von der Credit Suisse übernommen, zahlreiche Baufirmen fusionierten oder liquidierten oder wurden mit Bankkrediten notfallmässig in redimensionierter Form am Leben gehalten.
- Die Schweizer Wirtschaft verfügte während vieler Jahrzehnte über eine blühende Textilindustrie, welche eine große Arbeitgeberin war. Als im 20. Jahrhundert die Textilherstellung sich grundlegend veränderte und insbesondere im Fernen Osten sehr viel billiger möglich wurde, mussten zahlreiche Betriebe vor allem in der Ostschweiz schließen oder sich nur noch auf ganz hochwertige Spezialitäten beschränken.
- Dasselbe Schicksal erlitt auch die schweizerische Maschinenindustrie. Großbetriebe an den Standorten Winterthur, Baden oder Zürich-West mussten ihre Produktionen nach Osteuropa verlagern oder aufgeben und zahlreiche kleinere Firmen konnten nur überleben, indem sie nur noch hochwertige Spezialprodukte herstellten, für welche der Markt bereit ist, das hohe schweizerische Preisniveau zu bezahlen.

- Solche regionalen Unternehmenskrisen finden sich keineswegs nur in der Schweiz. Oft sind politische Veränderungen die Ursache davon, wie z.B. in Hongkong, Libanon oder auch im Mittleren Westen der USA oder in den Kohlebergbaugebieten von Europa.

In diesem Aufsatz werden jedoch nur die *hausgemachten individuellen Ursachen eines einzelnen Unternehmens* zum Ausgangspunkt für eine mögliche Sanierung genommen. In diesem Bereich kann die wirtschaftliche Existenzkrise etwa auf folgenden Ursachen beruhen:

- Nachfolgeprobleme in Familienunternehmen
- Streit unter Aktionären
- Unvorhergesehene und nicht oder ungenügend versicherte Grossschäden (Debitorenverluste, Betrügereien, Cyberattacke, Zerstörung der Produktionsstätte durch Brand oder Überschwemmung, etc.)
- Verlust der Konkurrenzfähigkeit der eigenen Produkte infolge Patentablauf, fehlender Innovation für neue Produkte, besseres oder billigeres neues Konkurrenzprodukt, etc.
- Liquiditätsengpass ohne Beschaffung neuer Finanzquellen, fehlende Kostenkontrolle
- Grosse Verluste aus spekulativer Tätigkeit, welche ein an sich gut gehendes Unternehmen zugrunderichtet (abschreckendes Beispiel der „Fall Erb“).

Im nachfolgenden Muster-Sachverhalt soll gezeigt werden, wie und unter welchen Voraussetzungen ein an sich gut gehendes Unternehmen in einer Krisensituation gerettet werden kann, wenn rechtzeitig und richtig gehandelt und den massgebenden Rechtsnormen die nötige Beachtung geschenkt wird.

## II. Muster-Sachverhalt

### I. Management Summary

Jedes Unternehmen, unabhängig von der Grösse, ob börsenkotiert oder als typisches KMU, muss sich laufend hinterfragen und die Organisation überprüfen in Bezug auf:

- Effizienz (Entscheidungsstruktur, Verantwortungs- und Kompetenzverteilung und Schnittstellenmanagement)
- Risikomanagement (Governance, Risk and Compliance Management (GRC))
- Finanz-, Investitions- und Liquiditätsmanagement (Planung, Führung und Kontrolle)

- Konkurrenzfähigkeit, Aufrechterhaltung der oder des competitive advantage(s)<sup>1</sup>.

Bei der Immo AG, einer Immobilienbeteiligungsgesellschaft, war von Beginn weg klar, dass die Organisation so schlank und effizient wie möglich sein muss. Diese Vorgabe, verbunden mit der engen persönlichen, personellen und projektbezogenen Beziehung zur Bau AG, führte dazu, dass man basierend auf einem Mandatsvertrag alle operativen Aufgaben an die Bau AG ausgelagert hat. Alles, von der Projektakquisition, der Projektentwicklung bis hin zur Projektvollendung, wurde mit den Spezialisten der Bau AG, oder ihr nahestehenden Unternehmen umgesetzt.

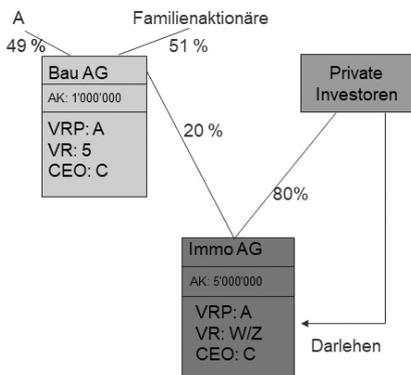
Veränderungen und laufende Optimierungen gehören zum unternehmerischen Alltag. Unerwartete Marktveränderungen oder der Markteintritt von Konkurrenten mit einem neuen, disruptiven Geschäftsmodell gehört heute auch zu den täglichen Herausforderungen, welchen sich der Verwaltungsrat zusammen mit der Geschäftsleitung stellen muss. Persönliche und hoch emotionale Beziehungsbrüche, verbunden mit der unmittelbaren Infragestellung der gesamten Organisation und aller vertraglichen Abmachungen, gehören zum Glück nicht zum Alltag – aber hier zur aktuellen Herausforderung des Verwaltungsrates der Immo AG.

Nach einem Kaltstart für den Verwaltungsrat, der kurzfristigen Stabilisierung der Situation, ist der Verwaltungsrat nun gefordert, das Unternehmen auf neue und tragfähige Pfeiler zu stellen. Dies bedeutet, das Business Model zu überarbeiten, neue Geschäftspartner für die Zusammenarbeit zu gewinnen und selbstkritisch und vorausschauend die Immo AG von der vertrauensbasierten Organisation in eine professionelle Organisation zu überführen.

---

<sup>1</sup> Vgl. die nützlichen Hinweise für die frühzeitige Erstellung eines Notfallmanagements oder Business Continuity Management für ein Unternehmen und für dessen Krisenkommunikation bei Müller/Lipp/Plüss, Band I, Rz 6.179 ff., sowie Band II, Rz 11.6.

## Geschichte, Struktur und Organisation



- Gründung der Immo AG durch Bau AG mit anschliessender Aktienkapitalerhöhung durch private Investoren
- Immo AG erwirbt von Bau AG Liegenschaft mit Umschwung zwecks Überbauung durch Bau AG
- Organe der Immo AG sind A als VRP, W/Z als Investorenvertreter und C als Geschäftsführer.

Abb. 1 Übersichtsskizze, Struktur und Organisation

Vor rund fünf Jahren hat die Bau AG aufgrund der boomenden Bautätigkeit und des grossen Projektportfolios entschieden, mit nahestehenden Dritten eine Club-Deal Struktur – die Immo AG – aufzubauen, um so die Finanzierung und Umsetzung einiger Bauprojekte aus dem Portfolio sicherzustellen. Angestrebt wurde somit eine Win-Win Situation.

Die Geschäftsidee der Immo AG lautet gemäss Investorendossier wie folgt: Die Immo AG bietet eine indirekte Anlagemöglichkeit für Immobilien. Im Planungshorizont von 4-6 Jahren soll der Gesellschaft Kapital im Umfang von CHF 30-40 Mio. durch neue Investoren in Form von Aktienkapital und Darlehen zufließen, welches für den Aufbau eines eigenen Bestandes an Renditeliegenschaften von ca. CHF 80 Mio. eingesetzt werden soll. Gleichzeitig werden damit Eigentumswohnungen finanziert, realisiert und verkauft, was zu attraktiven Renditen beiträgt. Das Immobilienportfolio ist in Bezug auf Region, Nutzung, Positionierung und Objektvolumen ausgeglichen.

Die Vorteile für die Investoren lauten gemäss Investorendossier wie folgt:

- Anlagemöglichkeit für Immobilien, jedoch ohne Aufwand für die Betreuung und Bewirtschaftung. Diese wird durch Fachleute erledigt.
- Bevorzugte Verzinsung der Aktionärsdarlehen gemäss dem von der Eidg. Steuerverwaltung maximal zulässigen Zinssatz.
- Erzielung eines regelmässigen Einkommens durch vorgesehene Ausschüttungen (Dividenden oder steuerlich attraktive Nennwertrückzahlungen) und Zinsen auf den gewährten Aktionärsdarlehen.

- Sicherheit durch einen greifbaren Gegenwert der Grundstücke und Liegenschaften.
- Durch die enge Verflechtung und Verbindung zur Bau AG als Mitaktionär können attraktive Grundstücke akquiriert werden.
- Höhere Flexibilität für die Übertragbarkeit der Aktien, im Vergleich zu einer direkt gehaltenen Immobilie (z.B. infolge Erbregelung).

Des Weiteren regelt ein Service Level Agreement (SLA) zwischen der Immo AG und der Bau AG folgende Aufgaben im Sinne eines einfachen Auftrages nach Art. 394 ff. OR. Die Geschäftsführung wird durch den CEO der Bau AG wahrgenommen. Die Grundlage für die Geschäftsführung der Immo AG bildet das Organisationsreglement. Die administrative Betreuung der Geschäfte der Immo AG wird an die Bau AG delegiert, welche sich verpflichtet folgende Tätigkeiten auszuführen:

- Führung des Sekretariats und Erledigung von Zahlungen
- Buchführung der Immo AG
- Abschlusserstellung
- Liquiditätsplanung
- Quartalsweises Bau- und Finanzreporting

Aufgrund dieses Sachverhalts muss an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Geschäftsführung der Immo AG faktisch bei der Bau AG liegt.

## 2. Unverhoffte Krise

Unstimmigkeiten und zunehmend gehässige Diskussionen zwischen A und C über Zuständigkeiten und Kompetenzen innerhalb der Bau AG wirken sich negativ auf die Führung und das Alltagsgeschäft der Immo AG aus und führen bei den Aktionären zu Irritationen. Als das gestörte Verhältnis in einen offenen Schlagabtausch und Konflikt mündet, wird klar, dass auch die Führung der Immo AG akut gefährdet ist.

A wird von den Aktionären der Bau AG aufgefordert, sein Mandat per sofort niederzulegen oder es drohe ihm eine schmachliche Abwahl an einer ausserordentlichen Generalversammlung. Um dies zu verhindern, entscheidet sich A per sofort bei der Bau AG zurückzutreten und seine Aktien an die Familienaktionäre zu verkaufen.

Doch die erhoffte Beruhigung und Sicherstellung der Führungsfähigkeit der Immo AG wird dadurch nicht erreicht, denn der offene Disput zwischen A und C verlagert sich nun auf die Führungsebene der Immo AG und wird noch unerbittlicher, als man beim Aushub bei einem Bauprojekt auf eine illegale Depo-

nie stösst. Diese ist weder im Altlastenkataster der Gemeinde vermerkt, noch wurde von Seiten des Verkäufers darauf hingewiesen, noch hat man diese bei Sondierungsbohrungen bemerkt.

Dies führt nun zur totalen Eskalation zwischen A und C, welche gemeinsam den Kaufvertrag für die Immo AG unterschrieben haben. Dies umso mehr als nach eingehender Prüfung des Vertrages festgestellt wird, dass fehlende Vertragsbestimmungen einen Rückgriff auf den Verkäufer verunmöglichen und dieser auch keine Gesprächsbereitschaft signalisiert.

Der offene Schlagabtausch zwischen A und C, ob die Entsorgungskosten, welche einen grossen, nicht budgetierten finanziellen Aufwand bedeuten, im GU-Preis mit der Bau AG inbegriffen sind, eskaliert vollständig, als sich bei einem weiteren Bauprojekt der Immo AG eine massive Kostenüberschreitung abzeichnet.

Konfrontiert mit Schuldzuweisungen und dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit, droht C als Geschäftsführer der Bau AG, dass ohne eine sofortige Sicherstellung der Bezahlung durch die Immo AG sämtliche Tätigkeiten per sofort eingestellt werden.

### 3. Der Verwaltungsrat im Krisenmodus

Aufgrund dieser zugespitzten Situation kommt der VR der Immo AG zu einer ausserordentlichen VR-Sitzung zusammen. Dabei erkennt der VR:

- Verhältnis zwischen A und C ist unüberbrückbar gestört
- Kaufvertrag weist krasse Mängel auf, eine in der Branche übliche Klausel zur Behandlung von Altlasten und Inertstoffen fehlt
- Gemäss Aussage von A habe sich C und die Bau AG mündlich verpflichtet, allfällige Altlasten und Inertstoffe zu entsorgen
- C bestreitet diese Aussage und da nichts schriftlich festgehalten wurde, steht für den VR nun Wort gegen Wort
- Die Bau AG droht, ohne finanzielle Garantien sämtliche Tätigkeiten für die Immo AG per sofort einzustellen
- Diese Forderung und eine deutliche Kostenüberschreitung bei einem anderen Bauprojekt stürzen die Immo AG in eine Liquiditätskrise
- Die Immo AG befindet sich in einer existentiellen Krise und eine professionelle Führung der Immo AG durch A und C ist nicht mehr möglich.

Die beiden Verwaltungsräte W und Z realisieren, dass per sofort ein externer Krisenmanager für die Immo AG eingestellt werden muss, um einerseits die operative Führung sicherzustellen und andererseits die existenziellen Herausforderungen anzugehen.

### III. Die heiklen rechtlich relevanten Aspekte

Auch wenn ein Krisenmanager primär ein „Mann der Tat“ mit grosser und rascher Entscheidungsfreude sein muss, bewegt er sich doch auf einem schmalen Pfad in Richtung Rettung des Unternehmens mit Absturzgefahren in den Konkurs (für das Unternehmen) und in die Verantwortlichkeitshaftung (mit persönlichen Folgen). Insbesondere der Fall Swissair mit dem Grounding im Oktober 2001 und der darauffolgenden Nachlassliquidation und den Verantwortlichkeitsklagen gegen die Gesellschaftsorgane haben die Reputations- und finanziellen Risiken für die zuletzt als Krisenmanager handelnden Personen mit aller Deutlichkeit gezeigt<sup>2</sup>.

Daher müssen die Krisenmanager und die Verwaltungsräte, welche einen solchen externen Spezialisten zur Rettung des Unternehmens beigezogen haben, auch laufend die heiklen rechtlich relevanten Normen prüfen, sei es aus eigener Kenntnis oder gestützt auf fachkundige Beratung.

#### I. Kontrolle der Finanznotlage nach neuem Aktienrecht (Art. 725-725c OR)

Ein Ziel der Aktienrechtsform 2020 war, die rechtliche Regelung für eine Unternehmung in finanziellen Schwierigkeiten grundlegend zu überarbeiten. Durch die Einführung eines Frühwarnsystems sollten die Chancen für eine erfolgreiche Sanierung erhöht werden, ohne dass die Gläubiger zusätzlichen Risiken ausgesetzt würden. Die bisherige Regelung in Art. 725 und 725a OR wurde in den neuen Art. 725-725c OR erheblich erweitert und neu strukturiert<sup>3</sup>.

##### a) Zu Art. 725 OR

Neu im aktienrechtlichen Sanierungsrecht ist der bisher schon bekannten Regelung bei Kapitalverlust (nun Art. 725a OR) und Überschuldung (nun Art. 725b OR) in Art. 725 OR der *Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit* vorangestellt. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft laufend zu überwachen und rechtzeitig in der gebotenen Eile die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, wenn die Gesellschaft droht zah-

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu Isler/Schmid, 12 ff. m.w.H.

<sup>3</sup> Vgl. dazu ausführlich Böckli, § 11 Rz 11 ff.: Forstmoser/Küchler, 444 ff.; von der Crone, Aktienrecht, 849 ff.; Glanzmann, VR-Pflichten, 96 ff.; Knecht/Keller, 123 ff., 131 ff.

lungsunfähig zu werden. Erfahrungsgemäss führt die liquiditätsmässige Notlage häufiger zum Zusammenbruch eines Unternehmens als ein Kapitalverlust oder eine bilanzmässige Überschuldung.

In einem liquiditätsmässigen Engpass ist es oft schwierig neue Geldgeber zu finden. In erster Linie kommen die Aktionäre in Frage, welche durch eine Kapitalerhöhung oder durch Darlehen mit Rangrücktritt die Zahlungsfähigkeit kurzfristig verbessern können<sup>4</sup>. Gleichzeitig sollten auch Verhandlungen mit der Hausbank geführt werden, um Kreditlimiten offen zu halten, Rückzahlungen aufzuschieben oder ein eigentliches Sanierungsdarlehen zu erhalten.<sup>5</sup>

*b) Zu Art 725a und Art. 725c OR*

Art. 725a OR befasst sich sodann mit dem *Kapitalverlust* und enthält den Regelungsbereich des bisherigen Art. 725 Abs. 1 OR, während dessen Abs. 2 und 3 in den neuen Art. 725b OR verschoben wurden. Die Schwelle für den massgeblichen Kapitalverlust bleibt unverändert die Hälfte der Summe aus dem nominalen Aktienkapital und den nicht an die Aktionäre zurückzahlbaren gesetzlichen Kapitalreserven und gesetzlichen Gewinnreserven<sup>6</sup>.

Neu ist, dass bei einem solchen hälftigen Kapitalverlust nicht mehr unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen ist. Vielmehr soll der Verwaltungsrat in eigener Kompetenz prüfen, wie er den Kapitalverlust beseitigen kann. Eine vom Gesetz neu geschaffene Möglichkeit ist die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen vom Anschaffungswert bis maximal zum wirklichen Wert (Art. 725c OR). Allerdings ist der Aufwertungsbetrag wieder unter den gesetzlichen Gewinnreserven gesondert auszuweisen und diese so zu beschränken<sup>7</sup>.

Weitere Möglichkeiten in der Kompetenz des Verwaltungsrates sind etwa eine Stärkung des Eigenkapitals durch Forderungsverzicht von Gläubigern oder durch Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital (Zuweisung an die gesetzlichen Reserven ohne Kapitalerhöhung). Auf diese Weise kann die zeitliche

---

<sup>4</sup> Vgl. Glanzmann, VR-Pflichten, 105 f.

<sup>5</sup> Vgl. dazu das interessante Urteil des Bundesgerichts 5A\_671/2018 vom 8. September 2020 mit den Kriterien, wann die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens an die Bank nicht mit der Absichtspauliana erfolgreich angefochten werden kann.

<sup>6</sup> Entsprechend der Terminologie des neuen Aktienrechts wird in Art. 672 Abs. 2 OR unterschieden zwischen gesetzlicher Kapitalreserve, die den Aktionären nicht zurückbezahlt werden darf, und der gesetzlichen Gewinnreserve, welche ausschüttbar ist, wenn sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve 20% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals überschreitet; vgl. dazu Forstmoser/Küchler, 247 f.

<sup>7</sup> Vgl. Glanzmann, VR-Pflichten, 112; Forstmoser/Küchler, 451.

Verzögerung und die unerwünschte Publizität vermieden werden, welche mit der Einberufung der Generalversammlung z.B. für die Erhöhung des Aktienkapitals mittels Einlage samt Agio oder eine deklarative Kapitalherabsetzung (Art. 653p OR) verbunden ist<sup>8</sup>.

Neu ist die Bestimmung von Art. 725a Abs. 2 OR, dass bei Gesellschaften, welche gemäss Art. 727a Abs. 2 OR keine Revisionsstelle haben, der Verwaltungsrat bei einem Kapitalverlust einen zugelassenen Revisor ernennen muss, welcher die letzte Jahresrechnung der Gesellschaft prüft, und diese anschliessend durch die Generalversammlung genehmigt werden muss.

c) *Zu Art. 725b OR*

Art. 725b OR ist nun die neue zentrale Regelung im Aktienrecht für ein schweizerisches Sanierungsrecht bei drohender Überschuldung der Gesellschaft, welche Möglichkeiten und Voraussetzungen bestehen, um den Gang zum Richter zu vermeiden und eine stille Sanierung zu versuchen. Folgende Bestimmungen sollen hier in der gebotenen Kürze aufgeführt werden:

- Wenn der Verwaltungsrat eine Überschuldung der Gesellschaft befürchtet, d.h. die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch ihre Aktiven gedeckt sind, hat er sofort einen *Zwischenabschluss* zu erstellen, d.h. eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und einen Anhang. Dies bedingt, dass gerade in einer kritischen Lage dem Rechnungswesen Priorität eingeräumt werden muss, um rasch diese Unterlagen erstellen zu können.
- Der Zwischenabschluss ist sowohl zu *Fortführungswerten* wie auch zu *Veräusserungswerten* zu erstellen. Wenn die Fortführung der Gesellschaft angenommen werden darf und der Abschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist, kann auf den Abschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden. Umgekehrt ist bei Annahme, dass eine Fortführung der Gesellschaft nicht mehr gegeben ist, nur noch ein Abschluss zu Liquidationswerten zu erstellen (Art. 725b Abs. 2 OR).
- Der Verwaltungsrat muss den Zwischenabschluss durch die *Revisionsstelle* prüfen lassen und bei Fehlen einer Revisionsstelle einen zugelassenen Revisor für diese Aufgabe ernennen.
- Detailliert ist dann in Art. 725b Abs. 4 OR geregelt, wann der Verwaltungsrat bei Feststellung einer Überschuldung aufgrund des revidierten Zwischenabschlusses *auf die Benachrichtigung des Richters verzichten* kann:

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu ausführlich von der Crone, Aktienrecht, 851 ff., 859 ff.; Glanzmann, VR-Pflichten, 113 f.; Böckli, § 11 Rz 46 ff.

- Wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten und ihre Forderungen samt Zinsen stunden, bis die Überschuldung unter Berücksichtigung der nachrangigen Forderung behoben worden ist<sup>9</sup>.
- Oder wenn nach Beurteilung des Verwaltungsrates begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert einer Frist von maximal 90 Tagen seit Vorliegen des geprüften Zwischenabschlusses behoben werden kann und die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.
- Mit dieser Regelung soll die bisherige Praxis, entgegen dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR eine Fortführung der Gesellschaft in einem festgestellten überschuldeten Zustand noch für kurze Zeit weiter zu führen, legalisiert und mit klaren Kriterien versehen werden<sup>10</sup>.

Insgesamt ist die Regelung zum neuen aktienrechtlichen Sanierungsrecht als flexibler und unternehmungsorientierter zu begrüssen. Es ist zu hoffen, dass damit Verwaltungsrat und Krisenmanager ermutigt werden, auch bei drohender oder festgestellter Überschuldung der Gesellschaft alles unternehmerisch Vernünftige zu versuchen, um die Gesellschaft zum Vorteil der Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten und Finanzgläubiger zu retten<sup>11</sup>.

## 2. Handeln mit aller Sorgfalt

### a) Ermessensentscheide

Auch in Krisensituationen und dem dadurch geschaffenen Zeitdruck gilt die Bestimmung von Art. 717 Abs. 1 OR, dass „die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ... ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren [müssen]“<sup>12</sup>.

Allerdings ist gerade in Krisenzeiten für den Verwaltungsrat wie für den Krisenmanager – unabhängig davon ob er als Delegierter des Verwaltungsrates oder als Geschäftsführer eingesetzt wird – die neuere Auslegung von Art. 717

<sup>9</sup> Vgl. dazu detailliert Glanzmann, VR-Pflichten, 120 ff.; Knecht/Keller, 145 f.; von der Crone, Aktienrecht, 866 f.

<sup>10</sup> Glanzmann, VR-Pflichten, 123 f.; Knecht/Keller, 146 ff.; von der Crone, Aktienrecht, 856 f.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 28 ff.; Böckli, § 11 Rz 246 ff.

<sup>11</sup> Allerdings sind die Kriterien der 90 Tage und der Nichtgefährdung der Gläubigerinteressen im Einzelfall schwierig zu kontrollieren bzw. einzuhalten. Vgl. dazu die Ausführungen unten, Ziff. [V.3.b](#).

<sup>12</sup> Vgl. dazu Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 Rz 808 ff.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 28.; Böckli, § 9 Rz 717 ff. sowie § 16 Rz 291 ff.

OR und Art. 754 OR von Vorteil, dass die in Krisensituationen zu treffenden Entscheide fast durchwegs *Ermessensentscheide* in geschäftlichen Angelegenheiten sind, z.B. die Veräusserung von Aktiven zur Liquiditätsbeschaffung, die Massnahmen zur Kostensenkung (Entlassung von Mitarbeitern, Lohnkürzungen, Aufgabe von Räumlichkeiten, Lagerabbau) und auch die Festlegung, welche Zahlungen unbedingt geleistet werden müssen und welche hinausgeschoben werden können. Hier soll der Richter sich in Zurückhaltung üben bei einer nachträglichen Beurteilung und nach der auch im schweizerischen Aktienrecht anerkannten *Business Judgment Rule* vorgehen. Konkret bedeutet dies, dass die Entscheidung in einem angemessenen aber durchaus wegen Zeitdruckes kurzen Entscheidungsprozess zustande kommen muss und frei von Interessenkonflikte sein sollte<sup>13</sup>. (Zum Aspekt des Interessenkonfliktes vgl. nachfolgend Ziff. III.3.).

b) *Gleichbehandlung der Gläubiger?*

Auch bezüglich der *Gleichbehandlung der Gläubiger* besteht für den Krisenmanager ein Geschäftsermessen. Art. 717 Abs. 2 OR bestimmt zwar eine Pflicht des Verwaltungsrates zur Gleichbehandlung der Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen, nicht aber eine solche zur Gleichbehandlung der Gläubiger vor dem Konkurs. Nur Art. 285ff SchKG enthält Bestimmungen, welche allenfalls eine Anfechtung einer Zahlung an einen Gläubiger ermöglichen, aber dies ist dann grundsätzlich keine Frage der Haftung des Gesellschaftsorganes, welche diese Zahlung ausgeführt hat, sondern ein Risiko des bevorzugten Gläubigers<sup>14</sup>. Auch die Rückzahlung eines Bankdarlehens vor Konkurseröffnung ist unter Umständen nicht paulianisch anfechtbar, wenn eine Bank einer Gesellschaft in schwierigen Zeiten beisteht und mit ihrem Darlehen einen Beitrag zur möglichen Sanierung leisten will<sup>15</sup>.

c) *Das Abwägen von Chancen und Risiken*

Als Faustregel gilt für den rechtlichen Rahmen des zulässigen Handlungsspielraumes durch den Krisenmanager, dass er bei seinen Geschäftsentscheiden die *Chancen zur Rettung des Unternehmens und die Risiken eines Fehlschlages gegeneinander abwägen* muss. Die verantwortlichen Organe sollen im Inter-

---

<sup>13</sup> Vgl. von der Crone, Geschäftsermessen, 104 ff.; Isler/Schmid, 28 ff.; Böckli, § 16 Rz 254 ff.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 31 ff.; BGE 139 III 24 E. 3.2. S. 26; Urteil des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.1.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1.

<sup>14</sup> Vgl. Isler/Sommer, Konkurrenzverhältnis, 186 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_671/2018 vom 8. September 2020.

esse der Gesellschaft die gebotenen Chancen wahrnehmen, wenn unter Beachtung der erkennbaren Umstände die Chancen einer Rettung die Risiken eines Fehlschlages überwiegen oder auch nur zumindest aufwiegen<sup>16</sup>.

### 3. Transaktionen mit nahestehenden Personen

Wie vorn in [Ziff. III.2.a](#)) erwähnt, ist eine der Voraussetzungen für die Anwendung der Business Judgment Rule, dass der Entscheidungsprozess *frei von Interessenkonflikten* zustande gekommen ist. Wie im Vertragsrecht ist auch im Aktienrecht ein Rechtsgeschäft mit einer Nichtigkeit bedroht, wenn bei einem Insihgeschäft ein Interessenkonflikt zwischen den handelnden Personen nicht ordnungsgemäss beseitigt worden ist<sup>17</sup>.

Allerdings lassen sich in Krisensituationen formale Interessenkonflikte nicht immer vermeiden, wenn es zur Liquiditätsbeschaffung in kurzer Zeit keine realistische Alternative gibt, als einer nahestehenden Person gewisse Vermögenswerte, z.B. ein Grundstück oder eine Beteiligung, zu verkaufen. Der neue Art. 717a OR verbietet denn auch solche Geschäfte mit Interessenkonflikten nicht absolut, sondern schafft nur eine Informationspflicht und eine Verpflichtung des Verwaltungsrates, die für die Interessen der Gesellschaft notwendigen Massnahmen zu treffen. Als solche kommen in Betracht die Ausstandspflicht für die konfliktbehaftete Organperson, eine unabhängig Schätzung des Wertes der zu veräussernden Aktiven oder der Beizug eines Beraters zur Abklärung allfälliger alternativer Lösungen<sup>18</sup>.

Auch bei Geschäftsentscheiden hat ein Interessenkonflikt nur zur primären Konsequenz, dass eine Anwendung der Business Judgment Rule und somit die richterliche Beurteilung des Geschäftsentscheides auf „Vertretbarkeit“ nicht zur Anwendung kommt. Vielmehr ist bei einem Rechtsgeschäft, in welchem zumindest eine der beteiligten Parteien oder Personen in einem Interessenkonflikt steht, die richterliche Überprüfung, ob der Entscheid vernünftig, sachlich richtig bzw. nicht fehlerhaft ist, *nicht eingeschränkt*. Aber auch dann

---

<sup>16</sup> Isler, 208 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1. und E. 7.3., Urteil des Bundesgerichts 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.3.; vgl. auch BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 28, 31b.

<sup>17</sup> Vgl. neuestes Urteil des Bundesgerichts 4A\_488/2021 vom 4. März 2022 mit Besprechung von Steininger, 499 ff.; Böckli, § 9 Rz 774 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 Rz 343 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler, 436 ff., Böckli, § 9 Rz 827 ff.

kann bei voller Kognition der Richter zur Schlussfolgerung kommen, dass das Rechtsgeschäft im Interesse des Unternehmens liegt, auch wenn eine an ihr beteiligte Person einen Interessenkonflikt hat<sup>19</sup>.

#### 4. Kontrolle des Krisenmanagers durch den Verwaltungsrat

Generell ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat des Unternehmens bei der Einsetzung eines Krisenmanagers diesem möglichst umfassende Kompetenzen einräumen will und auch soll. Er kann dies dadurch erreichen, indem er den Krisenmanager zum Delegierten des Verwaltungsrates ernennt oder zum Geschäftsführer bzw. Leiter der Geschäftsleitung. Stets aber gilt auch jetzt die Pflicht gemäss Art. 754 Abs. 2 OR, dass der Verwaltungsrat den Krisenmanager sorgfältig auswählen, instruieren und überwachen muss.

Besonders wichtig ist nach Einsetzung des Krisenmanagers, dass sich der Verwaltungsrat durch regelmässige Berichterstattung orientieren lässt und so seine Überwachungspflicht wahrnehmen kann. Die *Berichterstattungspflicht*, welche sich auch aus Art. 716b Abs. 2 OR ergibt, muss sowohl in Bezug auf den Inhalt wie auch auf die Zeitintervalle festgelegt werden und den generellen Vorbehalt anbringen, dass bei unerwarteten Ereignissen sofort zu orientieren ist und vor allem eine enge, dauernde Zusammenarbeit zwischen dem Krisenmanager und dem Verwaltungsratspräsident bestehen muss<sup>20</sup>.

### IV. Die konkrete Umsetzung im Muster-Sachverhalt

#### I. Krisenmanagement – Rettungsversuch

Im Gegensatz zu Notfällen sind Krisen meistens unvorhersehbar und können daher nicht mit konkreten Vorkehrungen und/oder Plänen bewältigt werden.

An einem dringlich einberufenen Aktionärsmeeting wird die Fragestellung, wer das Krisenmanagement übernehmen soll, kontrovers diskutiert. Es zeigt sich klar, dass das persönliche Zerwürfnis zwischen A und C sich auch auf die Aktionäre ausgewirkt hat und auf dieser Ebene gegenseitige Schuldzuweisun-

---

<sup>19</sup> Vgl. als Beispiel Urteil des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.5.3 im Vergleich zu ähnlichen Fällen, welche als pflichtwidrig beurteilt wurden: Urteil des Bundesgerichts 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2013 vom 28. August 2013; Isler, 217 f.

<sup>20</sup> Vgl. BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716b, N 7, 17; von der Crone, Aktienrecht, 639, 654.

gen erfolgen. Die zerstrittenen Aktionäre können sich aber auf einen externen Krisenmanager (K) einigen, welcher von allen Parteien akzeptiert wird und das Vertrauen aller involvierter Parteien genießt.

K nimmt dieses Mandat an und erstellt zusammen mit W und Z folgende Aktionsliste:

- Klärendes Einzelgespräch mit A und C, welche ihre Aufgaben per sofort niederlegen sollen.
- Klärung der Zusammenarbeit mit der Bau AG, Einsetzung eines neuen Geschäftsführers (GL-Mitglied der Bau AG).
- Abwendung der von der Bau AG geforderten Sicherstellungen.
- Optimierung des Risikockockpits und Anpassung des IKS zur finanziellen Führung, Erstellung eines Zwischenabschlusses um auszuschliessen, dass eine Überschuldungssituation gemäss Art. 725b OR vorliegt.
- Erstellung eines Krisen-Kommunikationskonzeptes, um einen drohenden Reputationsschaden/Vertrauensverlust bei den Banken, potenziellen Immobilienkäufern und den Netzwerkpartnern abzuwenden.

## 2. Facts werden geschaffen

Erste klärende Einzelgespräche mit A und C ergeben, dass C als Geschäftsführer per sofort ausscheidet und durch ein bisher nicht involviertes Geschäftsleitungsmitglied der Bau AG ersetzt wird. Damit kann kurzfristig das operative Tagesgeschäft wieder störungsfrei und unbelastet von jeglichen persönlichen Animositäten abgewickelt werden.

Die Gespräche mit A verlaufen deutlich schwieriger. Dieser weigert sich, das Amt als VRP der Immo AG niederzulegen, da nach dem abrupten Ausscheiden bei der Bau AG und dem drohenden Verlust des Mandates bei der Immo AG seine Reputation, aus seiner Sicht unverschuldet, beschädigt würde. Er legt auch glaubwürdig dar, dass die Immo AG mit seinem Abgang einen Reputationsschaden erleiden würde, dies vor allem aufgrund seiner Vernetzung in der Region – sei es bei Netzwerkpartnern, potentiellen Immobilienverkäufern oder potentiellen Interessenten für die Objekte der Immo AG. K ist sich der Wichtigkeit von A „der in der Region das Gras wachsen hört“ durchaus bewusst, gleichzeitig ist aber A Teil des Problems und kann keinesfalls Teil der Lösung sein. Nach harten Verhandlungen und emotionalen Gesprächen einigen sich K und A darauf, dass dieser nur noch nach aussen und nur mit vorgängiger Rücksprache als VRP auftritt. A akzeptiert dies und versichert K, dass er weiterhin sein Netzwerk zu Gunsten der Immo AG einsetzen werde, schliesslich sei er als Aktionär ja ebenfalls an einer guten Lösung interessiert.

Dieser Umstand ermöglicht K nun, die Gespräche mit C und dem VR der Bau AG wieder aufzunehmen, welche sich geweigert haben Lösungsansätze zu besprechen, so lange A faktisch noch Verwaltungsratspräsident ist. Die Verhandlungen sind trotz des Ausstandes von A weiterhin schwierig und zähflüssig und werden von den im Raum stehenden Vorwürfen überschattet. K gelingt es die Gespräche in eine konstruktive Form zu leiten und kann die weitere Zusammenarbeit, basierend auf dem Service Level Agreement, sicherstellen. Alle Beteiligten sind sich einig, dass dies nur für die angefangenen, gemeinsamen Projekte gilt und eine weitere Zusammenarbeit darüber hinaus nicht mehr möglich ist. Diese wichtigen Einigungen sind aber erst der Anfang des Krisenmanagements der Immo AG und bilden das Fundament, um nun die finanziellen Herausforderungen anzugehen.

### 3. Risikockockpit und finanzielle Führung

Die Verkettung der Ereignisse – Altlasten und deren Beseitigung, Kostenüberschreitung, persönliches Zerwürfnis – hat für die Immo AG gravierende Konsequenzen.

Zusammen mit der Buchhaltung und dem Finance-Team der Bau AG verschafft sich K einen Überblick über die äusserst angespannte Liquiditätssituation, welche durch die finanzielle Forderung der Bau AG, nämlich die finanzielle Sicherstellung aller Tätigkeiten, und die drohenden Kostenüberschreitungen hervorgerufen wird.

Dabei wird deutlich, dass das vorhandene Finanzreporting ein Schönwetterreporting darstellt und bei der bisherigen, erfolgreichen Geschäftstätigkeit ausreichend war, aber für das Krisenmanagement unbrauchbar ist.

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR ist der Verwaltungsrat zwingend für die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der dazu gehörigen Weisungen zuständig. Dazu gehört auch das strategische Risk Management, welches die Grundlage für ein effektives operatives Risk Management bildet. Der Verwaltungsrat hat demnach die Risikoeinstellung des Unternehmens und die Steuerung der Risikopolitik selbst festzulegen. Die vorgegebenen Risikoziele sollten sich dabei mit den allgemeinen Unternehmenszielen decken.

Bei der Immo AG hat man sich bisher auf die finanziellen und operativen Risiken beschränkt und es unterlassen, eine umfassende Risikomatrix zu erstellen und die entsprechende Überwachung bzw. Kontrolle zu implementieren.

K beauftragt die Buchhaltung, unverzüglich einen Zwischenabschluss zu erstellen und erarbeitet gemeinsam mit W und Z und dem CFO der Bau AG ein detailliertes Finanz- und Risikockockpit, welches jederzeit eine Übersicht über

das gesamte Projektportfolio der Immo AG zulässt. Damit soll verhindert werden, dass die Immo AG in ihrer Liquiditätsklemme schlimmstenfalls in eine Insolvenz fällt. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sind alarmierend und wegen K dazu folgende Optionen durchzugehen:

- Straffung des Projektportfolios durch Nichtausübung einer Option auf ein Baurecht und die damit verbundene Rückzahlung des Reservationsbetrages zur Verbesserung der Liquidität
- Verkauf eines Projektes (fire sale) an interessierte institutionelle Investoren
- Einbringung von nachrangigen Darlehen durch die Aktionäre.

Die mit den Fakten konfrontierten Aktionäre wollen einen fire sale und den damit verbundenen Reputationsschaden unbedingt vermeiden und erklären sich bereit, bei Bedarf nachrangige Darlehen zur Stabilisierung der Immo AG einzubringen. Dies verschafft K nun Zeit, die ein Krisenmanager in der Regel nie hat, um all die Herausforderungen anzugehen. In diesem Fall gelingt es nach weiteren Gesprächsrunden mit der Bau AG die Sicherstellungen abzuwenden, dies nicht zuletzt auch auf Grund eines überraschend erfolgreichen Verkaufs von Stockwerkeinheiten und der Verbesserung der Liquidität durch die Rückzahlung des Reservationsbetrages aufgrund der Nichtausübung eines Baurechts.

## **V. Persönliche Anforderungen an einen Krisenmanager und sein rechtlicher Handlungsspielraum**

Die folgenden Ausführungen basieren auf der Praxiserfahrung der Partner von Experts for Leaders AG und haben weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch auf eine generelle Gültigkeit. Vielmehr versucht die folgende Aufzählung von Eigenschaften die Komplexität des Krisenmanagements zu beleuchten.

### **1. Persönliche Anforderungen/Eigenschaften**

Ein Krisenmanager soll verhindern, dass die Krise in einem Unternehmen ausser Kontrolle gerät, das Unternehmen untergeht. Er muss somit versuchen, Lösungen zu finden, welche das bisherige Management nicht erkannt hat oder, wie in unserem Beispiel, aufgrund des persönlichen Zerwürfnisses nicht angegangen werden können. Der Druck, mit dem ein Krisenmanager umgehen muss, dem er sich stellen muss, ist enorm, denn es steht viel auf dem Spiel.

Die Anforderungen an einen Krisenmanager könnten kaum widersprüchlicher sein, denn einerseits sollte er emotionslos sein und sich nicht scheuen, die getroffenen Entscheide entschlossen, beharrlich und konsequent umzusetzen.

Andererseits sollte er empathisch und kommunikativ sein. Dies, um keine unnötigen Kollateralschäden anzurichten und die Entscheidungen für alle Beteiligten nachvollziehbar und überzeugend darzulegen.

Des Weiteren muss er eine hohe persönliche Belastbarkeit und ein ausgeprägtes Selbstbewusstsein, gepaart mit umfangreicher Führungserfahrung, mitbringen. Nur eine starke, ausgeglichene Persönlichkeit ist in der Lage, in einer Krise zum Wohle aller Share- und Stakeholder zu handeln. Dies auch dann, wenn er mit heftigen Vorwürfen, Anschuldigungen und Verdächtigungen konfrontiert wird. Angriffen und Beleidigungen sollte er mit stoischer Gelassenheit und Sachlichkeit entgegentreten.

Dies bedeutet nicht, dass er starrsinnig und stur sein soll, denn neue Informationen sollte er flexibel aufgreifen und in den Entscheidungsprozess integrieren können. Dabei darf er aber nie den Eindruck erwecken, dass er wankelmütig, beeinflussbar oder gar steuerbar sei, weil sonst jede seiner Entscheidungen in Frage gestellt würde.

Krisenmanager werden nicht geboren, sondern entfalten sich in einer Krisensituation. Ihnen gelingt es, die hohen, oft überzogenen Anforderungen und die daraus entstehenden Selbstzweifel auszubalancieren. Immer wieder schaffen sie auch den Spagat zwischen Schnelligkeit und Qualität. Flexibilität und Organisationstalent sind unabdingbare Eigenschaften, um mit den teils widersprüchlichen Anforderungen klarzukommen.

## 2. Was zeichnet einen guten Krisenmanager aus?

Vernetztes Denken und strukturierte Vorgehensweise – Klarheit schaffen!

Da es im Krisenmanagement keinen Königsweg gibt, arbeiten wir bei Experts for Leaders mit einem strukturierten Prozess, der die klassischen Phasen wie Analyse, Planung, Umsetzung und Kontrolle umfasst und die Komplexität reduziert.

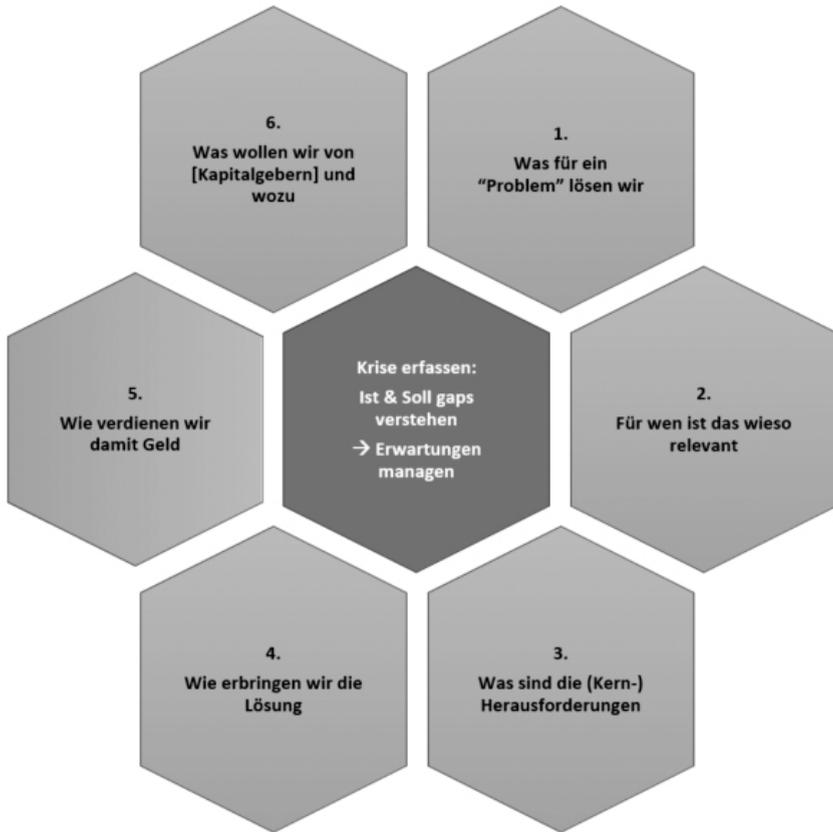


Abb. 2 Strukturierter Prozess im Krisenmanagement, Experts for Leaders AG, 2022

Neben der Reduktion der Komplexität ist der *Faktor Zeit* *matchentscheidend*. Die Reaktionszeiten müssen in einer Krise durch Anpassung des Führungsverhaltens und der Führungsorganisation verkürzt werden. Wesentliches muss von Unwesentlichem getrennt werden. Krisen setzen die Verantwortlichen unter erheblichen Zeitdruck, der zu einem sogenannten Tunnelblick und in der Folge zu fatalen Fehlentscheidungen führen kann.

Sowohl im Krisenmanagement als auch in der Krisenkommunikation gibt es den kritischen Faktor Zeit. In der Notfallmedizin spricht man von der „goldenen Stunde“. Dieser Begriff geht auf den Mediziner R. Adams Cowley zurück, der 1975 behauptete, dass die ersten 60 Minuten über die Überlebenschance eines Trauma-Patienten entscheiden. Auch wenn dies heute umstritten ist, so

wird wohl niemand in Frage stellen, dass ein längerer Zeitraum zwischen Verletzung und Behandlung durchaus Auswirkungen auf die medizinischen Folgen hat. Im Krisenmanagement und auch in der Krisenkommunikation sind die Zeitverhältnisse aufgrund der Vernetzung und Digitalisierung wohl noch enger. Die folgende Übersicht von Experts for Leaders dient in solchen Momenten als Orientierung und hilft dabei Massnahmen zeitlich richtig einzustufen.

	Heute für heute	Heute für morgen
<b>Auftrag / Aufgabe</b>	Worum geht es kurzfristig	Was ist das finale Ziel Welche Zwischenziele sind möglich/nötig
<b>Sofortmassnahmen</b>	Welche unmittelbaren Entscheide stehen an, Anspruchsgruppen identifizieren Kommunikation intern	Prioritätenmanagement Wichtig/Dringend Kommunikation extern
<b>Zeitmanagement</b>	Wieviel Zeit habe ich für welche Massnahmen und Entscheidungen	Wie lange dauern kritische Veränderungen Wann ist mit Wirkung zu rechnen
<b>Ressourcen</b>	Liquidität, Kapitalbedarf Schlüsselpersonen / Attitude ! Will > Skill Schlüsseltechnologien Materialversorgung	Ertragsmodell Kapitalbedarf Kompetenzen / Know-how sichern Kulturwandel
<b>Equity Story</b>	Gemeinsames Verständnis der Lage Zielquittierung Management	Kommunikation einfach / konsistent Storyline nach aussen

Abb. 3 Orientierung, Zeitverhältnis, Massnahmen, Experts for Leaders AG 2022

### 3. Ausüben des rechtlichen Handlungsspielraumes durch den Krisenmanager

#### a) Die neue Gerichtspraxis

Mit den neuen Bestimmungen von Art. 725-725c OR, die vorn im [Abschnitt III](#), dargelegt wurden, sind dem Krisenmanager einerseits klare Vorgaben gestellt, welche er für seine Tätigkeit zu befolgen hat. Zudem kann der Krisenmanager von einer insbesondere im Rahmen der Swissair-Verantwortlichkeitsprozesse entwickelten Gerichtspraxis profitieren, welche auch bei einem Scheitern der Sanierungsbemühungen den Krisenmanager und die weiteren bis zum Schluss „ausharrenden“ Organpersonen nicht persönlich haftbar erklärt, wenn sie nach bestem Wissen und Gewissen versuchen, ein Unternehmen zu retten. Kernaussagen dieser Gerichtspraxis sind:

- Unternehmerisches Handeln umfasst auch das Eingehen von vertretbaren Risiken.

- Bei der Beurteilung des vertretbaren Risikos ist bei einem Scheitern von den Gerichten Zurückhaltung auszuüben, wenn die Kriterien der Business Judgment Rule eingehalten werden.
- Die richterliche Beurteilung muss aus dem Gesichtswinkel ex ante erfolgen, d.h. aus der Sicht und Berücksichtigung der Umstände bei Treffen der massgebenden Geschäftsentscheide, auch wenn diese sich hinterher (ex post) als falsch erwiesen haben.
- Selbst eine Transaktion mit einer nahestehenden Person oder Unternehmung kann kein fehlerhafter Entscheid sein, wenn er aufgrund besonderer Umstände im Interesse der Gesellschaft liegt<sup>21</sup>.

Wenn somit das Gericht bei Anwendung dieser Grundsätze zum Schluss gelangt, dass die in Frage stehenden Geschäftsentscheide der verantwortlichen Personen unter den damaligen Umständen nicht pflichtwidrig waren, dann ist eine der vier Voraussetzungen von Art. 754 OR für eine Verantwortlichkeit nicht gegeben, und die übrigen drei Voraussetzungen, insbesondere das Bestehen eines Schadens, sind nicht mehr zu prüfen<sup>22</sup>.

*b) Aber Vorsicht bezüglich Art. 725b Abs. 2 Ziff. 4 OR*

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die neue Bestimmung von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR vielleicht unbeabsichtigt diesen Grundsätzen eine erhebliche Hürde entgegengestellt: Wenn in einem Sanierungsfall zwar eine bilanzmässige Überschuldung festgestellt worden ist, aber gute Aussichten bestehen, dass die Gesellschaft dank der eingeleiteten und geplanten Massnahmen gerettet und die Überschuldung beseitigt werden kann, so müssen von Gesetzes wegen folgende Kriterien eingehalten werden:

- Behebung der Überschuldung innert einer maximalen Frist von 90 Tagen seit Vorliegen des geprüften Zwischenabschlusses und
- Keine zusätzliche Gefährdung der Forderungen der Gläubiger.

Was dies konkret bedeutet, ist ziemlich unklar:

---

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2010 E. 3.3; BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; BGE 117 II 290 E. 6a S. 308; Urteil des Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4; von der Crone, Geschäftsermessens, 108, 111 ff.; Böckli, § 16 Rz 245 ff.

<sup>22</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Gerichtsurteile in den sechs Swissair-Prozessen bezüglich der Entscheidungsfindung der Richter, welche zur Abweisung sämtlicher Klagen führte bei Isler/Schmid, 12 ff.

aa) Zur 90 Tage Frist

Wie muss festgestellt werden durch die verantwortlichen Organe, dass nach 90 Tagen die Überschuldung behoben ist, also das Eigenkapital mindestens einen Franken beträgt? Müsste dazu analog zur ersten Zwischenbilanz, welche die Überschuldung ausweist, wieder ein Zwischenabschluss erstellt werden? Wenn ja, müsste dieser Abschluss bereits 90 Tage nach dem Vorliegen des ersten Zwischenabschlusses erstellt sein, wie aus dem Wortlaut von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR geschlossen werden könnte? Das würde aber die Frist für die Handlungen zur Rettung der Gesellschaft erheblich verkürzen! Oder sollte der Abschluss spätestens per Datum 90 Tage nach dem Vorliegen des ersten Zwischenabschlusses ausgearbeitet werden, was die Handlungsperiode zur Sanierung entsprechend verlängern würde?

Nach dem Wortlaut von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR scheint die gesetzliche Frist von „spätestens aber 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse“ zur Feststellung der allfälligen Behebung der Überschuldung dem Geschäftsermessen der verantwortlichen Organe der sanierungsbedürftigen Gesellschaft entzogen zu sein. Mit anderen Worten: Es würde dann nicht mehr die Praxis für die (zurückhaltende) Beurteilung von Geschäftsentscheidungen durch die Gerichte, nicht mehr die Abwägung von Chancen und Risiken und die Wahrung des Gesellschaftsinteresses nach bestem Wissen und Gewissen gelten. Vielmehr wäre eine justizmässige Nachkontrolle mit voller Kognition möglich und der Sachverhalt würde nicht mehr in den dargelegten Bereich der Überprüfungsbeschränkung fallen. Zumindest so könnte man die jüngste Praxis des Bundesgerichts und die Literatur verstehen<sup>23</sup>.

Ob dies allerdings sinnvoll ist in Situationen, in welchen die eingeleiteten Sanierungsbemühungen auf gutem Wege sind (z.B. durch den eingeleiteten aber noch nicht abgeschlossenen Verkauf von Unternehmensteilen mit einem bilanzmässigen Gewinn), aber alles wie so oft im Leben mehr Zeit braucht als die gesetzlich vorgegeben 90 Tage, darf bezweifelt werden. Wie Peter Forstmoser in seinem sehr anschaulichen Aufsatz „Der Richter als Krisenmanager?“ den Sanierungsfall der Mikron Holding beschreibt, geht es letztlich um die Frage, wie die Aufgaben zwischen Richter (bzw. dem Gesetzgeber) und Verwaltungsrat bei einer Gesellschaft aufzuteilen sind, wenn die Grenze der Überschuldung überschritten ist, aber bei welcher begründete Aussicht auf eine Sanierung besteht. Mit guten Gründen plädiert er für den Vorrang der verant-

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu von der Crone, Geschäftsermessen, 108 ff. und der darin besprochene BGer 4A\_623/2018 (nur auszugsweise publiziert in BGE 145 III 351 und besprochen in Derungs/von der Crone, 697 ff.); Böckli, § 11 Rz 246 ff. und insbes. § 11 Rz 259 ff.

wortlichen, unternehmerisch denkenden Organe, welche im besten Interesse der Gesellschaft handeln wollen, gegenüber der den gesetzlichen Normen verhafteten richterlichen Denkgungsweise<sup>24</sup>. Soll es im schweizerischen Recht so zugehen wie in der Habsburgermonarchie im 18. Jahrhundert, als ab 1757 der Militär-Maria-Theresien-Orden verliehen wurde, wenn ein Erfolg durch bewusstes Missachten eines Befehls erreicht wurde, aber – so die Überlieferung – bei einem Misserfolg die standesrechtliche Erschiessung drohte?<sup>25</sup> Hier hat der Gesetzgeber eine Baustelle geschaffen, deren Fertigstellung hoffentlich dem richterlichen Ermessen überlassen wird und durch praxistaugliche Entschiede unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zur Förderung der unternehmerischen Tapferkeit gegenüber einer buchhalterischen Ängstlichkeit führt<sup>26</sup>.

*bb) Zur zusätzlichen Gefährdung der Gläubiger*

Ebenso unklar bleibt, nach welchen Kriterien beurteilt werden soll, ob durch die Weiterführung der Sanierungsbemühungen „die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden“. Hier scheint schon vom Gesetzeswortlaut her eine „ex post Betrachtungsweise“ als richtig erachtet zu werden, was der klaren und richtigen bisherigen Praxis widerspricht. Vielmehr sollte hier der schon heute geltende Massstab für das sorgfältige Handeln der Organperson nach Art. 717 OR weiterhin gelten. Die Interessen des Unternehmens sollen den Interessen der Gläubiger vorgehen, zumindest solange eine Abwägung von Chancen und Risiken eine Weiterführung der Sanierungsbemühungen rechtfertigt<sup>27</sup>. Nach dieser Meinung soll Art. 725 Abs. 4 Ziff. 2 OR nicht als *lex specialis* zu Art. 717 OR gelten, sondern nur als eine von mehreren Messlatten für die Beurteilung der Pflicht von Verwaltungsrat und Geschäftsführung, mit aller Sorgfalt ihre Aufgaben im Interesse der Gesellschaft zu erfüllen. Die Beurteilung einer möglichen nachträglichen Gefährdung der Interessen der Gläubiger muss als Geschäftsentscheid qualifiziert werden und daher nicht der freien Überprüfbarkeit durch die Gerichte unterliegen.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> In diesem Sinn wohl auch Forstmoser/Küchler, 410 f.

<sup>25</sup> Vgl. Wikipedia, Militär-Maria-Theresien-Orden, Geschichte und Verleihungskriterien, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/wiki/Militär-Maria-Theresien-Orden>>.

<sup>26</sup> In diesem Sinn wohl auch Forstmoser/Küchler, 410 f.

<sup>27</sup> Vgl. auch Forstmoser/Küchler, 411; Böckli, § 11 Rz 262.

<sup>28</sup> Vgl. Isler, 214, wo betont wird, dass diese Rechtspraxis auch gegenüber zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen vorgeht.

## VI. Schlussbemerkungen aus Erfahrung der Autoren

### 1. Erkenntnisse von Karl Schädler aus dem Fall, welcher dem Muster-Sachverhalt zugrunde liegt

Meine Analyse des Verwaltungsrates und die gewonnene Erkenntnis der Immo AG möchte ich mit den „Zehn Hauptfehlern von Verwaltungsräten in KMU's“ abschliessen und auf die Immo AG angewandt beurteilen:

- a) *Falsche Zusammensetzung und ungenügende Qualifikation des Verwaltungsrates, insbesondere bezüglich Funktion des VR-Präsidenten und Fehlen von externen VR-Mitgliedern*

Wie bereits ausgeführt, ist der Verwaltungsrat aus Investoren und Investorenvertretern zusammengestellt worden. Das Verwaltungsratspräsidium wurde aufgrund der sehr guten Vernetzung in der regionalen Baubranche und aufgrund der erfolgreichen Projektakquisition nie in Frage gestellt. Die administrativen Schwächen wurden durch die anderen VR-Mitglieder ausgeglichen. Unter Druck musste sich die Immo AG von der vertrauensbasierten zur professionellen Organisation entwickeln.

- b) *VR-Mitglieder sind zu wenig kritisch, ungenügend vorbereitet und haben nicht die notwendige Unabhängigkeit*

Dies ist einer der ganz grossen Kritikpunkte, die sich der VR gefallen lassen muss, denn das unerschütterliche Vertrauen in das Erfolgsgespann VRP und Geschäftsführer (A und C, Mitgründer der Immo AG) führte dazu, dass die Vorbereitungen und die Projektbeurteilung wohl nicht immer in der erforderlichen Tiefe erfolgt ist. Die enge Verbindung mit der Bau AG, die vertrauensbasierte und vermeintlich gute Zusammenarbeit haben wenig Anlass gegeben, über eine fehlende Unabhängigkeit nachzudenken. Rückwirkend muss sich der Verwaltungsrat wohl als Schönwetterrat bezeichnen lassen, was sich schlagartig geändert hat. Der Verwaltungsrat musste seine Fähigkeiten als „Gestaltungsrat“ unter Beweis stellen.

- c) *Beeinflussung von VR-Entscheiden durch Interessenkonflikte und Eigeninteressen, insbesondere mangels Offenlegung von persönlichen Interessen und fehlenden Ausstandsregelungen*

Im vorliegenden Fall wurde das persönliche Zerwürfnis von A und C in der Bau AG viel zu lange verschwiegen. Mit der zunehmenden Eskalation dieses Streites wurde die Immo AG und der Verwaltungsrat zum Spielball von Eigeninteressen. Im OGR fehlte ein Passus, der die Ausstandsregelungen und die Offenlegung von persönlichen Interessen definierte. Die starke Vertrauensbasis und die starke Abhängigkeit von einzelnen Personen verhinderte in diesem Fall den Aufbau einer professionellen Organisation.

- d) *Fehlende oder ungenügende Strategiefindung und Strategiekontrolle*

Diesen Fehler hat die Immo AG und der VR der Immo AG nicht gemacht – Strategiefindung/Strategie Review u. Strategiekontrolle wurde mittels jährlichem Strategie-Offside sichergestellt.

- e) *Fehlendes oder ungenügendes Risk Management, insbesondere bezüglich Liquiditätsplanung und Nachfolgeregelung*

Das Risk-Management war zu rudimentär, da es ausschliesslich auf die Baurisiken reduziert war. Erst das in der Krise etablierte Finanz-Cockpit ist nun auf die Bedürfnisse von VR und Geschäftsführung ausgerichtet und schafft die erforderliche Transparenz für die finanzielle Führung und Projektevaluationen.

- f) *Zu geringer Sitzungsrhythmus, indem der Verwaltungsrat nur auf Veränderungen und Ereignisse reagiert und nicht von sich aus agiert*

Zu lange hat sich der VR in der Komfortzone bewegt. Ein mögliches Überschwappen der Probleme der Bau AG in die Immo AG wurde zu lange ignoriert – die Vertrauensbasis, die personelle Abhängigkeit verhinderte ein korrekatives Eingreifen und somit das Erkennen einer existenziellen Krise.

- g) *Mangelhafte Informationsbeschaffung und Informationsauswertung, insbesondere durch unzureichende oder verspätete Berichterstattung an den Verwaltungsrat*

Das rudimentäre Reporting war ein weiteres Indiz dafür, dass man sich in falscher Sicherheit gewiegt hat. Erst durch die Krise hat man die Projektkontrolle mit der finanziellen Führung im Finanz-Cockpit verknüpft.

h) *Zu späte oder fehlerhafte Entscheidungsfindung, insbesondere zufolge unvollständiger Entscheidungsunterlagen*

Das konsequente Einfordern von Entscheidungsunterlagen und Informationen von der Geschäftsleitung war in diesem Fall wohl das grösste Versäumnis des Verwaltungsrates und liess eine frühzeitige Problemerkennung nicht zu. Somit wurden auch keine Massnahmen getroffen, um die Krise zu vermeiden.

i) *Bei erfolgter Geschäftsführungsdelegation ungenügende Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, insbesondere unklare Aufgaben- und Kompetenzzuteilung*

Das bestehende OGR musste überarbeitet und ergänzt werden, um von einer vertrauensbasierten Organisation zu einer professionellen Organisation zu gelangen.

j) *Bei erfolgter Geschäftsführungsdelegation fehlt eine periodische Überprüfung der Geschäftsleitung und ungenügende GL-Mitglieder werden zu spät ausgewechselt.*

Bei beiden Punkten ist der Verwaltungsrat nun gefordert. In diesem Fall wurde die Geschäftsleitung erst in der Krise, welche sie mitausgelöst hat, ausgetauscht.

## **2. Erkenntnisse von Peter Isler aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen**

Meine persönlichen Erfahrungen, welche die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Krisenmanager unter dem Aspekt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit betreffen, basieren zu einem wesentlichen Teil aus dem Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, welche bereits am Verantwortlichkeitsseminar im Jahre 2020 zur Sprache kamen.

Auszugehen ist von der Feststellung, dass wirtschaftlich gesehen in sehr vielen Fällen die Sanierung eines Unternehmens, auch wenn sie mit finanziellen Konzessionen von Aktionären und Gläubigern, inkl. Banken verbunden ist, sehr viel weniger finanziellen Schaden anrichtet als ein Konkurs- oder Nachlassverfahren des Unternehmens. Dies hat in aller Deutlichkeit der Fall Swissair gezeigt, welcher für die schweizerische Wirtschaft und Politik ein echter Sündenfall war und das Image der Schweiz international erheblich schädigte.

Aber dies war kein Einzelfall. Schon früher hatte der Konkurs der Papierfabrik Biberist bzw. ihrer Muttergesellschaft Biber Holding, welche am schweizerischen Kapitalmarkt Anleiheobligationen ausgegeben hatte, für Unverständnis gesorgt. Nach begründeter Volksmeinung sind solche Obligationen von schweizerischen Industrieunternehmen eine sichere Kapitalanlage. Durch den Konkurs der Emittentin war diese Auffassung und das Vertrauen in die federführenden Banken, welche die Anleihen auf den Markt gebracht haben, erschüttert und das Vertrauen konnte nur wieder hergestellt werden, indem von Bankenseite geholfen wurde, dass die Obligationäre letztlich fast nicht zu Schaden kamen.

Ein weiteres unschönes Beispiel einer unterlassenen Rettung war die Spar- und Leihkasse Thun, welche ihre Schalter schliessen musste, weil keine der grösseren Banken – wie dies früher gängige Praxis war – sich bereit erklärte, diese kleine schweizerische Regionalbank zu übernehmen. Leider zeigten die weltweit verbreiteten Fernsehbilder von verzweifelten Kunden, welche vor der geschlossenen Bank standen, um ihr Geld abzuheben, dass dies ein Fehlentscheid war, welcher das Image des Bankenplatzes Schweiz erheblich beeinträchtigte.

Natürlich können nicht alle in eine Krise geratenen Unternehmen gerettet werden. Insbesondere wenn die Krise durch Betrugereien oder Transaktionen mit Interessenkonflikt von beteiligten Personen zum Nachteil des Unternehmens hervorgerufen worden ist, bestehen gute Gründe, das Unternehmen in Konkurs gehen zu lassen. Aber in vielen anderen Fällen besteht nach meiner Überzeugung nicht nur ein Recht, sondern auch eine *Pflicht* für die Organe eines Unternehmens in der Krise, auch bei drohender oder sogar festgestellter Überschuldung *nicht sofort den Richter zu benachrichtigen, um ja nichts Falsches zu machen*. Der Richter wird in aller Regel mit einem Sachwalter zumindest ein Nachlassverfahren anordnen und dies führt in der Mehrheit der Fälle zu einer Liquidation, bei welchem die dem Unternehmen noch zustehenden Werte zumindest stark vermindert werden und die Gläubiger der 3. Klasse leer ausgehen oder nur noch eine kleine Dividende erhalten.

Vielmehr sollen die Organe den Mut haben, gestützt auf die dargelegte Gerichtspraxis das Unternehmen zu retten und dazu einen von den Fehlern der Vergangenheit unbelasteten erfahrenen Krisenmanager beizuziehen. Dann sollen Verwaltungsräte, Aktionäre, Banken und weitere Finanzgläubiger die unter den gegebenen Umständen möglichen und zielführenden Massnahmen unterstützen und dabei nicht nur an sich, sondern auch an die Angestellten, Kunden und Lieferanten sowie an die Vermeidung des mit dem Untergang der

Gesellschaft unweigerlich verbundenen Reputationsschadens denken – und bei einer Rettung des Unternehmens zumindest gedanklich einen Maria-Theresien-Orden nach Schweizer Art erhalten.

## Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–964), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A, Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5.A, Zürich 2022.
- Derungs Merens/von der Crone Hans Caspar, Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, Bundesgerichtsurteil 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019, SZW 2019, 697 ff.
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022.
- Forstmoser Peter, Der Richter als Krisenmanager?, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff. (zit. Forstmoser, Krisenmanager).
- Glanzmann Lukas, Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), Rechnungslegung und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsrecht, Tagungsband 2021, EIZ Publishing, Zürich 2022, 95 ff. (zit. Glanzmann, VR-Pflichten).
- Glanzmann Lukas, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019, 465 ff. (zit. Glanzmann, Sanierung).
- Isler Peter, Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheidungen, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 203 ff.
- Isler Peter/Schmid Ernst, Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, in: Sethe Rolf/Isler Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Tagungsband 2020, Zürich 2021, 9 ff.
- Knecht Brigitte/Keller Livia, Die Sanierung im neuen Aktienrecht, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Die aktienrechtliche Sanierung, 11. Fachtagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2021, 121 ff.
- Meyer-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12 A., Bern 2018.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. A., Zürich 2021 (zit. Müller/Lipp/Plüss, Band I).
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band II, 5. A., Zürich 2021 (zit. Müller/Lipp/Plüss, Band II).
- Steininger Thomas Alexander, Insigeschäfte von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_488/2021 vom 4. März 2022 i. S. A. (Beschwerdeführer) gegen die Z. AG (Beschwerdegegnerin), SZW 2022, 499 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2.A, Bern 2020 (zit. von der Crone, Aktienrecht).

von der Crone Hans Caspar, Geschäftsermessens im Aktienrecht, ZSR 2022 I, 103 ff. (zit. von der Crone, Geschäftsermessens).

# Umgang mit Verantwortlichkeitsansprüchen in Konkursverfahren

Karl Wüthrich

## Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	40
II.	<a href="#">Rechtliche Überlegungen</a>	40
1.	<a href="#">Welche Verantwortlichkeitsansprüche gehören zur Konkursmasse?</a>	40
2.	<a href="#">Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens</a>	41
a)	<a href="#">Die verschiedenen Theorien</a>	41
b)	<a href="#">Wirkungen der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit in der Praxis</a>	42
aa)	<a href="#">Umfang des Schadens</a>	42
bb)	<a href="#">Einreden der Beklagten</a>	42
cc)	<a href="#">Würdigung</a>	42
3.	<a href="#">Verhältnis Konkursverwaltung zu Gläubiger und Aktionären</a>	43
a)	<a href="#">Klageberechtigung</a>	43
b)	<a href="#">Verteilung des Prozessgewinns</a>	44
4.	<a href="#">Einstellung des Konkurses</a>	46
III.	<a href="#">Mögliches Vorgehen der Konkursverwaltung</a>	47
1.	<a href="#">Einleitung</a>	47
2.	<a href="#">Finanzielle Situation der Konkursmasse</a>	48
a)	<a href="#">Grundlagen</a>	48
b)	<a href="#">Mögliche Szenarien</a>	48
aa)	<a href="#">Der Wert der inventarisierten, leicht verwertbaren Aktiven reicht nicht aus, um die privilegierten Forderungen zu decken</a>	48
bb)	<a href="#">Der Wert der inventarisierten, leicht verwertbaren Aktiven übersteigt die kollozierten privilegierten Forderungen; für die Forderungen in der dritten Klasse wird auf jeden Fall eine Konkursdividende anfallen</a>	49
3.	<a href="#">Erfolgreiche Vollstreckbarkeit eines Urteiles gegen die Beklagten</a>	49
a)	<a href="#">Wohnsitz oder Sitz der Beklagten</a>	50
b)	<a href="#">Bonität der Beklagten</a>	50
4.	<a href="#">Grobbeurteilung der materiellen Prozesschancen</a>	51
a)	<a href="#">Einleitung</a>	51
b)	<a href="#">Business Judgment Rule</a>	51
c)	<a href="#">Rechtmässiges Alternativverhalten</a>	52
5.	<a href="#">Szenarien für das weitere Vorgehen der Konkursverwaltung</a>	52
a)	<a href="#">Das Resultat der Grobbeurteilung ist schlecht</a>	52

b)	<a href="#">Das Resultat der Grobbeurteilung ist mittelmässig</a>	52
c)	<a href="#">Das Resultat der Grobbeurteilung ist gut</a>	53
6.	<a href="#">Einleitung einer Klage</a>	54
IV.	<a href="#">Schlussbemerkung</a>	55
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	55

## I. Einleitung

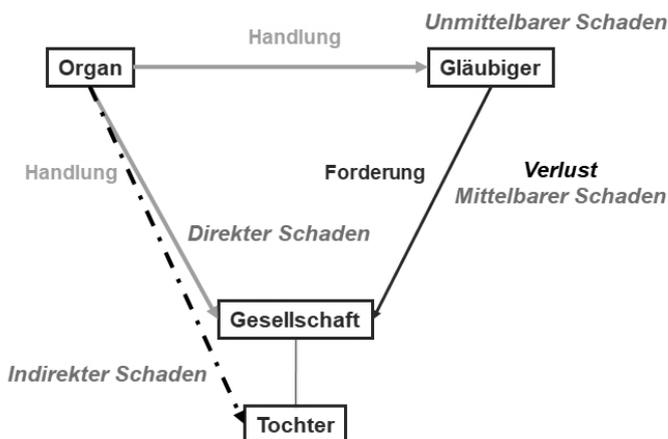
In Konkursverfahren über Handelsgesellschaften und Genossenschaften nehmen die Konkursverwaltungen routinemässig Verantwortlichkeitsansprüche ins Konkursinventar auf. Damit geht einher, dass sie darüber entscheiden müssen, ob sie diese – regelmässig bestrittenen – Ansprüche selbst durchsetzen oder auf die Geltendmachung verzichten und den Gläubigern das Prozessführungsrecht im Sinne von Art. 260 SchKG zur Abtretung anbieten wollen.

Nachfolgend wird aufgezeigt, wie die Entscheidungsfindung bei den Konkursverwaltungen aussehen kann.

## II. Rechtliche Überlegungen

### i. Welche Verantwortlichkeitsansprüche gehören zur Konkursmasse?

Durch Handlungen der Organe und der Revisionsstelle können – wie die nachfolgende Darstellung zeigt – bei verschiedenen Personen unterschiedliche Schäden entstehen.



Handlungen der Organe, welche die Gesellschaft direkt schädigen, führen zu einem direkten Schaden der Gesellschaft und gleichzeitig zu einem mittelbaren Schaden der Gläubiger und Aktionäre. Dieser Schaden wird von Art. 757 OR erfasst (siehe Ziff. [II.2.b\)aa](#)) nachstehend).

Verursacht ein Organ durch eine Handlung direkt beim Gläubiger einen Schaden, z.B. wenn der Verwaltungsrat mit einer gefälschten Bilanz bei einer Bank einen Kredit erwirkt, so ist der Gläubiger unmittelbar geschädigt. Er kann seinen Schaden jederzeit direkt – unabhängig von Art. 757 OR – geltend machen.

Wird durch die Handlung eines Organs eine Tochtergesellschaft geschädigt, so ist die Muttergesellschaft nur indirekt – durch die Wertverminderung der Tochtergesellschaft – geschädigt. Die Konkursverwaltung, die Gläubiger und die Aktionäre der Muttergesellschaft können diesen Schaden nicht nach Art. 757 OR geltend machen. Die Geltendmachung des Schadens bleibt der Tochtergesellschaft respektive deren Konkursverwaltung, Gläubigern oder Aktionären vorbehalten.

## 2. Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens

### a) *Die verschiedenen Theorien*

In der Literatur bestehen unterschiedliche Auffassungen über die Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens. In der älteren Literatur wurden die Rechte der Gläubiger und Aktionäre aus Art. 757 Abs. 2 OR als eine Art Prozessstandschaft qualifiziert, die den Gläubigern und Aktionären das Recht einräumt, die Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen<sup>1</sup>. Das Bundesgericht entwickelte dann seine Praxis Richtung Anerkennung der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs. Bei dieser Theorie wird der Anspruch der Gläubiger als materiellrechtlich verschiedener, selbstständiger Anspruch im Verhältnis zum Anspruch der Gesellschaft beurteilt<sup>2</sup>. Mit BGE 117 II 432 machte das Bundesgericht eine Kehrtwende und führte neu die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit in seine Praxis ein. Danach sind Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 757 OR nicht individuelle Ansprüche der einzelnen Gläubiger. Vorab ist nur die Konkursmasse befugt, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Sie stützt sich dabei auf einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit. Verzichtet die Konkursverwaltung auf ihre Befugnis, so kann sich jeder Gläubiger für diesen Anspruch das Klagerrecht abtreten lassen. Er klagt dann aus dem Recht der Gläubigergesamtheit.

---

<sup>1</sup> ZK-Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 OR, N 50 ff.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 4.

<sup>2</sup> BGE 111 II 182 E. 3a S. 183; 111 II 373 E. 4b S. 374 f.; 113 II 277 E. 3 S. 278 f.

Somit ist Art. 757 Abs. 2 OR ein Anwendungsfall von Art. 260 SchKG<sup>3</sup>. Das Bundesgericht hat die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit trotz Kritik in der Literatur in neueren Entscheiden bestätigt<sup>4</sup>.

b) *Wirkungen der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit in der Praxis*

aa) *Umfang des Schadens*

Der Umfang des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit entspricht dem Schaden, den die Organe durch ihre Handlungen der Gesellschaft direkt und den Gläubigern mittelbar zugefügt haben (siehe Ziff. [II.1.](#) vorstehend)<sup>5</sup>. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, so können die klagenden Gläubiger diesen Schaden vollumfänglich geltend machen (Art. 757 Abs. 2 OR oder Art. 260 Abs. 1 SchKG). Der persönlich im Konkurs der Gesellschaft erlittene Verlust des einzelnen klagenden Gläubigers spielt erst bei der Verteilung des Prozessgewinns eine Rolle (siehe Ziff. [II.3.b\)](#) nachstehend).

bb) *Einreden der Beklagten*

Gegen den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit können die Beklagten Organe nicht alle Einreden gegen die Abtretungsgläubiger oder die Gesellschaft erheben, sondern nur diejenigen, welche die Gläubigergesamtheit betreffen. Die Einreden aus der Déchargeerteilung (Art. 758 OR) oder aus „volenti non fit iniuria“ sind ausgeschlossen<sup>6</sup>. Zulässig ist dagegen die Einrede der Verrechnung einer Gegenforderung eines Organs gegen die Gesellschaft, die bereits vor der Konkurseröffnung bestanden hatte<sup>7</sup>.

cc) *Würdigung*

Die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit ist vor allem aus praktischen Gründen zu begrüssen. Sie beendet die Diskussion über die Frage, in welchem Umfang Schaden geltend gemacht werden kann, wenn die

---

<sup>3</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/ff S. 439 f.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 13 f.

<sup>4</sup> BGE 132 III 342 E. 2.3.1 S. 347; 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570; 136 III 107 E. 2.5.1 S. 109.

<sup>5</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/hh S. 441; 122 III 195 E. 9a S. 201.

<sup>6</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/gg S. 440; 132 III 342 E. 4.1 S. 349; 136 III 107 E. 2.5.1 S. 109.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 20.

<sup>7</sup> BGE 132 III 342 E. 4.4 S. 351; 136 III 107 E. 2.5.1 S. 109.

Konkursverwaltung, Gläubiger oder Aktionäre klagen. Durch die Vereinheitlichung der Einredeordnung wird vermieden, dass je nach Kläger unterschiedliche Urteile ergehen können.

### 3. Verhältnis Konkursverwaltung zu Gläubiger und Aktionären

#### a) Klageberechtigung

Im Konkurs der Gesellschaft ist vorerst nur die Konkursverwaltung berechtigt, den einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR)<sup>8</sup>. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung, so sind die Gläubiger berechtigt, den gesamten Anspruch der Gläubigersamtheit einzuklagen. Ihr Klagerecht ist nicht auf den Verlust auf ihren Forderungen beschränkt (siehe Ziff. [II.2.b\)aa](#)) vorstehend)<sup>9</sup>. In der Praxis bieten die Konkursverwaltungen den Gläubigern das Prozessführungsrecht im Sinne von Art. 260 SchKG an, wenn sie auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verzichten. Art. 757 Abs. 3 OR enthält ausdrücklich einen Hinweis auf Art. 260 SchKG. Gemäss Literatur hat dieser Hinweis aber nur deklaratorischen Charakter<sup>10</sup>. Zwischen dem Anspruch aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR und demjenigen, für den sich die Gläubiger nach Art. 260 SchKG das Prozessführungsrecht abtreten lassen, besteht nach der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit kein Unterschied. Art. 757 Abs. 3 OR verleiht keine weiteren Rechte<sup>11</sup>.

Umstritten ist die Frage, ob die Aktionäre im Konkurs der Gesellschaft nach dem Verzicht der Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen noch berechtigt sind, diese Ansprüche einzuklagen. Der Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR ist klar: „*Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. [...]*“ Trotzdem hat das Bundesgericht entschieden, dass im Konkurs der Gesellschaft kein Raum mehr für Ansprüche der Aktionäre bleibe<sup>12</sup>. Diese Auffassung des Bundesgerichts wird in der Literatur meines Erachtens zu Recht kritisiert<sup>13</sup>. Sie verstösst gegen den Gesetzeswortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR. Die Aktionäre müssen die Möglichkeit haben, Verantwort-

---

<sup>8</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/ee S. 439; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 18.

<sup>9</sup> BGE 122 III 195 E. 9a S. 201; 117 II 432 E. 1b/gg; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 23.

<sup>10</sup> BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 34.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 35.

<sup>12</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/ee S. 439.

<sup>13</sup> BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 21 f.

lichkeitsansprüche geltend zu machen, wenn die Konkursverwaltung darauf verzichtet. Bei der Verteilung eines allfälligen Prozessgewinns wird der speziellen Stellung des Aktionärs Rechnung getragen (siehe Ziff. [II.3.b](#)) nachstehend).

Wollen mehrere Gläubiger oder Aktionäre Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen, so müssen sie gemeinsam eine Klage einleiten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bilden sie eine (uneigentliche) Streitgenossenschaft<sup>14</sup>. Damit wird verhindert, dass zwei Urteile in gleicher Sache ergehen.

*b) Verteilung des Prozessgewinns*

Ist die Klage von Gläubigern oder Aktionären gegen die Organe erfolgreich, so wird der Prozessgewinn (nach Deckung der für die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche entstandenen Kosten) in Anwendung von Art. 757 Abs. 2 OR wie folgt verteilt<sup>15</sup>: Zuerst werden die Forderungen der klagenden Gläubiger vollständig getilgt. Von einem allfälligen Überschuss erhalten die klagenden Aktionäre einen Anteil, der ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entspricht. Der Überrest fällt an die Konkursmasse.

Die Resultate dieses gesetzlichen Verteilungsmechanismus für unterschiedliche Klägerkonstellationen werden nachfolgend aufgezeigt. Bei allen Szenarien wird ein Prozessgewinn von CHF 200'000 verteilt.

Szenario 1: Kläger sind Gläubiger mit kollozierten Forderungen von CHF 500'000 und ein Aktionär mit einer Beteiligung an der Gesellschaft von 20%.

<b>Partei</b>	<b>Forderung/ Beteiligung</b>	<b>Anteil am Ergebnis</b>	<b>Bemerkung</b>
Gläubiger	CHF 500'000	CHF 200'000	Kein Überschuss
Aktionär	20%	0	
Konkursmasse		0	

<sup>14</sup> BGE 144 III 552 E. 4.1.1 S. 554 f.

<sup>15</sup> BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 31 ff.; von der Crone, N 1892.

Szenario 2: Kläger sind Gläubiger mit kollozierten Forderungen von CHF 100'000 und ein Aktionär mit einer Beteiligung an der Gesellschaft von 20%.

Partei	Forderung/ Beteiligung	Anteil am Ergebnis	Bemerkung
Gläubiger	CHF 100'000	CHF 100'000	Überschuss: CHF 100'000
Aktionär	20%	CHF 20'000	
Konkursmasse		CHF 80'000	

Szenario 3: Kläger ist ein Aktionär mit einer Beteiligung an der Gesellschaft von 20%.

Partei	Forderung/ Beteiligung	Anteil am Ergebnis
Aktionär	20%	CHF 40'000
Konkursmasse		CHF 160'000

Diese Übersicht über die Verteilung bei verschiedenen Klägerkonstellationen zeigt, dass eine Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 757 Abs. 2 OR im Wesentlichen nur für die Gläubiger interessant ist. Sie können im besten Fall erreichen, dass ihre Forderungen aus dem Prozessergebnis vollständig gedeckt werden. Für die Aktionäre sieht die Sache ganz anders aus. Sie nehmen an der Verteilung des Prozessgewinns erst teil, wenn die Forderungen der klagenden Gläubiger vollständig gedeckt sind. Aber auch dann wird der Überschuss nicht unter den klagenden Aktionären verteilt. Sie erhalten von diesem Überschuss nur den Anteil, der ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entspricht. Der Rest fällt an die Masse.<sup>16</sup> Sofern die klagenden Aktionäre zusammen nicht zu 100% Eigentümer der Gesellschaft sind, führen sie den Verantwortlichkeitsprozess zum Teil immer auch für die Konkursmasse. Die klagenden Aktionäre tragen das volle Prozessrisiko. Trotzdem müssen Sie das Prozessergebnis mit der Konkursmasse teilen, wenn sie den Prozess gewinnen. Diese erhält ohne eigenes Zutun und ohne ein Risiko zu tragen einen Teil des Prozessgewinns.

---

<sup>16</sup> BSK OR II-Gericke/ Waller, Art. 757, N 31 ff.; von der Crone, N 1892.

Auf den ersten Blick mag dieses Ergebnis als ungerecht und nicht nachvollziehbar erscheinen. Bei einem zweiten Blick ist aber erkennbar, dass das Ergebnis demjenigen gemäss Art. 756 Abs. 1 OR entspricht. Vor dem Konkurs kann ein Aktionär gegen die verantwortlichen Organe nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Ein allfälliges Prozessergebnis fliesst in die Gesellschaft. Dadurch wird das Eigenkapital der Gesellschaft und damit der Wert der Gesellschaftsanteile erhöht. Der klagende Aktionär profitiert auch in diesem Fall nur anteilmässig im Umfang der von ihm gehaltenen Gesellschaftsanteile vom Prozessserfolg.

#### 4. Einstellung des Konkurses

Wird der Konkurs in Anwendung von Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt, so können die Gläubiger ihre Rechte aus Art. 757 Abs. 2 OR trotzdem geltend machen<sup>17</sup>. Sie sind mittelbar geschädigt. Daher muss ihnen die Möglichkeit geboten werden, diesen Schaden gegenüber den verantwortlichen Organen der Gesellschaft einzuklagen. Würde man den Gläubigern das Klagerrecht gemäss Art. 757 Abs. 2 OR nach der Einstellung des Konkurses verweigern, so müssten sie die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen und Sicherheit für die nicht gedeckten Kosten leisten (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Den Gläubigern würde somit nur eine unnötige Hürde für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen in den Weg gestellt. Meines Erachtens enthält der Antrag der Konkursverwaltung auf Einstellung des Konkurses mangels Aktiven im Übrigen implizite eine Verzichtserklärung auf die Verwertung von Aktiven, insbesondere auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen.

Wer Gläubiger ist, wird bei Durchführung des Konkurses im Kollokationsverfahren ermittelt. Gläubiger, deren Forderungen rechtskräftig kolloziert sind, sind berechtigt sich das Prozessführungsrecht für bestrittene Forderungen abtreten zu lassen. Ihre Gläubigerstellung kann vom Prozessgegner nicht mehr infrage gestellt werden<sup>18</sup>. Wird der Konkurs eingestellt, so wird auch kein Kollokationsplan erstellt. Der Gläubiger muss bei einer Klage gemäss Art. 757 Abs. 2 OR seine Gläubigerstellung beweisen<sup>19</sup>. Die Beklagten können alle Einreden gegen die vom Gläubiger gegen die Gesellschaft geltend gemachte For-

---

<sup>17</sup> BGE 110 II 396 E. 2 S. 396 ff.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 26; Böckli, § 18 Rz 282a und 352; CHK-Binder/Roberto, Art. 757, N 14.

<sup>18</sup> BGE 145 III 101 E. 4.1.1 S. 103 f.; 132 III 342 E. 2.3 S. 347; BSK SchKG-Bachofner, Art. 260, N 13 und 39; CHK OR-Binder/Roberto, Art. 757, N 13.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_36/2021 vom 1. November 2021 E. 3.2; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 26.

derung erheben. Das Gericht muss vorfrageweise den Bestand der Forderung des Gläubigers prüfen. Kommt es zum Schluss, dass der Gläubiger keine Forderung gegen die Gesellschaft besitzt, so darf es auf die Klage nicht eintreten, weil dem Gläubiger dann die Aktivlegitimation fehlt<sup>20</sup>.

Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Publikation der Einstellung des Konkurses werden Personengesellschaften und juristische Personen von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (Art 159a Abs. 1 lit. a HRegV). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Gläubiger, die in Anwendung von Art. 757 Abs. 2 OR gegen Organe der Gesellschaft geklagt haben und deren Klage im Zeitpunkt der Löschung noch hängig ist, beim Handelsregisteramt einen Einspruch gegen die Löschung der Gesellschaft erheben müssen. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Art. 260 SchKG entschieden, dass ein Gläubiger für einen bestrittenen Anspruch der Gesellschaft, für den ihm das Prozessführungsrecht abgetreten worden ist, auch nach Abschluss des Konkurses und Löschung der Gesellschaft im Handelsregister eine Klage einreichen kann. Die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister hat keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers<sup>21</sup>. Art. 757 Abs. 2 OR ist lediglich ein Anwendungsfall von Art. 260 SchKG (siehe Ziff. [II.2.a](#)) vorstehend)<sup>22</sup>. Entsprechend darf die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister auch in diesem Fall keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation der klagenden Gläubiger haben. Der zitierte Entscheid des Bundesgerichts muss meines Erachtens auch auf Art. 757 Abs. 2 OR angewendet werden<sup>23</sup>.

### III. Mögliches Vorgehen der Konkursverwaltung

#### 1. Einleitung

Die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen erfordert aufwändige, kostenträchtige Abklärungen. Im Weiteren müssen Gerichtskosten vorgeschossen werden. Die Erfolgchancen sind – ausser bei nachgewiesenen deliktischen Handlungen der Organe – meistens nur schwierig abschätzbar. Ebenso ist häufig offen, ob die Beklagten Organe überhaupt in der Lage wären, Schadenersatz im geforderten Umfang zu leisten. Für den Entscheid der Konkursverwaltung betreffend Vorgehen im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsansprüchen sind deshalb die drei Elemente „finanzielle Situation der

---

<sup>20</sup> SK SchKG-Schober, Art. 260, N 1.

<sup>21</sup> BGE 146 III 441 E. 2.5 S. 450.

<sup>22</sup> BGE 117 II 432 E. 1b/ff S. 439 f.; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 757, N 13.

<sup>23</sup> A.M. BSK SchKG-Bachofner, Art. 260, N 9.

Konkursmasse“ (siehe Ziff. [III.2.](#) nachstehend), „Vollstreckbarkeit eines Urteils gegen die Beklagten“ (siehe Ziff. [III.3.](#) nachstehend) und „materielle Prozesschancen“ (siehe Ziff. [III.4.](#) nachstehend) von grosser Bedeutung.

## 2. Finanzielle Situation der Konkursmasse

### a) Grundlagen

Die Aktivseite der Konkursmasse wird im Inventar und die Passivseite im Kollokationsplan dargestellt. Nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des Kollokationsplans (Art. 250 SchKG) ist die Konkursverwaltung in der Lage, die finanzielle Situation der Konkursmasse zu beurteilen. Sie kennt dann den geschätzten Wert der inventarisierten Aktiven und weiss, wie viele Forderungen in welcher Klasse im Kollokationsplan rechtskräftig anerkannt worden sind und in welchem Umfang allenfalls Kollokationsklagen eingereicht oder die Beurteilung von Forderungen ausgesetzt wurden. Sie kann somit erkennen, welches der beiden nachfolgend dargestellten Szenarien im konkreten Fall gegeben ist.

### b) Mögliche Szenarien

aa) *Der Wert der inventarisierten, leicht verwertbaren Aktiven reicht nicht aus, um die privilegierten Forderungen zu decken*

Bei dieser Ausgangslage ist es nicht vertretbar, die Konkursmasse mit Kosten für die Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu belasten. Damit würde in erster Linie das Ergebnis für die Gläubiger mit privilegierten Forderungen, insbesondere für die Arbeitnehmer, geschmälert. Es drängt sich in solchen Situationen auf, dass die Konkursverwaltung der Gläubigersamtheit den Antrag stellt, auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verzichten. Folgt die Gesamtheit der Gläubiger diesem Antrag, so muss die Konkursverwaltung den Gläubigern das Prozessführungsrecht für die Verantwortlichkeitsansprüche zur Abtretung anbieten (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Mit dieser Vorgehensweise wird jedem Gläubiger die Möglichkeit geboten, Verantwortlichkeitsansprüche auf eigenes Risiko geltend zu machen, ohne dass die verzichtenden Gläubiger mit Kosten belastet werden.

*bb) Der Wert der inventarisierten, leicht verwertbaren Aktiven übersteigt die kollozierten privilegierten Forderungen; für die Forderungen in der dritten Klasse wird auf jeden Fall eine Konkursdividende anfallen*

Bei dieser Konstellation ist in erster Linie entscheidend, wie hoch der Betrag ist, der zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Die Höhe der zu erwartenden Konkursdividende ist von zweitrangiger Bedeutung.

Steht ein Betrag von CHF 100'000 zur Verteilung an wenige Gläubiger mit einer Forderungssumme von insgesamt CHF 200'000 zur Verfügung, so beträgt die Konkursdividende 50%. Trotzdem ist es in einer solchen Konstellation angezeigt, auf nähere Abklärungen betreffend Verantwortlichkeitsansprüche zu verzichten. Würde die Konkursverwaltung CHF 50'000 für solche Abklärungen einsetzen, so würde dadurch die Konkursdividende halbiert. Der Konkursverwaltung ist deshalb zu empfehlen, der Gläubigergesamtheit den Antrag auf Verzicht auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu unterbreiten und – sofern diese dem Antrag zustimmt – den Gläubigern die Abtretung des Prozessführungsrechts für die Ansprüche anzubieten. Den Gläubigern wird dadurch die Möglichkeit geboten, selbst zu entscheiden, ob sie sich mit einer Konkursdividende von 50% zufriedengeben, oder ob sie auf eigenes Risiko noch Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen wollen. Die verzichtenden Gläubiger werden nicht mit Kosten für die Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen belastet.

Anders sieht die Situation aus, wenn ein Betrag von CHF 1'000'000 zur Verteilung an eine grössere Anzahl von Gläubigern mit einer Forderungssumme von insgesamt CHF 50'000'000 zur Verfügung steht. Die Konkursdividende beträgt in diesem Fall zwar nur 2%. Setzt die Konkursverwaltung auch in diesem Fall einen Betrag von CHF 50'000 für die Abklärung der Chancen betreffend Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen ein, so wird dadurch die Konkursdividende aber nur um 0.1% verringert. Die Belastung der einzelnen Gläubiger ist minimal. In einem solchen Fall ist es angezeigt, dass die Konkursverwaltung die Realisierbarkeit von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe im Sinne der nachfolgend dargestellten Vorgehensweise untersucht und den Gläubigern je nach Ergebnis Anträge stellt.

### **3. Erfolgreiche Vollstreckbarkeit eines Urteiles gegen die Beklagten**

Kommt die Konkursverwaltung auf der Basis der finanziellen Situation der Konkursmasse zum Schluss, dass es angezeigt ist, die Realisierbarkeit von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe näher abzuklären, so muss sie in einem ersten Schritt die Vollstreckbarkeit eines allfälligen Urteils überprü-

fen. Unabhängig von den Prozesschancen macht es keinen Sinn, eine Verantwortlichkeitsklage einzureichen, wenn ein positives Urteil gegen die möglichen Beklagten, z.B. wegen fehlender Zahlungsfähigkeit, nicht vollstreckt werden kann. Erst wenn die Aussichten auf eine erfolgreiche Vollstreckung eines allfälligen Urteils gut sind, lohnt es sich die materiellen Chancen für eine Verantwortlichkeitsklage zu prüfen.

a) *Wohnsitz oder Sitz der Beklagten*

Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig (Art. 40 ZPO). Der Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft bleibt auch nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister erhalten<sup>24</sup>. Er ist insbesondere dann interessant, wenn Beklagte ihren Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben. Eine Konkursverwaltung sollte davon absehen, für Verantwortlichkeitsansprüche nach Schweizer Recht eine Klage im Ausland zu führen. Einerseits fallen erfahrungsgemäss hohe Kosten an. Andererseits ist das ausländische Gericht nicht mit dem Schweizer Recht vertraut.

Besteht die Absicht, ein in der Schweiz ergangenes Urteil gegen eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland zu vollstrecken, so muss sicher sein, dass ein Urteil des zuständigen Gerichts am Sitz der Gesellschaft im betreffenden ausländischen Staat auch vollstreckbar ist.

b) *Bonität der Beklagten*

Dank Internet kann heute oft ohne grossen Zeitaufwand ein gutes Bild über eine juristische oder natürliche Person und deren Umfeld erstellt werden. Internet-Plattformen wie Teledata, Zefix, LinkedIn, Facebook oder Instagram enthalten viele Informationen über Personen, insbesondere über solche, die in der Öffentlichkeit positiv oder negativ bekannt sind. Weiter können ein Betreibungsregisterauszug oder – je nach Kanton – die Steuerdaten eingeholt werden. Mit diesen Mitteln kann jede Person in eine der drei Kategorien „Bonität gut“, „Bonität schlecht“ oder „Bonität unbekannt, keine Anhaltspunkte für gute oder schlechte Bonität“ eingeteilt werden.

Setzt sich das Feld der möglichen Beklagten nur aus Personen der Kategorie „Bonität schlecht“ zusammen, so ist es angezeigt, die Untersuchungen über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nicht weiterzuführen.

---

<sup>24</sup> ZPO Kommentar-Steininger, Art. 40, N 6.

ren. Den Gläubigern muss dann ein Verzichtsantrag unterbreitet und ihnen die Abtretung des Prozessführungsrechts hinsichtlich dieser Ansprüche im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG angeboten werden.

#### 4. Grobbeurteilung der materiellen Prozesschancen

##### a) Einleitung

Um mit einer Verantwortlichkeitsklage erfolgreich zu sein, müssen die beiden hohen Hürden „Verletzung der Sorgfaltspflicht“ und „adäquater Kausalzusammenhang“ überwunden werden. Für die Beurteilung der Einhaltung der gebotenen Sorgfaltspflicht wenden Literatur und Praxis heute die aus dem amerikanischen Recht stammende „Business Judgment Rule“ an<sup>25</sup>. Beim adäquaten Kausalzusammenhang hat das Bundesgericht die Figur des „rechtmässigen Alternativverhaltens“ eingeführt<sup>26</sup>.

Für eine Grobbeurteilung der Chancen für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen reicht es aus, die folgenden zwei Fragen zu beantworten: Gibt es im konkreten Fall Anhaltspunkte dafür, dass Elemente der Business Judgment Rule nicht eingehalten wurden? Kann ein Szenario für ein rechtmässiges Alternativverhalten dargestellt werden, das nicht zum Schaden geführt hätte?

##### b) Business Judgment Rule

Die Business Judgment Rule besagt, dass das Gericht Geschäftsentscheide nicht überprüfen darf, wenn folgende Elemente erfüllt sind:

- Die Erreichung des Gesellschaftszwecks wird durch den Entscheid nicht beeinträchtigt.
- Der Entscheid verstösst gegen keine gesetzlichen Vorschriften.
- Der Entscheid wurde unabhängig und unbefangen gefällt; keine Interessenkonflikte.
- Die Entscheidungsfindung fand in einem sorgfältigen Prozess statt.
- Der Entscheid verletzt nicht die Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben.

---

<sup>25</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; Urteil des Bundesgerichts 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1; Bühler, 30 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, 636 ff.

<sup>26</sup> BGE 139 V 176 E. 12.4.2 S. 196 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.2.7.

c) *Rechtmässiges Alternativverhalten*

Das Bundesgericht verlangt in der neueren Rechtsprechung bei Verantwortlichkeitsansprüchen, dass der Kläger behauptet und nachweist, wie sich die Organe rechtmässig hätten verhalten sollen und dass dieses Verhalten nicht zum Schaden geführt hätte<sup>27</sup>. In komplexen Fällen ist das keine leichte Aufgabe. Die Beklagten werden das vom Kläger aufgezeigte Szenario und insbesondere die Folgerung, es wäre in diesem Szenario kein Schaden entstanden, bestreiten. Sie werden versuchen, die Sicht des Gerichts zu vernebeln. Im Zweifelsfall wird das Gericht gegen den Kläger entscheiden, weil er die Beweislast trägt<sup>28</sup>.

5. **Szenarien für das weitere Vorgehen der Konkursverwaltung**

a) *Das Resultat der Grobbeurteilung ist schlecht*

Die Grobbeurteilung der materiellen Prozesschancen ergibt, dass

- keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Organe gegen die Business Judgment Rule verstossen haben; oder
- kein überzeugendes Szenario für ein rechtmässiges Alternativverhalten dargestellt und nachgewiesen werden kann.

In diesem Fall ist es wiederum angezeigt, den Gläubigern zu beantragen, auf Verantwortlichkeitsansprüche zu verzichten, und ihnen – sofern sie diesem Antrag zustimmen – die Abtretung des Prozessführungsrechts für diese Ansprüche gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG anzubieten. Die Konkursmasse sollte nicht mehr mit zusätzlichen Kosten für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen belastet werden.

b) *Das Resultat der Grobbeurteilung ist mittelmässig*

Das Resultat der Grobbeurteilung sieht wie folgt aus:

- Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass die Organe gegen die Business Judgment Rule verstossen haben. Beispielsweise ist fraglich, ob alle gesetzlichen Vorschriften oder die Ausstandsregeln eingehalten oder ein ordentlicher Entscheidungsfindungsprozess durchgeführt wurden.
- Ein Szenario für ein rechtmässiges Alternativverhalten lässt sich gut darstellen. Es sind aber nicht unerhebliche Gegenargumente erkennbar.

---

<sup>27</sup> BGE 139 V 176 E. 12.4.2 S. 196 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.3.

<sup>28</sup> von der Crone, 829 f.

Bei einer solchen Grobbeurteilung ist das Prozessrisiko für die Konkursmasse sehr erheblich. Andererseits können sich die Organe auch nicht in Sicherheit wiegen. Auch sie tragen ein nicht zu unterschätzendes Prozessrisiko. In dieser Situation bietet sich folgende Vorgehensweise an:

- Die Konkursverwaltung arbeitet ein Memorandum aus, in dem sie ihre Argumente für das Bestehen von Verantwortlichkeitsansprüchen gut lesbar und überzeugend darstellt.
- Dieses Memorandum stellt sie den möglichen Beklagten zu und bietet ihnen Vergleichsverhandlungen an.
- Kommt ein Vergleich zustande, so stellt die Konkursverwaltung den Gläubigern den Antrag, diesem Vergleich zuzustimmen.
- Kommt kein Vergleich zustande, so stellt die Konkursverwaltung den Gläubigern den Antrag, auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verzichten, und bietet ihnen – sofern sie diesem Antrag zustimmen – das Prozessführungsrecht für die Ansprüche im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG an.

Mit dieser Vorgehensweise können die Kosten für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen in einem risikoadäquaten Rahmen gehalten werden. Es wird die Möglichkeit für eine vergleichsweise Realisierung dieser Ansprüche geschaffen.

*c) Das Resultat der Grobbeurteilung ist gut*

Das Resultat der Grobbeurteilung sieht wie folgt aus:

- Verschiedene Sachverhaltselemente sprechen dafür, dass die Organe gegen die Business Judgment Rule verstossen haben. Gesetzliche Vorschriften wurden nicht eingehalten. Durch den Entscheid wurde ein beteiligtes Organ oder eine ihm nahestehende Person begünstigt.
- Ein Szenario für ein rechtmässiges Alternativverhalten lässt sich einfach darstellen. Stichhaltige Gegenargumente sind nicht erkennbar.

In dieser Situation drängt sich für die Konkursverwaltung folgendes Vorgehen auf:

- Die Abklärungen werden vertieft.
- Sollten die guten Prozessaussichten nicht bestätigt werden, so wird gleichermaßen vorgegangen wie bei einem mittelmässigen Ergebnis der Grobbeurteilung (siehe Ziff. [III.5.b\)](#) vorstehend).
- Werden die guten Prozessaussichten bestätigt, so wird ein Entwurf für eine Klageschrift ausgearbeitet. Dieser Entwurf wird den möglichen Beklagten zugestellt und sie werden zu Vergleichsverhandlungen eingeladen.

- Kommt ein Vergleich zustande, so stellt die Konkursverwaltung den Gläubigern den Antrag, dem Vergleich zuzustimmen.
- Kommt kein Vergleich zustande, so stellt die Konkursverwaltung den Gläubigern den Antrag, Klage einzuleiten.

Auch wenn die Prozessaussichten gut sind, ist es angezeigt, vor der Einleitung eines Prozesses Verhandlungen über einen Vergleich zu führen. Für die Gläubiger ist ein angemessener Vergleich in der Regel die bessere Alternative als das Führen eines lange dauernden, mit Risiken behafteten Prozesses.

## 6. Einleitung einer Klage

Sobald die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe eingereicht hat, wird sie vom Gericht aufgefordert werden, einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten (Art. 99 ZPO). Im Weiteren werden die Beklagten die Leistung von Sicherheit für die voraussichtliche Prozessentschädigung verlangen (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO). Erfahrungsgemäss wird diesen Begehren stattgegeben, unabhängig davon wie „reich“ die Konkursmasse ist<sup>29</sup>. Zur Optimierung der Kostenrisiken sollte sich die Konkursverwaltung vor Einreichung der Klage folgende Fragen stellen:

- Sollen nur einzelne oder alle Organmitglieder eingeklagt werden? Werden alle Organmitglieder eingeklagt, so fallen im schlimmsten Fall Prozessentschädigungen für alle eingeklagten Parteien an. Andererseits besteht dann nicht das Risiko, dass wegen der in Art. 759 Abs. 1 OR statuierten beschränkten Solidarität die falschen Personen eingeklagt wurden.
- Soll nur eine Teilklage eingereicht werden? Damit kann das Kosten- und Entschädigungsrisiko verkleinert werden. Allerdings muss zur Durchsetzung des gesamten Schadens unter Umständen eine weitere Klage eingereicht werden.

Eine weitere Möglichkeit, um die Kostenrisiken der Konkursmasse in einem Verantwortlichkeitsprozess zu verringern, besteht darin, einen Prozessfinanzierer an Bord zu holen. Mit einem Entwurf für eine Klageschrift kann versucht werden, einen Prozessfinanzierer von den guten Prozesschancen zu überzeugen und ihn zur Prozessfinanzierung zu gewinnen. Ist die Konkursverwaltung erfolgreich, so wird sich der Prozessfinanzierer die Ansprüche nicht abtreten lassen und nicht als Kläger auftreten, sondern den Prozess aus dem Hinter-

---

<sup>29</sup> BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 99, N 13.

grund steuern und finanzieren. Nach meinem Kenntnisstand beträgt die Entschädigung für die Prozessfinanzierung in der Regel einen Drittel des Prozessergebnisses.

#### IV. Schlussbemerkung

Verantwortlichkeitsansprüche in Konkursverfahren können Fluch oder Segen sein.

Sie sind Fluch, wenn die Konkursverwaltung im Anfangsstadium eines Verfahrens von den Gläubigern, einem Gläubigerausschuss oder allenfalls sogar von der Öffentlichkeit dazu gedrängt wird, die Organe sofort mit Verantwortlichkeitsklagen zu „bestrafen“. In einem emotionsgeladenen Umfeld kann es schwierig sein, den sachlich richtigen Weg zu beschreiten. Später, wenn sich die Gemüter beruhigt haben, machen die gleichen Gläubiger möglicherweise der Konkursverwaltung Vorwürfe, sie hätte mit der Verfolgung von Verantwortlichkeitsansprüchen nur Zeit und Massevermögen verschwendet.

Verantwortlichkeitsansprüche sind ein Segen, wenn die Konkursverwaltung mit dem vorstehend beschriebenen Vorgehen ein gutes Ergebnis für die Gläubiger erzielen kann.

#### Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: Staehelein Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), 3. A., Basel 2022 (zit. BSK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009.
- Bühler Christoph B., «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P. A. Müller (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Amstutz Marc et al. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).  
Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018.  
von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020.  
ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), 2. A., Zürich 2016 (zit. ZPO Kommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).  
Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich ab 1909, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage (zit. ZK-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

# Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen aus Sicht eines D&O Versicherers

Patrick Dummermuth

## Inhalt

I.	<a href="#">Die Directors &amp; Officers Versicherung</a>	57
1.	<a href="#">Einleitung</a>	57
2.	<a href="#">Zeitliche Zuordnung</a>	58
3.	<a href="#">Deckungsumfang</a>	59
a)	<a href="#">Side A (Direct Coverage)</a>	59
b)	<a href="#">Side B (Company Reimbursement)</a>	60
c)	<a href="#">Side C (Securities Entity Coverage)</a>	60
4.	<a href="#">Abwehr</a>	60
5.	<a href="#">Versicherte Personen</a>	61
6.	<a href="#">Wichtige Ausschlüsse</a>	61
7.	<a href="#">Verhalten im Schadenfall</a>	62
a)	<a href="#">Anzeige des Schadenfalls</a>	62
b)	<a href="#">Zustimmung des Versicherers zu Kosten und Vergleichen</a>	62
c)	<a href="#">Informationspflicht</a>	62
8.	<a href="#">Verteilung von Versicherungssummen</a>	63
a)	<a href="#">Kopfprinzip</a>	63
b)	<a href="#">Beliebensprinzip</a>	63
c)	<a href="#">Prioritätsprinzip</a>	64
d)	<a href="#">Proportionalitätsprinzip</a>	64
9.	<a href="#">Tower Excess</a>	64
II.	<a href="#">Fazit</a>	65
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	65

## I. Die Directors & Officers Versicherung

### i. Einleitung

Die Directors & Officers Versicherung („D&O“) oder im deutschsprachigen Raum auch Organhaftpflichtversicherung genannt, startete ihren ursprünglichen Siegeszug in den USA, wo in Zusammenhang mit dem Börsencrash im Jahre 1929 spezielle Anlegerschutzgesetze eingeführt wurden. Weiter wurde mit der *Securities Exchange Commission* eine Behörde eingerichtet, welche für die Überwachung der Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Standards

bei Börsengängen und bezüglich der laufenden Berufspflichten zuständig war. Als Konsequenz daraus stieg die Zahl der Anlegerklagen stetig an. Um die persönlichen Haftungsrisiken der Organe abzusichern, entwickelte die Versicherungswirtschaft spezielle Deckungskonzepte.<sup>1</sup> In der Schweiz setzte sich die D&O Versicherung erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts bei den börsenkotierten Unternehmen durch. Später entwickelte sich weiter ein spezifischer KMU Markt. Insbesondere der Kollaps der Swissair scheint in diesem Bereich das Bewusstsein für Haftungsrisiken und Versicherungsschutz in der Schweiz gestärkt zu haben.<sup>2</sup>

Als Versicherungsnehmerin schliesst die Gesellschaft zugunsten ihrer gegenwärtigen und zukünftigen Organe die D&O Versicherung ab.<sup>3</sup> Damit handelt es sich um einen Kollektivvertrag zugunsten Dritter<sup>4</sup>. Im Grosskundensegment werden solche Policen in der Regel über Broker eingekauft. Die Prämien werden in aller Regel von der Gesellschaft, die zugleich Versicherungsnehmerin ist, bezahlt.

Die D&O ist eine Haftpflichtversicherung, auf welche das VVG anwendbar ist.<sup>5</sup> Damit umfasst die D&O vom Grundsatz her die Übernahme zu Recht geltend gemachter Ansprüche (Entschädigungsanspruch oder Befreiungsanspruch) sowie die Abwehr von unbegründeten Ansprüchen (Rechtsschutzanspruch oder passive Rechtsschutzfunktion des Haftpflichtversicherers).<sup>6</sup>

## 2. Zeitliche Zuordnung

Bei den D&O Versicherungen erfolgt die zeitliche Zuordnung der Policenperiode aller meistens über das Anspruchserhebungsprinzip („*claims made*“).<sup>7</sup> Versicherungsschutz besteht somit für während der Versicherungsdauer geltend gemachte Ansprüche Dritter.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Mitterlechner/Wax/Witsch, 14.

<sup>2</sup> Schumacher/Dummermuth, 351.

<sup>3</sup> Bandle, N 43.

<sup>4</sup> Haller, 251.

<sup>5</sup> Bandle, N 132.

<sup>6</sup> Luterbacher, 136; Fuhrer, N 20.2; Mannsdorfer, 224.

<sup>7</sup> Mannsdorfer, 224.

<sup>8</sup> Fuhrer, 20.7; weitere Varianten zum zeitlichen Geltungsbereich sind gemäss Fuhrer ferner das *Verursacherprinzip* (Hauptanwendungsfall sind die Motorfahrzeug- sowie Privat-Haftpflichtversicherung) sowie das *Schadenseintrittsprinzip* („*Occurrence*“ – anzutreffen v.a. bei der Betriebshaftpflichtversicherung).

Das Anspruchserhebungsprinzip erhält in der Regel mit der Möglichkeit der Umstandsmeldung („*Notification of Circumstances*“ oder „NoC“) in zeitlicher Hinsicht eine Erweiterung. Die Umstandsmeldung ermöglicht es der Versicherungsnehmerin sowie der versicherten Person, nebst Ansprüchen auch Umstände während der aktuell laufenden Policenperiode anzumelden<sup>9</sup>. Die Klauseln der Versicherer können hierzu diverse detaillierte Angaben zu den Voraussetzungen vorsehen.<sup>10</sup> Akzeptiert der Versicherer die Umstandsmeldung unter der aktuellen Policenperiode, kann dies die folgende Konsequenz ergeben: Auch wenn erst Jahre später ein Anspruch aus dem gemeldeten Umstand geltend gemacht wird, fällt dieser unter die Policenperiode, während der der Umstand angemeldet und nicht unter die Policenperiode, während der der Anspruch geltend gemacht wurde.<sup>11</sup>

### 3. Deckungsumfang

Die D&O Police beinhaltet in der Regel folgende drei Kerndeckungen:

#### a) *Side A (Direct Coverage)*

Unter dieser Deckung wird der Versicherungsschutz für die persönliche Haftpflicht von versicherten Personen gegenüber Dritten verstanden. Versichert sind die Folgen von Haftungsansprüchen, die von Dritten gegen Organe aufgrund von (behaupteten) Pflichtverletzungen erhoben werden. Verlangt ist in der Regel weiter, dass das Organ die behauptete Pflichtverletzung in seiner Eigenschaft oder Funktion als Organ der Versicherungsnehmerin begangen hat. Das Organ wendet sich dann gewöhnlich direkt an den oder die Versicherer.<sup>12</sup> Auf dem Schweizer Markt wird bei dieser Deckung in der Regel kein Selbstbehalt vereinbart.

---

<sup>9</sup> Organhaftpflichtversicherung, Allgemeine Versicherungsbedingungen Zurich, AVB Z CH D&O Commercial vom Juni 2018, 9.7.1, abrufbar unter <<https://bit.ly/3WhiEJ7>> (zit. AVB Zurich): „Werden einer versicherten Person oder einer Gesellschaft Umstände bekannt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Anspruch führen können, so haben diese die Möglichkeit, Zurich diese Umstände während der jeweiligen Versicherungsperiode schriftlich oder in anderer Textform anzuzeigen (...)“

<sup>10</sup> AVB Zurich, 9.7.2: „Die Anzeige von Umständen ist nur gültig, wenn sie zumindest die folgenden Angaben enthält: Gründe, die eine Anspruchserhebung vermuten lassen; potentieller Anspruchsteller; möglicher Vermögensschaden; die Pflichtverletzung; Identität der betroffenen versicherten Person und der betroffenen Gesellschaft.“

<sup>11</sup> AVB Zurich, 9.7.1: „(...) Diese Anzeige hat zur Folge, dass aus diesen Umständen herrührende Ansprüche so behandelt werden, wie wenn sie im Zeitpunkt der Anzeige geltend gemacht und Zurich gemeldet worden wären.“

<sup>12</sup> Mannsdorfer, 224.

b) *Side B (Company Reimbursement)*

Diese Deckung bietet der Versicherungsnehmerin selbst Schutz, sollte sie aufgrund allenfalls gesetzlicher, statuarischer oder vertraglicher Bestimmungen verpflichtet sein, im Falle von Haftungsansprüchen gegen Organe, diese Organe schadlos zu halten. Übernimmt die Versicherungsnehmerin für ein Organ Schadenersatzzahlungen sowie Verteidigungskosten, kann sie diese vom Versicherer zurück verlangen.<sup>13</sup> Aufgrund der in jüngerer Zeit veränderten Marktsituation (Abkehr vom lange anhaltenden „soft market“) kommt es bei dieser Deckung wieder vermehrt zur Vereinbarung von Selbstbehalten.

c) *Side C (Securities Entity Coverage)*

Unter dieser Deckung versteht man den Schutz des versicherten Unternehmens im Falle der Inanspruchnahme einer Gesellschaft wegen einer Pflichtverletzung aus einem regulierten Wertpapiergeschäft entstandenen Vermögensschaden. Eine Haftung von Organpersonen ist nicht zwingend erforderlich.<sup>14</sup> In der Regel wird bei dieser Deckung ein Selbstbehalt vereinbart, den (analog der *Side B* Deckung) die Gesellschaft trägt.

#### 4. Abwehr

Die Abwehrkostendeckung ist in der Praxis ein wesentlicher Bestandteil des Versicherungsschutzes. So decken D&O Policen die angemessenen und notwendigen Kosten für die Verteidigung gegen unbegründete Ansprüche. Dies umfasst Anwälte, Sachverständige, Experten etc. In der Schweiz wird in den meisten Policen vereinbart, dass diese Kosten Teil der Versicherungssumme sind und nicht separat zur Verfügung stehen.<sup>15</sup>

Im KMU Geschäft wird der Versicherer häufig den Fall zunächst durch seinen eigenen Schadendienst abklären lassen. Solange der Fall intern bearbeitet wird, wird die Versicherungssumme grundsätzlich nicht belastet<sup>16</sup>. So verfügen insbesondere grössere Versicherer über einen spezialisierten Schadendienst, welcher sich nicht auf die Prüfung der Versicherungsdeckung beschränkt. Vielmehr kommt es während der Regulierung des Schadensfalls zu einer engen Zusammenarbeit mit den versicherten Personen. Externe Anwälte

---

<sup>13</sup> Mannsdorfer, 225.

<sup>14</sup> Mannsdorfer, 225.

<sup>15</sup> Mannsdorfer, 225.

<sup>16</sup> Luterbacher, 146 f. mit weiteren Ausführungen.

werden oft erst dann mandatiert, wenn der Haftpflichtfall vor Gericht ausgetragen wird.<sup>17</sup> Im Grosskundengeschäft hingegen ist es die Regel, dass der Versicherer sich grundsätzlich auf die Übernahme dieser Kosten beschränkt.

## 5. Versicherte Personen

Die D&O Versicherung bietet Schutz für einen weiten Kreis von natürlichen Personen. So kommen in der Regel sämtliche Personen in den Genuss des Versicherungsschutzes, welche als Exekutivorgan qualifiziert werden<sup>18</sup>. Die faktischen Organe sind ebenfalls von der Deckung erfasst.<sup>19</sup>

## 6. Wichtige Ausschlüsse

Regelmässig nicht versichert sind Ansprüche im Zusammenhang oder aufgrund von wissentlichen Pflichtverletzungen oder einer wissentlichen Verletzung von rechtlichen Bestimmungen. Je nach Versicherer wird hierbei auch die vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Verletzung von gesetzlichen Bestimmungen und behördlichen Verfügungen erwähnt.<sup>20</sup> Weiter werden die Entgegennahme von Leistungen, Gewinnen oder Vorteilen, auf welche das Organ keinen rechtlichen Anspruch hatte ausgeschlossen. Zentral ist hierbei aber, dass die Ausschlüsse in aller Regel nur zur Anwendung kommen, wenn das genannte Verhalten rechtskräftig festgestellt oder durch das Organ anerkannt wird. Bis zu einer solchen Feststellung oder Anerkennung übernimmt der Versicherer vorläufig die Kosten.<sup>21</sup>

Weiter gewähren Policen in der Regel keine Deckung für Ansprüche, die in Zusammenhang mit bereits gemeldeten Umständen stehen. Dies betrifft Umstände, die unter einem anderen Versicherungsvertrag gemeldet oder Umstände, die während einer vorherigen Periode gemeldet wurden.<sup>22</sup>

Für Ansprüche in den USA geltend in der Regel speziell formulierte Ausschlüsse.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Luterbacher, 178 f.

<sup>18</sup> Haller, 253 sowie AVB Zürich Definition „versicherte Person“.

<sup>19</sup> Luterbacher, 140 f.

<sup>20</sup> AVB Zurich, 4.1; AXA: Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe (D&O), AVB Ausgabe vom April 2021, B2.2, abrufbar unter <<https://www.axa.ch/de/unternehmenskunden/angebote/haftpflicht-sach/betriebshaftpflichtversicherung/organhaftpflichtversicherung.html>> (zit. AVB Axa).

<sup>21</sup> AVB Zurich, 4.1.2; AVB Axa, B2.2.

<sup>22</sup> AVB Axa, B 2.7.

<sup>23</sup> AVB Zurich, 4.2; AVB Axa, B2.6.

Erwähnenswert ist, dass in der Schweiz Ansprüche der Versicherungsnehmerin (also der Gesellschaft) gegen eine versicherte Person (also einem versicherten Organ; sog. „insured vs insured“ Konstellationen<sup>24</sup>) in der Regel nicht ausgeschlossen werden.

## 7. Verhalten im Schadenfall

### a) Anzeige des Schadenfalls

Ist das befürchtete Ereignis eingetreten, muss der Anspruchsberechtigte sobald er von dem Ereignis und von seinem Anspruch aus der Versicherung Kenntnis hat, den Versicherer benachrichtigen (Art. 38 Abs. 1 VVG). Grundsätzlich liegt ein Anspruch im Sinne der D&O Police vor, wenn eine Schadenersatzforderung gegen eine versicherte Person schriftlich erhoben wird. Solche Ansprüche sollen unverzüglich oder je nach AVB so bald wie möglich dem Versicherer gemeldet werden.<sup>25</sup> In den AVB finden sich hierzu auch Maximalfristen von bis zu 90 Tagen nach Beendigung des Versicherungsvertrages bzw. einer allfällig vereinbarten Nachmeldefrist.<sup>26</sup>

### b) Zustimmung des Versicherers zu Kosten und Vergleichen

Bei der D&O Versicherung gilt der Grundsatz, dass in der Regel weder die versicherten Personen noch die Versicherungsnehmerin ohne vorgängige schriftliche Zustimmung des Versicherers Ansprüche anerkennen oder teilweise oder ganz befriedigen sollen. Dieser Grundsatz gilt auch für die Verursachung von gedeckten Kosten wie beispielsweise die notwendigen und angemessenen Anwaltskosten, welche für die Abwehr des Anspruchs anfallen.<sup>27</sup>

### c) Informationspflicht

Die Pflicht zur Substantiierung des Versicherungsanspruchs, wie das Erteilen von Auskünften oder das Einreichen von Belegen basiert auf Art. 39. Weiter enthalten die AVB regelmässig Bestimmungen dazu, wie die versicherten Personen und/oder die Versicherungsnehmerin den Informationsbedarf des Versicherers erfüllen sollen. So wird beispielsweise verlangt, dass die versicherte

---

<sup>24</sup> Luterbacher, 137 f. spricht von „company versus insured“.

<sup>25</sup> Mannsdorfer, 234.

<sup>26</sup> AVB Zurich, 9.1.

<sup>27</sup> AVB Zurich, 9.2.3.

Person so schnell wie möglich alle Informationen zur Verfügung stellt, welche das Schadenereignis betreffen. Dazu können unter anderem Schriftstücke, Unterlagen, Daten, amtliche Dokumente etc. gehören.<sup>28</sup>

## 8. Verteilung von Versicherungssummen

In der Regel steht die Versicherungssumme für sämtliche versicherten Personen lediglich einmal pro Versicherungsperiode zur Verfügung<sup>29</sup>. Übersteigen gedeckte D&O Schadenfälle die Versicherungssumme eines Jahres, stellt sich die Frage der Verteilung der Summe unter den verschiedenen Organen.

Vermehrt mit dieser Thematik auseinandergesetzt hat sich in jüngerer Vergangenheit die deutsche Lehre. Die Autoren entwickelten im Wesentlichen vier Varianten zur Verteilung einer nicht ausreichenden Versicherungssumme auf mehrere versicherte Personen.<sup>30</sup> Mit dem Einkauf von zusätzlicher Kapazität kann dem Problem der ungenügenden Versicherungssumme entgegengewirkt werden.<sup>31</sup>

### a) *Kopfprinzip*

Hierbei wird die Versicherungssumme gleichmässig unter den nach Deckung verlangenden versicherten Personen verteilt.<sup>32</sup> Dieses Prinzip vermag insbesondere Konflikte in Fällen zu vermeiden, bei denen mehrere versicherte Personen aufgrund eines Schadenfalls in Anspruch genommen werden.<sup>33</sup> Verhindert werden kann damit insbesondere das Risiko, dass einzelne Organe keinen Versicherungsschutz mehr erhalten. Weiter erhält nicht das Organ, welches den grössten Schaden (inklusive Abwehrkosten) verursacht hat den meisten Schutz.

### b) *Beliebensprinzip*

Der Versicherer kann hier selber entscheiden, an wen und in welcher Höhe Versicherungsleistungen vergütet werden – er hat die Wahlfreiheit. Dieses Prinzip geht somit äusserst weit und wird in der Literatur entsprechend kritisiert.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> AVB Axa, D3.2.

<sup>29</sup> Luterbacher, 147 f.

<sup>30</sup> Krackl, 32.

<sup>31</sup> Vgl. unten, [1.9](#).

<sup>32</sup> Peppersack, 121.

<sup>33</sup> Krackl, 34 f.

<sup>34</sup> Peppersack, 121.

c) *Prioritätsprinzip*

Hier gilt der Grundsatz des „*first come first served*“. Die Leistungen des Versicherers erfolgen nach einem zeitlichen Kriterium.<sup>35</sup> Als naheliegender Aspekt für die geltende Reihenfolge wird auf den Eintritt des Versicherungsfalles abgestellt. Es kommt somit auf den Zeitpunkt an, wann welche versicherte Person genau in Anspruch genommen wurde.<sup>36</sup> In der Konsequenz läuft dieses Prinzip darauf hinaus, dass das Risiko besteht, dass keine Versicherungssumme mehr für zeitlich nachgelagerte Fälle zur Verfügung stehen könnte.<sup>37</sup>

d) *Proportionalitätsprinzip*

Dieses Prinzip geht von Quoten der Versicherungssumme aus, die auf die versicherten Personen verteilt werden. Diese Quote soll sich an der Höhe der potentiellen finanziellen Belastung der versicherten Person ausrichten und hat damit zur Folge, dass jene Organe bevorzugt werden, die verantwortlich für den grössten Schaden oder die höchsten Abwehrkosten sind.<sup>38</sup>

9. **Tower Excess**

Die Möglichkeit viele Versicherer an einer Versicherung zu beteiligen kann in der Praxis durch die sogenannte Exzedentenversicherung vereinbart werden. Das Risiko wird vertikal in mehrere Schichten („*Layer*“) aufgeteilt. Kommt es zu einem Schadenfall sind nicht alle Versicherer gleichzeitig zur Leistung verpflichtet. Relevant sind die Leistungen der vorhergehenden Versicherer und die Höhe des Schadens. Der sogenannte „*Turm*“ (oder „*Tower*“) entsteht durch die vertikale Aufteilung der Versicherungssumme mit der Nacheinanderreichung verschiedener Deckungen. Solche Türme können in der Praxis stark variieren. So kann es beispielsweise zu einer Struktur aus dem Grundversicherer (der „*Primary*“) und lediglich einem Exzedenten kommen aber auch zu Programmen mit mehreren Versicherern auf jedem Layer und einer grossen Anzahl an Layern. Einzelne Versicherer können dabei häufig auf mehr als einem Layer vorkommen.<sup>39</sup> Beteiligen sich mehr als ein Versicherer an einem Layer, wird das Risiko im Wege der Mitversicherung versichert.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Peppersack, 121.

<sup>36</sup> Krackl, 33.

<sup>37</sup> Peppersack, 121.

<sup>38</sup> Krackl, 32 f.

<sup>39</sup> Kosich, 2.

<sup>40</sup> Kosich, 78.

Ein konkreter Schadenfall hierzu war jüngst in den Medien zu finden. Im Rahmen einer vergleichsweisen Beendigung des Streits zwischen der Volkswagen AG und ihren ehemaligen Organen verpflichteten sich diese zur Zahlung von Schadenersatz im Umfang von fast EUR 288M. Dieser Fall steht in Zusammenhang mit Schäden, welche der Konzern im Zuge des sog. Dieselskandals erlitten hatte. Den Betrag von EUR 270M davon bezahlten verschiedene Versicherer, da die Volkswagen AG für ihre Manager eine D&O Police abgeschlossen hatte.<sup>41</sup>

## II. Fazit

Die D&O Versicherung kann für die betroffenen Organe einen guten Schutz bieten. Hierfür ist zentral, dass der Fall unter der richtigen Policenperiode dem/den korrekten Versicherer/n angemeldet wird. Weiter benötigt der Versicherer ausreichend Informationen, um den Fall beurteilen zu können. Entstehen Kosten (beispielsweise für die Abwehr) oder können Haftungsvergleiche abgeschlossen werden, sollte der Versicherer vorgängig darüber informiert und um sein Einverständnis angefragt werden.

## Literaturverzeichnis

Bandle Daniel, L'assurance D&O, Zürich 1999.

Fuhrer Stephan, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011.

Haller Max, Die D&O – Versicherung für KMU – Unternehmen, in: Zindel Gaudenz G./Peyer Patrik R/Schott Bertrand (Hrsg.), Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 249 ff.

Kosich Maximilian, Die Exzedentenversicherung, Rechtsfragen gelayerter Versicherungen unter besonderer Berücksichtigung der Beziehungen der beteiligten Versicherer untereinander, Karlsruhe 2022.

Krackl Sebastian, D&O-Versicherung für den Stiftungsrat einer Vorsorgeeinrichtung – unter genauerer Betrachtung des Umfangs des Versicherungsschutzes, Masterarbeit, Luzern 2021, abrufbar unter: <[https://www.marc-huerzeler.ch/application/files/6616/4007/1177/Sebastian\\_Krackl\\_DO-Versicherung\\_fuer\\_den\\_Stiftungsrat\\_einer\\_Vorsorgeeinrichtung\\_-\\_unter\\_genauerer\\_Betrachtung\\_des\\_Umfangs\\_des\\_Versicherungsschutzes.pdf](https://www.marc-huerzeler.ch/application/files/6616/4007/1177/Sebastian_Krackl_DO-Versicherung_fuer_den_Stiftungsrat_einer_Vorsorgeeinrichtung_-_unter_genauerer_Betrachtung_des_Umfangs_des_Versicherungsschutzes.pdf)>.

Luterbacher Thierry, Wie weit geht der Schutz einer D&O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht? Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 97 ff.

---

<sup>41</sup> Kosich, 1; Votsmeier.

- Mannsdorfer Thomas M., Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung – Vertragliche und gesetzliche Obliegenheiten, Zurechnung von Wissen und Tatsachen (Severability) und Mischfallregelungen (Allokation), HAVE 2010, 222 ff.
- Mitterlechner Hermann/Wax Thomas/Witsch Hendrik, D&O Versicherung mit internationalen Bezügen, 2. A., München 2019.
- Peppersack Daniel, Die Problematik unzureichender Versicherungssummen in der D&O Versicherung – Modelle und Lösungsansätze, r s 2018, 117 ff.
- Schumacher Benjamin/ Dummermuth Patrick, D&O Versicherung, Ausgewählte Fragen zur Side A Deckung, HAVE 2022, 350 ff.
- Votsmeier Volker, 288 Millionen Euro reichen nicht: VW-Aktionäre wollen Vergleich mit Winterkorn und Co. kippen, Handelsblatt vom 10. Juni 2022, <[www.handelsblatt.com/unternehmen/vw-dieselskandal-288-millionen-euro-reichen-nicht-vw-aktionaere-wollen-vergleich-mitwinterkorn-und-co-kippen/28405114.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/vw-dieselskandal-288-millionen-euro-reichen-nicht-vw-aktionaere-wollen-vergleich-mitwinterkorn-und-co-kippen/28405114.html)>.

# Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation: Neue Risiken im Zuge der Nachhaltigkeitsregulierung

Daniel Dedeyan

## Inhalt

I.	<a href="#">Unternehmenskommunikation als Anknüpfungspunkt für Umweltverantwortlichkeit – Deepwater Horizon</a>	68
II.	<a href="#">Nachhaltigkeitsregulierung</a>	70
1.	<a href="#">International</a>	70
2.	<a href="#">Schweiz: Überblick</a>	72
3.	<a href="#">Nachhaltigkeitsberichterstattung</a>	74
a)	<a href="#">Geltungsbereich</a>	74
b)	<a href="#">Organpflicht</a>	74
c)	<a href="#">Abzudeckende Umweltbelange</a>	75
d)	<a href="#">Doppelte Wesentlichkeit</a>	75
e)	<a href="#">Erforderliche Angaben</a>	76
f)	<a href="#">Relevanz internationaler Regelwerke</a>	77
g)	<a href="#">Neue rechtliche Verbindlichkeit interner Management-Systeme</a>	79
4.	<a href="#">Offenlegung und Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien und -metallen sowie Kinderarbeit</a>	79
5.	<a href="#">Strafrechtliche Durchsetzung</a>	80
6.	<a href="#">Interaktion mit anderen Informationspflichten</a>	81
III.	<a href="#">Folgen für die Kommunikationshaftung</a>	84
1.	<a href="#">Deliktshaftung</a>	84
a)	<a href="#">Objektive Widerrechtlichkeitstheorie als Schutz vor einer Haftungsflut</a>	84
b)	<a href="#">Kein Schutznormcharakter von Nachhaltigkeitsstandards</a>	85
c)	<a href="#">Funktion und Funktionsgrenzen der Haftung als Regulierungsinstrument</a>	87
d)	<a href="#">Kein Schutznormcharakter aufsichtsrechtlicher Nachhaltigkeitsregulierung</a>	88
e)	<a href="#">Schutznormcharakter des Straftatbestands fehlerhafter Angaben über kaufmännische Gewerbe</a>	88
f)	<a href="#">Haftung für unlauteren Wettbewerb</a>	89
g)	<a href="#">Zwischenfazit</a>	90
2.	<a href="#">Prospekthaftung</a>	91
3.	<a href="#">Keine Auskunfts- und Vertrauenshaftung</a>	93
4.	<a href="#">Aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung</a>	93
a)	<a href="#">Verletzung von Organpflichten – Keine generelle Haftung für fehlerhafte Kommunikation</a>	93

b) Schaden	96
c) Kausalität – Verschulden – Business Judgment Rule	97
IV. Fazit	98
Literaturverzeichnis	101

## I. Unternehmenskommunikation als Anknüpfungspunkt für Umweltverantwortlichkeit – Deepwater Horizon

Inflationär zunehmende internationale Standards und gesetzliche Pflichten im Bereich der Nachhaltigkeit weisen alle in eine Richtung: eine Verantwortlichkeit des Unternehmens für die Umwelt. Umwelt ist alles, was das Unternehmen nicht ist. Die Unternehmenskommunikation ist zu einem Hauptanknüpfungspunkt für eine solche „Verantwortlichkeit für alles“ geworden.

Dies zeigte sich bereits vor über einer Dekade beim Untergang der Erdölplattform Deepwater Horizon:

- Ab 2000 änderte BP ihren Namen von „British Petroleum“ in „Beyond Petroleum“ und warb mit dem Logo einer grünen Blüte für Nachhaltigkeit und Sicherheit. Im Jahr 2007 informierte BP über die erfolgreiche Umsetzung eines Umwelt- und Sicherheitsrisikomanagements, das nicht implementiert worden war.<sup>1</sup>
- Bereits im Januar 2010 fiel das Rating von BP in spezifischen Environmental, Social and Governance (ESG)-Indizes im Zusammenhang mit dem Outsourcing des Unterhalts von Bohrplattformen negativ aus.<sup>2</sup>
- Am 20. April 2010 ging die Bohrplattform Deepwater Horizon, welche BP von Transocean geleast hatte, unter. Als Ursache wurden später Versäumnisse seitens BP in Bezug auf den Unterhalt der Bohrplattform geltend gemacht.
- Am 26. April 2010 kommunizierte BP: *„This leak is just beyond the top of the blowout preventer in the pipe work called the riser. Given the location, we do not believe this changes the amount currently estimated to be released“*: Am 5. Mai 2010 gab BP bekannt: *„So if all goes to plan, we should begin to start*

---

<sup>1</sup> United States District Court Southern District of Texas Houston Division, In re BP plc Securities Litigation No 4:10 MD-2185, S.D. Tex Feb. 13, 2012, 13.

<sup>2</sup> SD-M GmbH/Deutsches Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Wesentlich für Geschäftstätigkeit und Finanzperformance, Bedeutsamste nichtfinanzielle Leistungsindikatoren in der nichtfinanziellen Erklärung gemäss § 289c HGB, April 2017, 8; UN Global Compact/Finance UNEP Initiative, Practical Guide to ESG Integration for Equity Investing, 2016, 52.

*that operation, the beginning of trying to process the fluids on the surface and stop the spilling to the sea, on Monday.*<sup>3</sup> Das Erdöl floss noch weitere zehn Wochen aus und verursachte eine der bis dahin schwersten Umweltkatastrophen im Golf von Mexiko.

- Neben Bussen in der Höhe von USD 4.5 Milliarden und Folgekosten von USD 40–60 Milliarden zog der Unfall zivilrechtliche Klagen gegen das Unternehmen und das Management nach sich. Ein texanisches Bezirksgericht liess eine Sammelklage gegen BP und zehn Mitglieder des Verwaltungsrats sowie der Geschäftsleitung zu. Diese war von Aktionären angestrengt worden, die nach dem Unfall BP-Aktien erworben hatten und geltend machten, sie seien durch Aussagen zum Risikomanagement und die erwähnten verharmlosenden Medienmitteilungen getäuscht worden.<sup>4</sup> Der Prozess endete im Jahr 2017 in einem Vergleich über USD 175 Millionen. Weitere Zivilklagen und Vergleiche folgten, von denen der letzte im Jahr 2021 zum Abschluss kam.

Zum Verhängnis wurde BP unter anderem die USD 200 Millionen schwere Marketing-Kampagne für ein grünes Image, während BP kaum in Sicherheit und Nachhaltigkeit investierte. Der Fall zeigt, dass die interne und externe Unternehmenskommunikation ein entscheidender Faktor ist und dass fehlerhafte Kommunikation unter Umständen einen leichteren Anknüpfungspunkt für eine zivilrechtliche Haftung bietet als ein multikausaler Umweltschaden.

In Zeiten, da Umweltrisiken von Unternehmen und die Regulierung exponentiell zunehmen, wird das Management komplexer und unsicherer, steigen die potenziellen Schadenssummen und kann jede Kommunikation im Krisenfall zum Aufhänger für eine Haftung werden oder selbst eine Unternehmenskrise auslösen. Dieser Aufsatz untersucht angesichts der zunehmenden nachhaltigkeitsbezogenen Regulierung die Chancen und Risiken einer Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation.

---

<sup>3</sup> United States District Court Southern District of Texas Houston Division, In re BP plc Securities Litigation No 4:10 MD-2185, S.D. Tex Feb. 13, 2012, mit den zitierten Aussagen auf 36 f.

<sup>4</sup> Siehe Nachweis in [Fn. 3](#).

## II. Nachhaltigkeitsregulierung

### I. International

Zahlreiche internationale Standards betreffen die Verantwortung der Unternehmen entlang der Wertschöpfungskette. Jeder Standard wird wiederum von weiteren zugehörigen Dokumenten präzisiert, zu denen es wiederum Kommentare und Leitfäden gibt. Zum einen ist die schiere Masse von Standards zu den verschiedenen Bereichen der Nachhaltigkeit unüberblickbar gross geworden. Zum anderen hat sich ein anerkannter Korpus als Bezugspunkt herausgebildet, auf den sich die meisten Standards beziehen.

Um nur einige dieser *Referenzpunkte* herauszugreifen: Abkommen von Paris 2015, UN 17 Sustainable Development Goals (SDGs), UN Guiding Principles on Business and Human Rights, ILO-Conventions, UN/ICC Global Compact (10 Principles), OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Empfehlungen der G 20 Task Force on Climate-Related Financial Disclosure (TCFD) oder Best Practices der Science Based Targets initiative (SBTi) von CDP/UN Global Compact/WWF.

Im Bereich der Standards für die *Nachhaltigkeitsberichterstattung* zu nennen sind GRI (Global Reporting Initiative, Stakeholderperspektive), SASB (Shareholderperspektive) und der mit Spannung erwartete Rechnungslegungsstandard des ISSB (International Sustainability Standards Board) der IFRS-Foundation.

Eine wichtige Rolle spielen im Kapitalmarkt *Ratingagenturen* wie der Marktführer MSCI, S&P Global Corporate Sustainability Assessment, Sustainalytics oder Vigeo Eiris. Immer häufiger verlangen Abnehmer in der Lieferkette *Zertifikationen* wie ISO 14000/26000, B Corp, Green Small Business, das FNG-Siegel und eine unüberblickbare Zahl branchenspezifischer Gütesiegel.<sup>5</sup>

Insgesamt ist die Standardisierung im Bereich der Nachhaltigkeit von einer *sich selbst verstärkenden Dynamik* erfasst. Angesichts der planetaren Bedrohung verlangen Öffentlichkeit, Medien, Politik, Kundschaft und Abnehmer in der Lieferkette zunehmend nach Standards und ihrer Umsetzung. Jede Konkretisierung des Standards verlangt nach weiterer Konkretisierung. Man standardisiert, weil andere standardisieren, und verlangt Umsetzung, weil von einem selbst Umsetzung verlangt wird. Im Finanzmarkt sind treibende Kräfte

---

<sup>5</sup> Zur rechtlichen Bedeutung umweltbezogener Kennzeichnungen und Zertifikationen siehe Dedeyan, *Macht durch Zeichen*, 72 ff., 93 ff., 171 ff., 225 ff.

die institutionellen Anleger, Stimmrechtsberater wie ISS oder die Ethos Stiftung, Banken im Bereich nachhaltiger Anlagen oder Kreditvergaben und Vermögensverwalter, die Nachhaltigkeit als „Big Business“ entdeckt haben.

Über den Boom hinaus kann man die Forderung längerfristig orientierter Investorinnen und Investoren nach Nachhaltigkeitsberichterstattung als eine Reaktion auf ein Marktversagen in Form der *Kurzfristigkeit der Märkte* und auf die immer schon als zu gering kritisierte *Aussagekraft der traditionellen Rechnungslegung*, welche Umweltfaktoren und die Zukunftsfähigkeit des Unternehmen kaum berücksichtigt, verstehen.

Auf gesetzgeberischer Ebene ist die *Europäische Union* (EU) im Zuge des „Green Deal“ besonders aktiv. Die umfangreiche und weiter wachsende EU-Regulierung wird hier nicht weiter dargestellt, erwähnt seien lediglich die folgenden, nicht abschliessenden Stichworte: Bereits in der Umweltmanagement-Verordnung 1221/2009 (EMAS) legte EU Standards zum Umweltmanagement fest. Die *Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung 2014/95/EU* (Non-financial Reporting Directive, NFRD), die der heutigen schweizerischen gesetzlichen Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung zugrunde liegt, sah erstmals eine umfassende Berichterstattung über Umweltbelange vor. Die NFRD ist inzwischen durch die *Nachhaltigkeitsberichterstattungsrichtlinie (EU) 2022/2464* (Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD) abgelöst worden, welche eine deutlich grössere Anzahl Unternehmen erfasst und höhere Anforderungen an die Qualität und den Umfang der Daten stellt. Neu können auch Unternehmen aus Drittstaaten darunterfallen, wenn sie in der EU eine Niederlassung unterhalten und in der EU einen Umsatz von mindestens EUR 150 Millionen erwirtschaften. Zu nennen ist sodann die *Offenlegungsverordnung (EU) 2019/2088* betreffend Finanzdienstleistungen (Sustainable Finance Disclosure Regulation, SFDR) und die *EU-Lieferketten-Richtlinie* (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDD, im Entwurf, siehe parallel dazu das seit 1. Januar 2023 in Kraft getretene deutsche Lieferkettengesetz). Fixpunkt für die EU-Nachhaltigkeitsregulierung ist die *Taxonomie-Verordnung (EU) 2020/852* mit mehreren delegierten Rechtsakten und Regulatorischen Technischen Standards, worin umfangreich definiert wird, was als „nachhaltig“ bezeichnet werden darf. Weitere nachhaltigkeitsbezogene EU-Regulierung findet sich verstreut in zahlreichen Richtlinien und Verordnungen, so in der *Versicherungsvermittler-Richtlinie (EU) 2016/97* (Insurance Distribution Directive, IDD) oder in der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 und der Delegierten Richtlinie (EU) 2017/593 zur *Finanzmarktrichtlinie 2014/65/EU* (Markets in Financial Instruments Directive, MiFID II).

## 2. Schweiz: Überblick

Die internationalen Regulierungswellen kommen in der Schweiz jeweils mit etwas Verzögerung an.

Am 29. November 2020 scheiterte die *Konzernverantwortungsinitiative*, die eine zivilrechtliche Haftung auf Konzernebene für die Verletzung internationaler Umwelt- und Menschenrechtsstandards vorgesehen hatte, am Ständemehr. Mit der Konzernverantwortungsinitiative wären – ein erstaunlich wenig beachteter Aspekt – alle anerkannten internationalen Umwelt- und Menschenrechtstandards im Ergebnis zu haftungsbegründenden Schutznormen geworden und hätten das gewachsene System des schweizerischen Haftungsrechts insofern beseitigt.<sup>6</sup>

Mit dem Scheitern der Konzernverantwortungsinitiative trat automatisch der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats in Kraft. Dieser hat per 2023 anstelle einer umfassenden Haftung erstens eine *generelle Nachhaltigkeitsberichterstattung*, konkretisiert durch eine Verordnung zur Klimaberichterstattung, und zweitens eine *Offenlegung sowie Sorgfaltspflichten zu Konfliktmineralien und -metallen sowie Kinderarbeit* entlang der Lieferketten eingeführt, ebenfalls konkretisiert in einer entsprechenden Verordnung (hierzu unten Ziff. II.3.-4.).<sup>7</sup> Die entsprechenden Normen folgen eng der bisherigen EU-Regulierung, namentlich der NFRD, welche aber, wie erwähnt, inzwischen von der stark erweiterten CSRD abgelöst worden ist. Der Bundesrat überprüft aktuell eine Harmonisierung der schweizerischen Regeln mit den neueren EU-Regulierungen.<sup>8</sup>

Bereits seit 2022 besteht eine Pflicht zur Veröffentlichung eines jährlichen *Berichts von Rohstoffunternehmen zu Zahlungen an staatliche Stellen*.<sup>9</sup> Mit dem neuen Aktienrecht sind am 1. Januar 2023 sodann die *Richtwerte und die Pflicht zur Berichterstattung über die Vertretung der Geschlechter* im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung von börsenkotierten Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz in Kraft getreten.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Zur Schutznormtheorie siehe unten, III.1.a)-b); zum Text der gescheiterten Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ siehe BBl 2015 3245 ff., 3247 f.

<sup>7</sup> Art. 964a ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

<sup>8</sup> „Nachhaltige Unternehmensführung: Bundesrat legt weiteres Vorgehen fest“, Medienmitteilung des Bundesrats vom 2. Dezember 2022; Bundesamt für Justiz, Bericht Entwürfe Nachhaltigkeitspflichten EU und geltendes Recht Schweiz vom 25. November 2022.

<sup>9</sup> Art. 964d ff. OR.

<sup>10</sup> Art. 734f OR.

Weitere Nachhaltigkeitsregulierung betrifft die Finanzmarktaufsicht. Im Jahr 2021 führte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) in ihren Rundschreiben 2016/01 „Offenlegung Banken“ und 2016/02 „Offenlegung Versicherungen“ Pflichten von Banken und Versicherungen zur Offenlegung von Klimarisiken und zum diesbezüglichen Risikomanagement ein. Zudem erliess die FINMA angesichts der wachsenden Bedeutung von ESG-bezogenen Kollektivanlagen eine Aufsichtsmitteilung 05/2021 gegen *Greenwashing im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen*. Zahlreiche Branchenvereinigungen erliessen nachhaltigkeitsbezogene *Selbstregulierung*, so die Schweizerische Bankiervereinigung oder die Asset Management Association Switzerland (AMAS).

Ein Positionspapier des Bundesrats zur *Vermeidung von Greenwashing* fordert sodann unter anderem ein Verbot, Finanzdienstleistungen und -produkte als nachhaltig zu bezeichnen, wenn sie lediglich finanzielle Auswirkungen von Umweltrisiken auf die Anlegerinnen und Anleger vermeiden und keine positiven Auswirkungen auf die Umwelt zeitigen, unter anderem um Rechtsrisiken der Finanzdienstleister vorzubeugen.<sup>11</sup> Dies ist angesichts neuerer Untersuchungen pikant, die zeigen, wie schnell Werbung für ESG-Anlagen so verstanden wird, dass diese nicht nur Investitionsrisiken mindern, sondern auch etwas Gutes für die Umwelt tun („*impact*“), was Anreize zum „*Impact Washing*“ schafft.<sup>12</sup>

Andere nachhaltigkeitsbezogene Normen sind in der Rechtsordnung verstreut. Zu nennen sind nachhaltigkeitsbezogene Vorgaben von Bund und Kantonen im öffentlichen Beschaffungswesen. Auch EU-Normen können für Schweizer Unternehmen relevant sein, wenn sie Teil einer europäischen Unternehmensgruppe sind, wegen einer Niederlassung in der EU und eines bestimmten Umsatzes unter die CSDR fallen oder weil Abnehmer in der EU es von ihnen verlangen.

---

<sup>11</sup> Der Auftrag an das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF zur Ausarbeitung entsprechender Normen ist erteilt: Bundesrat, Standpunkt des Bundesrates bezüglich Greenwashing-Prävention im Finanzsektor, 16. Dezember 2022; „Bundesrat will Greenwashing im Finanzmarkt vorbeugen“, Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. Dezember 2022.

<sup>12</sup> Heeb et al., 46 f.

### 3. Nachhaltigkeitsberichterstattung

#### a) Geltungsbereich

Die Pflicht zur jährlichen Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäss Art. 964a ff. OR trifft *grössere Unternehmen* von „öffentlichem Interesse“, nämlich die in der Schweiz oder im Ausland börsenkotierten oder unter der Aufsicht der FINMA stehenden Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, falls sie über mindestens 500 Vollzeitstellen verfügen sowie mehr als CHF 20 Millionen Bilanzsumme oder CHF 40 Millionen Umsatzerlös aufweisen.<sup>13</sup>

#### b) Organpflicht

Der Nachhaltigkeitsbericht ist vom obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan, bei der Aktiengesellschaft vom Verwaltungsrat, zu genehmigen und zu unterzeichnen. Damit ist die Erstellung des Berichts eine Organpflicht und liegt in der Verantwortung namentlich des Verwaltungsrats. Anschliessend ist der Bericht vom für die Genehmigung der Jahresrechnung zuständigen Organ, bei der Aktiengesellschaft von der Generalversammlung, zu genehmigen. Der genehmigte Bericht ist elektronisch zu veröffentlichen.<sup>14</sup>

Was im Unterschied zur Rechnungslegung und auch zum EU-Recht fehlt, ist eine Pflicht zur Prüfung des Nachhaltigkeitsberichts durch die Revisionsstelle. Die *fehlende Revisionspflicht* mag auf den ersten Blick wie eine Erleichterung aussehen. Aus haftungsrechtlicher Perspektive erhöht ihre Abwesenheit jedoch faktisch das Haftungsrisiko der Mitglieder des Verwaltungsrats. Es empfiehlt sich deshalb eine externe Überprüfung und Zertifizierung des Nachhaltigkeitsberichts. Es ist zu erwarten, dass der Schweizer Gesetzgeber im Zuge der aktuell geprüften Harmonisierung mit der europäischen Nachhaltigkeitsberichterstattung eine Revisionspflicht für den Nachhaltigkeitsbericht einführen wird.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Auf konsolidierter Basis, Art. 964a OR i.V.m. Art. 2 lit. c des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005 (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR 221.302) und Art. 3 sowie Art. 24 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1); zur möglichen Anpassung an das EU-Recht siehe vorn bei [Fn. 8](#).

<sup>14</sup> Art. 964c OR.

<sup>15</sup> Siehe Nachweise in [Fn. 8](#).

c) *Abzudeckende Umweltbelange*

Was den Inhalt des Nachhaltigkeitsberichts betrifft, so soll dieser generell zu *Umweltbelangen* Auskunft geben, mindestens aber zu fünf Themenschwerpunkten: CO<sub>2</sub>-Ziele (Klimabelange), Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption.<sup>16</sup> Dies bedeutet, dass auch über weitere Umweltbelange zu berichten ist, falls diese für das Unternehmen oder die Umwelt wesentlich sind. Wird über einen der ausdrücklich genannten Belange nicht berichtet, ist dies „klar und begründet“ im Bericht zu erläutern (Comply-or-Explain-Ansatz).

Die vom *Comply-or-Explain-Ansatz* bezüglich der fünf ausdrücklich genannten Umweltbelange signalisierte Flexibilität darf nicht überbewertet werden. Angesichts der Erfahrungen mit der Comply-or-Explain-Praxis der Börsen ist voraussehbar, dass eine Abweichung von der Berichtspflicht eine substantiell begründete Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens voraussetzen dürfte und die Entscheidung gegen das öffentliche Informationsinteresse einer Überprüfung (vorliegend: der Strafverfolgungsbehörden, siehe unten Ziff. II.5.) unterliegen wird.<sup>17</sup> Die Schweiz prüft überdies mit Blick auf die revidierte europäische Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäss CSDR die Abschaffung des Comply-or-Explain-Ansatzes.<sup>18</sup>

d) *Doppelte Wesentlichkeit*

Der Bericht hat gemäss der Bestimmung jene Angaben zu enthalten, welche für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit auf Umweltbelange wesentlich sind.<sup>19</sup> Dies bedeutet einerseits, dass sowohl Auswirkungen

---

<sup>16</sup> Art. 964b Abs. 1 OR.

<sup>17</sup> Vgl. SIX Exchange Regulation, Leitfaden zur Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance, Fassung 1. Januar 2023, N 42 f.

<sup>18</sup> Siehe vorn bei [Fn. 8](#).

<sup>19</sup> Art. 964b Abs. 1 OR; zum Ansatz der doppelten Wesentlichkeit Darbellay/Caballero, 47 ff. und passim; ferner Eggen/Hermidas, Rz. 41 ff., die bezüglich Umweltauswirkungen in der Schweiz klare Vorgaben zu „impact materiality“ nach dem Vorbild der EU-Taxonomy vermissen.

von Umweltbelangen auf das Unternehmen („outside in“) als auch Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf die Umweltbelange („inside out“) offenzulegen sind (sogenannte *doppelte Wesentlichkeit*).<sup>20</sup>

Andererseits lässt das Gesetz den Unternehmen ein – in der Praxis viel zu wenig wahrgenommenes – *Ermessen*, nach objektiven Kriterien der Wesentlichkeit in Bezug auf nicht ausdrücklich genannte Umweltbelange eine Auswahl zu treffen sowie innerhalb der fünf genannten Bereiche Schwerpunkte zu setzen. Diese von den internationalen Standards vorgesehene Entscheidung über die wesentlichen Aspekte („Materiality“) erlaubt einen Abgleich mit der gesamten Unternehmenspolitik und -kommunikation und sichert einen gewissen Informationswert der Offenlegung. Denn ohne Selektion sind keine sinnvollen Berichte zu erwarten.

e) *Erforderliche Angaben*

Der Bericht, der sich auf alle im rechnungslegungsrechtlichen Sinn kontrollierten Gesellschaften zu erstrecken hat<sup>21</sup>, hat mindestens die folgenden Angaben zu enthalten:

- das Geschäftsmodell;
- die in Bezug auf die Umweltbelange verfolgten Konzepte;
- die Sorgfaltsprüfung bezüglich der Umweltbelange, wobei das Gesetz keine eigenständige Sorgfaltspflicht auferlegt, sondern lediglich prozedural voraussetzt, dass ein Management-System implementiert wird<sup>22</sup>;
- Massnahmen zur Umsetzung der Konzepte und eine Bewertung der Wirksamkeit der Massnahmen;

---

<sup>20</sup> Gemäss einem Bericht des Bundesamts für Justiz sollen die Auswirkungen auf die Umwelt nur soweit relevant sein, als dies für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses und der Lage des Unternehmens erforderlich sei – was sich allerdings nicht aus dem Wortlaut von Art. 964b Abs. 1 OR ergibt, siehe Bundesamt für Justiz, Bericht zur Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vom 19. November 2019, Ziff. 5.1.8.2, 13 f.

<sup>21</sup> Art. 964b Abs. 4 i.V.m. Art. 963 OR.

<sup>22</sup> Parallel zu den Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien/-metalle und Kinderarbeit, siehe unten bei [Fn. 33](#) m.w.H.; unsicher bezüglich der haftungsrechtlichen Qualifikation als Sorgfaltspflichten Forstmoser/ Kuchler, Vorbemerkungen zu Art. 964a ff. OR, Rz. 16.

- die wesentlichen, nicht nur finanziellen<sup>23</sup> Risiken im Zusammenhang mit Umweltbelangen aus der Geschäftstätigkeit und, soweit „*relevant und verhältnismässig*“, aus den Geschäftsbeziehungen (einschliesslich Lieferketten), Erzeugnissen oder Dienstleistungen sowie das Management dieser Risiken (Art. 964b Abs. 2 OR) – wieder ein Ermessen, das Unternehmen nicht durch voreilehenden Gehorsam ohne Not preisgeben und die Gerichten schützen sollten.

#### f) *Relevanz internationaler Regelwerke*

Wird der Bericht nach einem *internationalen Regelwerk* erstellt, ist dieses im Bericht zu nennen. Als relevantes internationales Regelwerk erwähnt das Gesetz die Leitsätze der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD Guidelines for Multinational Enterprises). Der zugehörige Bericht des Bundesamts für Justiz verweist auf weitere Regelwerke.<sup>24</sup>

Soweit die Berichterstattung nach einem internationalen Standard die Vorgaben des OR nicht abdeckt, ist der Bericht mit den entsprechenden Informationen zu *ergänzen*.<sup>25</sup> Mit anderen Worten *genügt es nicht per se, nach allgemein anerkannten Standards zu berichten*, z.B. GRI und SASB. Tatsächlich ist, soweit ersichtlich, nicht ohne weiteres gewährleistet, dass die Berichterstattung nach GRI und SASB effektiv der vom Gesetz vorgeschriebenen Offenlegung der Risiken genügt.

Wie bestimmend die internationalen Standards sind, zeigt die per 1. Januar 2024 in Kraft gesetzte Verordnung zur Berichterstattung über Klimabelange im Rahmen des Nachhaltigkeitsberichts.<sup>26</sup> Demnach wird im Falle einer Berichterstattung gemäss den Standards der Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) vermutet, dass die Berichtspflicht erfüllt ist, und

---

<sup>23</sup> Vgl. Bundesamt für Justiz ([Fn. 20](#)), Ziff. 5.1.11, 15: Es handle sich „nicht in erster Linie um die finanziellen Risiken der Geschäftstätigkeit“, ohne dass diese ausgeschlossen wären. Zur zunehmenden Konvergenz von nicht-finanzieller und finanzieller Wesentlichkeit Darbellay/Caballero, 47 ff.

<sup>24</sup> Bundesamt für Justiz ([Fn. 20](#)), Ziff. 5.1.2, 8 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 964b Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>26</sup> „Bundesrat setzt Verordnung zur verbindlichen Klimaberichterstattung grosser Unternehmen auf 1.1.2024 in Kraft“, Medienmitteilung des Bundesrats vom 23. November 2022.

gilt im Übrigen „comply or explain“.<sup>27</sup> Diese Vermutung bezieht sich allerdings nur auf die Tatsache der Berichterstattung über Klimabelange, nicht auf die relevanten Angaben wie namentlich die Risiken, welche folglich separat nach OR offenzulegen sind.<sup>28</sup>

Die *Terminologie des Gesetzes* entspricht weitgehend der Terminologie der (inzwischen aufgehobenen) europäischen Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung (NFRD), die sich wiederum an die internationalen Standards anlehnte, namentlich die OECD Guidelines und den UN Global Compact. Begriffe wie die ausdrücklich genannten Umweltbelange, die doppelte Wesentlichkeit oder die erforderlichen Angaben („Konzepte“ etc.) stammen daraus. Gesetzesmaterialien, welche Aufschluss über diese Begriffe geben würden, sind nur wenige vorhanden.

Damit führt nur schon faktisch kein Weg an einer *Interpretation* der Gesetzesbestimmung anhand der ausserordentlich umfangreichen Dokumentationen zu den internationalen Standards vorbei, jedenfalls solange sich keine anderweitige autonome Interpretation durch die Gerichte entwickelt.

Die internationalen Standards erhalten aufgrund der gesetzlichen Nachhaltigkeitsregulierung und deren direkter sowie indirekter Bezugnahme darauf eine *zusätzliche rechtliche Qualität*. Auch wenn dies teilweise kritisiert wird, ist zu bemerken, dass eine Konkretisierung gesetzlicher Normen durch private Standards in der Rechtsordnung keineswegs ein Novum ist. So greifen Gerichte für die Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei Fahrlässigkeitsdelikten oder der Garantienpflicht bei unechten Unterlassungsdelikten auf SIA-Baunormen, FIS-Regeln für das Verhalten auf Skipisten des Internationalen Skiverbands, das Reglement des internationalen Eishockeyverbands, betriebliche Sicherheitsstandards oder ärztliche Kunstregeln zurück oder ziehen für die Bestimmung geldwäschereirechtlicher Sorgfaltspflichten die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) als Auslegungshilfe bei.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Art. 2 und Art. 3 der Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange. Konkret wird verwiesen auf: die „Recommendations“ der TFCF in der Fassung vom Juni 2017 mit dem Anhang „Implementing the Recommendations“ in der Fassung vom Oktober 2021 unter Berücksichtigung von sektorübergreifenden und sektorspezifischen Orientierungshilfen und einer „Guidance on Metrics, Targets, and Transition Plans“ in der Fassung vom Oktober 2021.

<sup>28</sup> Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange verweist auf die Umweltbelange gemäss Art. 964b Abs. 1 OR, nicht aber auf die erforderlichen Angaben gemäss Art. 964b Abs. 2 OR, wofür Art. 964b Abs. 3 Satz 2 OR einen Vorrang der gesetzlichen Regelungen vor den internationalen Standards vorbehält.

<sup>29</sup> Siehe hierzu mit Nachweisen Daniel Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 831.

g) *Neue rechtliche Verbindlichkeit interner Management-Systeme*

Die gesetzliche, aus den internationalen Standards stammende Terminologie der offenzulegenden Management-Prozesse (Konzepte, Sorgfaltsprüfung, Leistungsindikatoren, Soll-Ist-Vergleich, doppelte Wesentlichkeit) ist wiederum keine reine Erfindung der internationalen Standardsetzer, sondern greift leicht erkennbar auf etablierte Management-Systeme zurück. Sie erinnert etwa an die monetäre und nichtmonetäre Aspekte kombinierende Balanced Scorecard und an das die Unternehmung als Teil eines Netzwerks verstehende Supply Chain Management.

Mit der Verrechtlichung der Nachhaltigkeitsregulierung werden interne Management-Systeme rechtlich verpflichtend und auch haftungsrechtlich relevant. Auch die Sorgfaltspflichten bezüglich Konfliktmineralien und -metalle sowie Kinderarbeit verlangen die Einführung eines Management-Systems (siehe sogleich Ziff. [II.4.](#)).

4. **Offenlegung und Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien und -metallen sowie Kinderarbeit**

Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz, welche gewisse Mineralien und Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten einführen oder bearbeiten oder Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht, unterstehen bestimmten Berichts- und Sorgfaltspflichten entlang der Lieferkette.<sup>30</sup> In Bezug auf Konfliktmineralien und -metalle nimmt die zugehörige Verordnung bestimmte Einfuhr- und Bearbeitungsmengen, in Bezug auf Kinderarbeit kleinere und mittlere Unternehmen und Unternehmen mit geringem Risiko von den Pflichten aus.<sup>31</sup>

Betreffend die Sorgfaltspflichten verlangt das Gesetz die *Einführung eines Management-Systems* mit Lieferkettenpolitik und ein Risikomanagement hinsichtlich schädlicher Auswirkungen in der Lieferkette.<sup>32</sup> Zu den Sorgfaltspflichten statuiert das Gesetz keine materiellen Pflichten, sondern auferlegt lediglich prozedurale Informationsverarbeitungspflichten, eben die Einführung eines Management-Systems. Insbesondere verbietet es nicht, Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten oder Waren mit Verdacht auf Kinderarbeit

---

<sup>30</sup> Art. 964j ff. OR.

<sup>31</sup> Art. 4 und Art. 6-7 der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vom 3. Dezember 2021 (VSoTr, SR 221.433).

<sup>32</sup> Art. 964k OR.

einzuführen.<sup>33</sup> Die Verordnung präzisiert die Anforderungen an das Management-System. Sie befreit Unternehmen, die bestimmte internationale Standards der OECD, EU, ILO oder UNO umsetzen und danach berichten, von den gesetzlichen Pflichten.<sup>34</sup>

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der Gesellschaft, bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat, ist für die elektronische Veröffentlichung eines jährlichen Berichts über die Erfüllung der entsprechenden Sorgfaltspflichten verantwortlich.<sup>35</sup> Für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu Konfliktmineralien und -metallen, und nur hierfür, ist eine Überprüfung durch eine unabhängige Fachperson vorgeschrieben.<sup>36</sup> Anders als beim allgemeinen Nachhaltigkeitsbericht ist keine Genehmigung des Berichts durch die Generalversammlung erforderlich.

## 5. Strafrechtliche Durchsetzung

Vor der Untersuchung der haftpflichtrechtlichen Konsequenzen sind noch die anderweitigen Durchsetzungsmechanismen der Normen zu beleuchten.

Entsprechend dem allgemeinen Regulierungstrend stützt sich der Gesetzgeber für die Durchsetzung der Normen auf das *Strafrecht*. Falsche Angaben oder unterlassene Berichterstattung im Nachhaltigkeitsbericht, einschliesslich des Berichts über die Sorgfaltspflichten bei Konfliktmetallen- und mineralien sowie Kinderarbeit, können Bussen bis CHF 100,000 (CHF 50,000 bei Fahrlässigkeit) nach sich ziehen.<sup>37</sup> Wer falsche Angaben im Bericht von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen macht, die Berichterstattung unterlässt, einen solchen Bericht nicht führt oder nicht aufbewahrt, wird nur bei Vorsatz mit einer Busse von CHF 10,000 wird bestraft.<sup>38</sup>

Greenwashing, also die falsche oder irreführende Bezeichnung einer Unternehmenstätigkeit, eines Produkts oder einer Dienstleistung als nachhaltig, kann als *unlauterer Wettbewerb* im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) qualifizieren. Unlauterer Wettbewerb wird auf Anzeige

---

<sup>33</sup> Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zur Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr) vom 3. Dezember 2021, 6, 27; Brand, 360.

<sup>34</sup> Art. 9 VSoTr mit Anhang 2 zur VSoTr.

<sup>35</sup> Art. 964I OR.

<sup>36</sup> Art. 964k Abs. 3 OR.

<sup>37</sup> Art. 325<sup>ter</sup> des schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) i.V.m. Art. 964a ff. und Art. 964j ff. OR.

<sup>38</sup> Art. 325<sup>bis</sup> i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB und Art. 964d ff. OR.

von Individuen oder Verbänden hin, namentlich des hierfür zuständigen Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), strafrechtlich verfolgt. Die strafrechtliche Verfolgung setzt mindestens Eventualvorsatz voraus.<sup>39</sup> Es drohen Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis CHF 540,000.<sup>40</sup> Je detaillierter international anerkannte Nachhaltigkeitsstandards definieren, was als nachhaltig gilt, desto grösser werden Risiken einer Qualifikation einer Unternehmenskommunikation als unlauterer Wettbewerb.

Falsche oder unvollständige Berichterstattung im Nachhaltigkeitsbericht oder in anderen öffentlichen nachhaltigkeitsbezogenen Bekanntmachungen können sodann den (bisher kaum verfolgten) *Straftatbestand der unwahren oder unvollständigen Angaben über kaufmännische Gewerbe* erfüllen.<sup>41</sup> Es handelt sich um ein Sonderdelikt, das nur gegen bestimmte Funktionsträger, namentlich die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung, verfolgt wird. Voraussetzung ist, dass die falschen oder unvollständigen Angaben von „erheblicher Bedeutung“ sind und „einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können“. Gemäss den Gesetzgebungsmaterialien ist auch ein Verschweigen von Angaben erfasst.<sup>42</sup> Die Strafbarkeit setzt mindestens Eventualvorsatz voraus.<sup>43</sup> Ausser Betracht fällt der Tatbestand der *Urkundenfälschung*, weil namentlich dem Nachhaltigkeitsbericht kein Urkundencharakter zukommt.<sup>44</sup>

## 6. Interaktion mit anderen Informationspflichten

Die Rechtsrisiken fehlerhafter Nachhaltigkeitsberichterstattung können sich durch die Interaktion mit anderen Publizitätspflichten kumulieren:

---

<sup>39</sup> Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241) i.V.m. Art. 12 Abs. 2 StGB.

<sup>40</sup> Art. 2 und Art. 3 i.V.m. Art. 23 UWG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB.

<sup>41</sup> Art. 152 StGB; zur Strafbarkeit im Zusammenhang mit nachhaltigkeitsbezogener Kapitalmarktinformation siehe Darbellay/Caballero, 56 f.

<sup>42</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1991 II, 969 ff., 1034; zum Tatbestand siehe Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 645 ff. m.w.H.

<sup>43</sup> Art. 12 Abs. 2 StGB.

<sup>44</sup> Art. 251 StGB; für Nachweise siehe hinten Ziff. [III.1.e](#) am Ende.

Reflektiert die Rechnungslegung wesentliche Angaben des Nachhaltigkeitsberichts, etwa zu Umweltrisiken, nicht, kann dies eine *Revisionshaftung* gemäss Art. 755 OR nach sich ziehen. Im Fall börsenkotierter Unternehmen droht zudem eine *Sanktionierung durch die Börse*<sup>45</sup> wegen Verletzung von Rechnungslegungsstandards.

Sodann unterliegt die Nachhaltigkeitsberichterstattung dem *Gebot der Übereinstimmung von Anlegerinformationen* mit einem allfälligen Prospekt oder Basisinformationsblatt<sup>46</sup>, was bei Abweichungen im Fall von beaufsichtigten Instituten zu aufsichtsrechtlichen Sanktionen<sup>47</sup> führen kann.

Wesentliche Abweichungen des Prospekts vom Nachhaltigkeitsbericht können eine *Prospekthaftung*<sup>48</sup> auslösen (hierzu unten Ziff. III.2.) und bei Vorsatz den *Straftatbestand* eines falschen oder unvollständigen Prospekts<sup>49</sup> erfüllen.

Nicht zu unterschätzen ist schliesslich die Interaktion der Nachhaltigkeitsberichterstattung mit der *Ad-hoc-Publizitätspflicht* börsenkotierter Unternehmen.<sup>50</sup> Zum einen sind in Ad-hoc-Mitteilungen erwähnte Umweltrisiken und andere aus Sicht der Anlegerinnen und Anleger erheblich kursrelevante nachhaltigkeitsbezogene Informationen im Nachhaltigkeitsbericht nachzuführen, andernfalls eine leicht zu entdeckende Verletzung der Nachhaltigkeitsberichterstattungspflicht vorliegt. Zum anderen kann die Veröffentlichung nachhaltigkeitsbezogener Informationen, zum Beispiel Aussagen über Management-Prozesse und über verfolgte oder erreichte Ziele, eine bestimmte Markterwartung schaffen, welche im Falle von abweichenden Entwicklungen eine der Gewinnwarnungspflicht ähnliche Ad-hoc-Publizitätspflicht auslöst.<sup>51</sup> Verletzungen der Ad-hoc-Publizitätspflicht werden von der

---

<sup>45</sup> Für die SIX siehe Art. 49 Abs. 1, Art. 51 und Art. 60 f. SIX-Kotierungsreglement (2022) und die SIX-Richtlinie betr. Rechnungslegung.

<sup>46</sup> Art. 68 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1); zum Übereinstimmungsgebot siehe SK FIDLEG-Dedeyan, Art. 68, N 54 ff.

<sup>47</sup> Art. 29 ff. des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

<sup>48</sup> Art. 69 FIDLEG.

<sup>49</sup> Art. 90 FIDLEG.

<sup>50</sup> Für die SIX Swiss Exchange: Art. 53 des SIX-Kotierungsreglements (2022).

<sup>51</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 3 SIX-Richtlinie betr. Ad hoc-Publizität und SIX-Leitfaden zur Richtlinie betr. Ad hoc-Publizität vom 1. Oktober 2021, N 79, 188; zur Aktualisierungs-Pflicht im Rahmen der Ad-hoc-Publizität siehe Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 747 ff.

Börse unter anderem mit Bussen von bis zu CHF 10 Millionen (CHF 1 Million bei Fahrlässigkeit) verfolgt und unter Namensnennung öffentlich bekannt gemacht.<sup>52</sup>

Soweit falsche oder irreführende nachhaltigkeitsbezogene Informationen verbreitet werden, die an den Markt ein falsches Signal betreffend „das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs“ von börsenkotierten Finanzinstrumenten senden, kann dies als *Markt- bzw. Kursmanipulation* der aufsichtsrechtlichen Verfolgung durch die FINMA und der strafrechtlichen Verfolgung durch die Bundesstaatsanwaltschaft unterliegen.<sup>53</sup> In diese Kategorie könnten beispielsweise kurstreibende Aussagen über eine neue Nachhaltigkeitsstrategie fallen.

An der SIX Swiss Exchange (SIX) kotierten Emittenten steht es seit 2017 offen, mit einem „Opting-in“ gegenüber der SIX zu deklarieren, dass sie einen Nachhaltigkeitsbericht gemäss einem von der SIX anerkannten internationalen Standard erstellen und veröffentlichen. Die SIX führt die Unternehmen mit einem solchen Opting-in auf ihrer Webseite auf. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung der betroffenen Unternehmen unterliegt in der Folge der Überprüfung durch den regulatorischen Arm der SIX, die SIX Exchange Regulation (SER), sowie einer *Sanktionierung durch die SER* im Falle der Verletzung des gewählten internationalen Standards zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, wie die SIX dies bereits in Bezug auf Rechnungslegungsstandards praktiziert. Bisher sind noch keine entsprechenden Sanktionsverfahren bekannt geworden. Ausserdem sind an der SIX kotierte Emittenten, die nicht dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR) unterliegen (d.h. ausländische Emittenten), die aber die Schwellenwerte des OR für die Nachhaltigkeitsberichterstattungspflicht überschreiten, neu verpflichtet, im Corporate-Governance-Bericht die Angaben eines Nachhaltigkeitsberichts gemäss OR aufzunehmen, soweit kein gleichwertiger ausländischer Bericht vorliegt<sup>54</sup>. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung solcher Emittenten im Corporate-Governance-Bericht unterliegt demnach zwingend der Prüfung der SIX.

---

<sup>52</sup> Art. 61 SIX-Kotierungsreglement (2022) und Ziff. 6 SIX-Verfahrensordnung (2021).

<sup>53</sup> Art. 143 und Art. 155 des Bundesgesetzes über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG, SR 958.1).

<sup>54</sup> Ziff. 7a Anhang zur SIX-Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG, seit 1. Januar 2023), wobei der Leitfaden der SIX zur RLCG (Fassung vom 1. Januar 2023), N 278, anders als das OR und die Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange zwingend von einer Berichterstattung über Klimabelange gemäss den TCFD-Empfehlungen ausgeht.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Kommunikation im Nachhaltigkeitsbericht mit der gesamten übrigen freiwilligen und Pflicht-Kommunikation des Unternehmens abzugleichen ist und die Interaktion der verschiedenen informationsbezogenen Pflichten mit der Nachhaltigkeitsregulierung erhöhte Rechtsrisiken schafft.

### III. Folgen für die Kommunikationshaftung

Eine Haftung für fehlerhafter Unternehmenskommunikation setzt voraus, dass ein finanzieller Schaden eintritt, beispielsweise infolge eines Minderwerts einer Investition, eines Kurssturzes oder von Bussenzahlungen im In- und Ausland. Mögliche Fallkonstellationen sind, dass fälschlich mit der Einhaltung bestimmter Nachhaltigkeitsstandards geworben, im Nachhaltigkeitsbericht ein Umweltrisiko nicht offengelegt, offengelegte Ziele oder Prozesse nicht umgesetzt oder Leistungsindikatoren falsch angegeben wurden. Nachfolgend werden mögliche Haftungsgrundlagen geprüft.

#### i. Deliktshaftung

##### a) *Objektive Widerrechtlichkeitstheorie als Schutz vor einer Haftungsflut*

Art. 41 Abs. 1 OR sieht eine Haftung für Schäden, die natürlich und adäquat durch widerrechtliches Verhalten verursacht werden, vor, und zwar bereits bei leichter Fahrlässigkeit. Diese Norm begründet nicht selbst eine Haftung, sondern setzt voraus, dass entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut wie Eigentum oder Persönlichkeit oder, wenn kein solches Rechtsgut beeinträchtigt ist (also bei reinen Vermögensschäden), eine besondere *Schutznorm* verletzt ist. Diese aus der deutschen Doktrin übernommene sogenannten objektive Widerrechtlichkeitstheorie, wonach eine Haftung nur an die Verletzung bestimmter Normen anknüpfen kann, verfolgte immer schon den Zweck, eine das Wirtschaftsleben lähmende Haftungsflut zu verhindern.<sup>55</sup>

Zu prüfen ist demnach jeweils, ob nachhaltigkeitsbezogenen Standards und Normen Schutznormcharakter zukommt. Eine Norm gilt dann als haftungsbe gründende Schutznorm, wenn sie ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung

---

<sup>55</sup> Hierzu ausführlich Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 919 ff. m.w.H.; Dedeyan, Haftung als Regulierungsinstrument, 623 ff.

ist (insbesondere nicht eine bloss bilateral wirksame privatrechtliche Pflicht) und zudem den Zweck verfolgt, die geschädigte Partei vor einem Schaden wie dem eingetretenen zu schützen.<sup>56</sup>

b) *Kein Schutznormcharakter von Nachhaltigkeitsstandards*

*Internationale Nachhaltigkeitsstandards* im Sinne von nichtstaatlichem „Soft Law“ (Ziff. [II.1.](#)) sind von vornherein keine Gebote oder Verbote der Rechtsordnung und kommen deshalb als Schutznormen nicht in Frage. Auch völkerrechtlichen Verträgen fehlt der Schutznormcharakter.<sup>57</sup>

Zu prüfen ist jedoch der Schutznormcharakter der oben dargestellten *schweizerischen Nachhaltigkeitsregulierung* (Ziff. [II.2.-5.](#)), ob also diese Normen eine geschädigte Partei vor einem Schaden wie dem eingetretenen schützen. Nun dienen fast alle Rechtsnormen in irgendeiner Weise zumindest auch dem Individualschutz, weshalb Individualschutz für sich allein als Kriterium des Vorliegens einer Schutznorm ausscheidet.<sup>58</sup> Die deutsche Doktrin zur objektiven Widerrechtlichkeitstheorie erinnert daran, dass es für den Schutznormcharakter einer Bestimmung entscheidend ist, ob diese gemäss ihrem Zweck vor Schäden wie dem eingetretenen *durch Schadenersatz*, also durch eine ausgleichende Geldzahlung, schützen soll. Hierbei ist zu berücksichtigen, ob die Durchsetzung der Norm bereits durch andere Rechtsfolgen einer Verletzung gewährleistet ist oder eine zivilrechtliche Haftung dafür vorgesehen ist.<sup>59</sup> Das Haftungsrecht verlangt demzufolge nach einer wertenden Abwägung angesichts der Funktion und Funktionsgrenzen einer Haftung für fahrlässige Verletzungen, im Kontext anderer Durchsetzungsmechanismen in der Rechtsordnung.

Die Pflichten gemäss Art. 964a ff. OR zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, zur Berichterstattung und Sorgfaltspflicht betreffend Konfliktmineralien und -metalle sowie Kinderarbeit und zur Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen (Ziff. [II.3.-4.](#)) verfolgen generell den Zweck, die natürliche und soziale Umwelt zu schützen und Finanzströme hin

---

<sup>56</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 919 ff. m.w.H.

<sup>57</sup> Roberto/Fisch, 1234.

<sup>58</sup> Anders Hofstetter, 574, der vom möglichen Interesse der Anleger am Nachhaltigkeitsbericht bei der Investitionsentscheidung auf einen Schutznormcharakter der Normen schliesst; einen Schutznormcharakter für Art. 964a ff. OR „zusammen mit dem [...] Soft Law“ offen lassend, aber tendenziell bejahend, weil der internationale Trend in diese Richtung gehe; Haas, 331.

<sup>59</sup> Hierzu eingehend Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 931 ff. m.w.H.

zu einer nachhaltigeren Wirtschaftstätigkeit zu lenken.<sup>60</sup> Ein Zweck, durch fehlerhafte Berichterstattung oder nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflichten geschädigte Individuen mittels Geldzahlung zu entschädigen, ist hierbei weder ausdrücklich noch implizit aus den Gesetzgebungsmaterialien ersichtlich. Im Gegenteil hielt der Bundesrat im Vorfeld des Erlasses der entsprechenden Normen im indirekten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, welche eine entsprechende Haftung ermöglicht hätte, fest, dass mit den neuen Pflichten „keine Haftungsregeln, die über die heute geltenden Regeln hinausgehen“, eingeführt werden sollten.<sup>61</sup> Auch der Blick auf die in der Rechtsordnung gewährleisteten Durchsetzungsmechanismen für die entsprechenden Normen (Ziff. II.5.) zeigt, dass ein zusätzlicher Eingriff mittels einer zivilrechtlichen Haftung selbst für fahrlässige Kommunikationsfehler zur Durchsetzung der Normen nicht unerlässlich ist.

Aus dem gleichen Grund stellen die *Straftatbestände* betreffend die Nachhaltigkeitsberichterstattung, die Berichterstattung und Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien und -metalle sowie Kinderarbeit oder die Berichterstattung über Zahlungen von Rohstoffunternehmen an staatliche Stellen gemäss Art. 325bis-ter StGB (Ziff. II.5.) keine Schutznormen dar. Diese Tatbestände sind ohnedies nicht dem Vermögensstrafrecht, welches das Vermögen schützt, zuzurechnen.

---

<sup>60</sup> Für die Nachhaltigkeitsberichterstattung kann unter anderem auf das Vorbild zur schweizerischen Regelung, die bisherige EU-Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung (Non-financial Reporting Directive, NFDR), insbesondere Erwägungsgrund 3, zurückgegriffen werden (Richtlinie (EU) 2014/95 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl L 330/1 vom 16. November 2014, 1 ff.); ausführlicher die inzwischen erlassene Nachhaltigkeitsberichterstattungsrichtlinie (Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD) in den Erwägungsgründen 1 und 2 (Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl L 322/15 vom 16. Dezember 2022, 5 ff.).

<sup>61</sup> „Schweizer Unternehmen sollen über Einhaltung der Menschenrechte und Umweltschutzstandards berichten“, Medienmitteilung des Bundesrats vom 14. August 2019; einen Schutznormcharakter ebenfalls ablehnend Bühler, 725.

c) *Funktion und Funktionsgrenzen der Haftung als Regulierungsinstrument*

Das Fehlen eines Schutznormcharakters der erwähnten Nachhaltigkeitsregulierung steht im Einklang mit der Funktion und den Funktionsgrenzen der Haftung als Regulierungsinstrument insbesondere in Bezug auf die Unternehmenskommunikation<sup>62</sup>:

Eine Haftung verspricht, Schäden auszugleichen bzw. vor schädigendem Verhalten abzuschrecken, und würde gewiss teilweise zur Normdurchsetzung beitragen. Eine Haftung bereits für fahrlässige Unternehmenskommunikation könnte jedoch ihrer *Kompensationsfunktion* kaum gerecht werden. Denn einerseits würden die existierenden prozessualen Haftungshürden die Durchsetzung aleatorisch machen. Andererseits bedeutet eine Haftung für Kurschäden infolge fehlerhafter Kommunikation besonders im Kapitalmarkt eine potenziell Haftung gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Geschädigten in nach oben offener Höhe. Eine solche Haftung bereits für fahrlässige Kommunikation schüfe – im Widerspruch zur Wertung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie – unberechenbare und teilweise unvermeidbare Haftungsrisiken, die das Unternehmen oft nicht selber tragen und jedenfalls teuer versichern lassen müsste (solange Versicherungen noch eine bezahlbare Deckung anbieten) bzw. indirekt von Dritten, im Falle eines Emittenten von den nicht klagenden Aktionären, zu tragen wären. Damit würde zugleich die *Präventionsfunktion* der Haftung regelmässig versagen. Soweit eine solche Haftung doch griffe, führte sie wegen ihrer Unberechenbarkeit und Unvermeidbarkeit leicht zu einer für die Informations- und Entscheidungsprozesse im Markt abträglichen Übervorsichtigkeit bei der Kommunikation. Eine wahrscheinliche Folge wäre unter anderem, dass generell zurückhaltender, formelhafter oder möglichst negativ berichtet und damit der Informationsgehalt der Marktkommunikation sinken würde (wie unter der SEC-Prospektregulierung zu beobachten war<sup>63</sup>).

Wenn Haftung für Unternehmenskommunikation jenseits der empirisch regelmässig scheiternden Kompensations- und Präventionsfunktion eine positive Funktion erfüllen kann, so ist sie am ehesten im Signal einer zeitlichen Bindung des Unternehmens an sein Kommunikationsverhalten und damit in

---

<sup>62</sup> Hierzu und zum Folgenden siehe die Untersuchung in Dedeyan, *Regulierung der Unternehmenskommunikation*, 886 ff.; Dedeyan, *Haftung als Regulierungsinstrument*, 627 ff.

<sup>63</sup> Watter, 55.

der *Stabilisierung der Unternehmenskommunikation* zu suchen.<sup>64</sup> Eine unberechenbare und praktisch kaum vermeidbare Haftung bereits für fahrlässige Unternehmenskommunikation wäre nicht mit dieser Funktion vereinbar.

Wo Haftung an ihre Funktionsgrenzen gelangt, müssen andere Formen der Verantwortlichkeit im Zusammenspiel mit Publizitätsnormen und Kontrollmechanismen, unterstützt durch Selbstregulierung, übernehmen. Dies ist bei der Auslegung und Anwendung der Normen und insbesondere bei der Abwägung, ob einer Norm Schutznormcharakter zukommt, zu berücksichtigen.<sup>65</sup>

*d) Kein Schutznormcharakter aufsichtsrechtlicher Nachhaltigkeitsregulierung*

Dass aus denselben Gründen auch sämtlichen finanzmarktrechtlichen Normen kein Charakter einer Schutznorm, die eine Haftung für leichtfahrlässige Unternehmenskommunikation begründen würde, zukommen kann, ist an anderer Stelle untersucht und dargelegt worden.<sup>66</sup> Somit fällt im Zusammenhang mit nachhaltigkeitsbezogener Unternehmenskommunikation auch eine Haftung für die Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Klimaberichterstattungspflicht, einer möglichen künftigen Regulierung gegen Greenwashing<sup>67</sup> (Ziff. [II.2.](#)), der Ad-hoc-Publizitätspflicht oder des Verbots der Markt- und Kursmanipulation (Ziff. [II.5.](#)) ausser Betracht.

*e) Schutznormcharakter des Straftatbestands fehlerhafter Angaben über kaufmännische Gewerbe*

Einzig als Schutznorm anerkannte Strafnorm im Bereich der Unternehmenskommunikation ist das bereits erwähnte vermögensstrafrechtliche *Verbot unwahrer oder unvollständiger Angaben über kaufmännische Gewerbe* gemäss Art. 152 StGB (Ziff. [II.5.](#)).<sup>68</sup>

Im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Haftung ist umstritten, ob die Haftung entsprechend dem strafrechtlichen Tatbestand *mindestens Eventualvorsatz* der fehlerhaften Kommunikation voraussetzt, oder entsprechend

---

<sup>64</sup> Für die Herleitung siehe Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 22 ff., 886 ff., 895 ff.; Dedeyan, Haftung als Regulierungsinstrument, 627 ff.

<sup>65</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 33 ff. (zum rechtsmethodischen Hintergrund), 269 ff. (zum regulierungstheoretischen Kontext).

<sup>66</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 960 ff.; Dedeyan, Haftung als Regulierungsinstrument, 632.

<sup>67</sup> Siehe bei [Fn. 11.](#)

<sup>68</sup> Böckli, Corporate Governance, 105 f.; bezogen auf nachhaltigkeitsbezogene Kapitalmarkt-kommunikation Darbellay/Caballero, 57 f.

Art. 41 Abs. 1 OR bereits bei Fahrlässigkeit greift. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Wertung im Vermögensstrafrecht, gewöhnliches wirtschaftliches Handeln nicht übermässig zu kriminalisieren und deshalb mindestens Eventualvorsatz zu verlangen, der Wertung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie im Haftpflichtrecht entspricht, eine ausufernde Haftung zu verhindern. Angesichts des Gleichlaufs der straf- und zivilrechtlichen Wertung muss eine Haftung aus Verletzung des strafrechtlichen Verbots fehlerhafter Unternehmenskommunikation mindestens Eventualvorsatz voraussetzen.<sup>69</sup> Zwar gab es bisher zu dieser Strafnorm kaum Verurteilungen und gewährte soweit ersichtlich gestützt darauf noch kein Gericht Schadenersatzzahlungen. Deren blosser realistische Möglichkeit erfüllt jedoch bereits eine Signalfunktion und vermag das Verhalten positiv zu beeinflussen.<sup>70</sup>

Zwar ist auch die Strafnorm des *Verbots der Urkundenfälschung* nach Art. 251 StGB allgemein als haftungsbegründende Schutznorm anerkannt.<sup>71</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dem Geschäftsbericht im Sinne des Lageberichts kein Urkundencharakter zukommt<sup>72</sup>, kann jedoch auch mit falschen Angaben im damit vergleichbaren Nachhaltigkeitsbericht keine Urkundenfälschung begangen werden. Der Tatbestand von Art. 251 StGB begründet somit keine Haftung für den Nachhaltigkeitsbericht.

#### *f) Haftung für unlauteren Wettbewerb*

Wie erwähnt kann Greenwashing unlauteren Wettbewerb im Sinne des UWG darstellen (Ziff. [II.5](#)). Wer durch unlauteren Wettbewerb in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist, kann auf Schadenersatz „nach Massgabe des Obligationenrechts“, also nach Art. 41 Abs. 1 OR, klagen.<sup>73</sup> Klagen können unter anderem Mitbewerber sowie Kundinnen und Kunden.<sup>74</sup> Es bietet sich der Klägerin oder dem Kläger ein gleichzeitiger Strafantrag an, zumal die von Amtes wegen erfolgende Abklärung des Sachverhalts durch die Strafverfolgungsbehörde die Sachverhaltsermittlung der klagenden Partei erleichtert.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 943 ff. m.w.H.; Dedeyan, Haftung als Regulierungsinstrument, 633 f.

<sup>70</sup> Zur Signalfunktion von Haftung Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 283.

<sup>71</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015 E. 2.1.

<sup>72</sup> BGE 120 IV 122 E. 4c/aa S. 130.

<sup>73</sup> Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 und Art. 3 UWG.

<sup>74</sup> Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 UWG.

<sup>75</sup> Dedeyan, Macht durch Zeichen, 138.

Allerdings kann die Haftung für unlauteren Wettbewerb nicht zu einer Haftung für jegliche fehlerhafte Unternehmenskommunikation, auch nicht jeder Werbung, führen, sondern setzt einen qualifizierten lauterkeitsrechtlichen Verstoß gegen Treu und Glauben im Wettbewerb voraus.<sup>76</sup>

Die Generalklausel „Treu und Glauben“ ist spezifisch wettbewerbsrechtlich mit Blick auf den Zweck des UWG, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu schützen (Art. 1 UWG), zu verstehen und vom allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu unterscheiden.<sup>77</sup> Es geht um ein Verhalten, welches das allgemeine Vertrauen im Wettbewerb ausnützt und dadurch das „System des freien Wettbewerbs um seinen Nutzen bringt“, „den Wettbewerb als solchen gefährdet oder die erwarteten Wettbewerbsergebnisse vereitelt“.<sup>78</sup> Nicht nur ein individuelles Interesse oder irgendein öffentliches Interesse, sondern das System des Wettbewerbs muss durch das Verhalten gefährdet sein. Zu denken ist also nicht an punktuell fehlerhafte Nachhaltigkeitsberichte oder Übertreibungen in der Werbung, sondern vielmehr an eine *grossangelegte betrügerische Werbekampagne*.

Eine solches spezifisches Verständnis einer Haftung für unlauteren Wettbewerb ist auch angesichts der Grundwertung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie des Haftpflichtrechts, eine auf die Informations- und Entscheidungsprozesse im Markt negativ zurückwirkende Haftungsflut zu verhindern, und angesichts der erwähnten Funktion und Funktionsgrenzen der Haftung geboten (Ziff. [III.1.c](#)).

#### g) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass es keine allgemeine deliktische Haftung für fahrlässige Unternehmenskommunikation gibt, auch nicht in Bezug auf nachhaltigkeitsbezogene Informationen. Denkbar ist jedoch eine deliktische Haftung für mindestens eventualvorsätzliche fehlerhafte Unternehmenskommunikation in öffentlichen Bekanntmachungen gemäss Art. 152 StGB.

Ausserdem ist eine Haftung bereits für fahrlässige fehlerhafte Unternehmenskommunikation möglich, wenn diese die qualifizierten Kriterien unlauteren Wettbewerbs erfüllt. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Normen sind

---

<sup>76</sup> Art. 2 UWG; siehe im Zusammenhang mit der Werbung für Finanzinstrumente SK FIDLEG-Dedeyan, Art. 68, N 68 f.

<sup>77</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II, 1009 ff., 1042 f., 1059; BSK UWG-Hilty, Art. 2, N 3 f.

<sup>78</sup> BBl 1983 II, 1043 m.w.H.

die Grundwertung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie und die Funktion sowie Funktionsgrenzen der Haftung als Regulierungsinstrument im Auge zu behalten.

Die Wertung, für eine allgemeine Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation mindestens Eventualvorsatz vorauszusetzen, findet im Übrigen Unterstützung in der Rechtsvergleichung, zumal sie soweit ersichtlich der Rechtslage in Deutschland, Grossbritannien und den USA entspricht.<sup>79</sup> Es wird zu beobachten sein, ob kommende europäische Nachhaltigkeitsregulierung eine Haftung für fahrlässige Unternehmenskommunikation mit sich bringen wird.<sup>80</sup>

## 2. Prospekthaftung

Der Prospekthaftung unterliegen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben *im Prospekt oder in ähnlichen Mitteilungen* beim öffentlichen Angebot oder bei der Handelszulassung von Effekten.<sup>81</sup> „Ähnliche Mitteilungen“ sind werbende Veröffentlichungen an die Anlegerinnen und Anleger im Zusammenhang mit der Emission oder Handelszulassung der Effekten<sup>82</sup>, also nicht etwa ein Nachhaltigkeitsbericht oder eine allgemeine Werbung mit Nachhaltigkeit.

Denkbar ist der Fall, dass ein Emittent für die Anlegerinnen und Anleger wesentliche nachhaltigkeitsbezogene Informationen im Nachhaltigkeitsbericht, nicht aber in einem im selben Zeitraum publizierten Prospekt mitteilt. Handelt es sich bei diesen Angaben beispielsweise um Umweltrisiken, würden dem Prospekt vorgeschriebene Angaben in der „Risk Section“ fehlen.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Siehe den Rechtsvergleich in Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 940 ff.

<sup>80</sup> Vgl. etwa die in Art. 1(1)(b) und Art. 22 des Entwurfs der EU-Lieferketten-Richtlinie vorgesehenen Haftungsfolgen für Sorgfaltspflichtverletzungen (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23. Februar 2022, COM(2022) 71 final).

<sup>81</sup> Art. 69 FIDLEG.

<sup>82</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 901 m.w.H.

<sup>83</sup> Ziff. 2.1 Anhang 1 der Verordnung über die Finanzdienstleistungen vom 6. November 2019 (Finanzdienstleistungsverordnung, FIDLEV, SR 950.11).

Die Prospekthaftung setzt bereits bei *leichter Fahrlässigkeit* ein. Anders als bei der allgemeinen Unternehmenskommunikation ist dies beim Prospekt gerechtfertigt, angesichts der Tatsache, dass dieser ein von Expertinnen und Experten sorgfältig vorbereitetes Dokument ist, auf welches Anlegerinnen und Anleger ihren Investitionsentscheid stützen können sollen.

Vorausgesetzt ist sodann entsprechend dem allgemeinen Haftpflichtrecht eine natürliche und adäquate *Kausalität* zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Schaden. Bezüglich des Beweises der Kausalität verlangt das Bundesgericht lediglich „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, um der klagenden Partei die Beweisführung nicht allzu sehr zu erschweren.<sup>84</sup> Für die Prospekthaftung erleichterte das Bundesgericht die Anforderungen an den Beweis der Kausalität noch weiter. Darauf ist genauer einzugehen, weil diese Rechtsprechung bezüglich der Haftung für die hier besonders interessierenden Kursschäden generell von Bedeutung ist, so auch im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (siehe sogleich unter Ziff. [III.4.](#)):

Für die Prospekthaftung nimmt das Bundesgericht im Sinne einer *natürlichen Vermutung* an, dass der Prospekt eine „Anlagestimmung“ schafft und der Kapitalmarkt effizient ist, also die Preise die im Markt vorhandenen Informationen spiegeln, also auch falsche oder irreführende Angaben im Prospekt.<sup>85</sup> Auf dem Primärmarkt ist grundsätzlich von einer Kausalität eines falschen oder irreführend Prospekts für den Anlageentscheid auszugehen. Auf dem Sekundärmarkt kann eine Kausalität des Prospekts desto eher angenommen werden, je weniger Zeit zwischen der Prospektveröffentlichung und dem Anlageentscheid vergangen ist.

Das Bundesgericht lehnt jedoch eine *Beweislastumkehr* ab, bei welcher die Kausalität *ex lege* vermutet würde und von der beklagten Partei zu widerlegen wäre. Damit lässt es Raum für die Berücksichtigung von anderweitigen kurs-treibenden Faktoren wie eine euphorische Marktstimmung. Eine Beweislastumkehr nach dem Vorbild der US-amerikanischen „*fraud on the market*“-Doktrin, wonach ein effizienter Kapitalmarkt und damit die Kausalität fehlerhafter Kommunikation von vornherein angenommen wird, schüfe demgegenüber eine Rechtsvermutung, welche die beklagte Partei praktisch nicht widerlegen kann, weil der Beweis, dass der Kapitalmarkt für einmal nicht effizient war, faktisch unmöglich zu führen ist. Die Folge wären regelmässige Fälle einer Haftung trotz fehlender Kausalität und damit eine Abwälzung von gewöhnlichen Investitionsrisiken.<sup>86</sup> Mit seiner Praxis wahrt das Bundesgericht die stabilisie-

---

<sup>84</sup> BGE 132 III 715 E. 3 S. 719 ff. (Miracle-Fall).

<sup>85</sup> Hierzu und zum Folgenden BGE 132 III 715 E. 3 S. 719 ff. (Miracle-Fall).

<sup>86</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 912.

rende Funktion der Haftung, eine zeitliche Bindung an Unternehmenskommunikation zu signalisieren, bei gleichzeitiger Vermeidung negativer Rückwirkungen auf die Informations- und Entscheidungsprozesse im Markt (vgl. oben Ziff. III.1.c).

Der Beweis der Kausalität von nachhaltigkeitsbezogener Information für einen Kursschaden rückt damit in greifbare Nähe. Dies begünstigt eine Haftung für Informationspflichtverletzungen gegenüber einer Haftung für die Verletzung von Umweltstandards, bei denen der Kausalitätsbeweis bekanntlich besonders schwierig ist.

### 3. Keine Auskunft- und Vertrauenshaftung

Vorliegend nicht weiter zu vertiefen ist die Vertrauenshaftung im Sinne der Haftung für vorvertragliche Auskunftspflichten (*culpa in contrahendo*) und der richterrechtlichen Auskunftshaftung, insofern sich diese nur auf individuell erteilte Auskünfte, nicht aber auf öffentliche Bekanntmachungen wie Nachhaltigkeitsberichte bezieht.<sup>87</sup>

Die Vertrauenshaftung im Sinne einer allgemeinen Haftung für erwecktes und treuwidrig enttäushtes Vertrauen ist im Übrigen von der Rechtsprechung auf Fälle beschränkt worden, in denen ein Vertragsschluss wegen der Schwäche-lage einer vertrauenden Partei nicht möglich war.<sup>88</sup> Sie bietet somit im Regelfall ebenfalls keine Basis für eine Haftung für nachhaltigkeitsbezogene Unternehmenskommunikation.

### 4. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

#### a) Verletzung von Organpflichten – Keine generelle Haftung für fehlerhafte Kommunikation

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit knüpft eine Haftung von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung an die Verletzung von Organpflichten (Art. 754 Abs. 1 OR). Zu den Organpflichten, die von nachhaltigkeitsbezogenen Standards betroffen sind, zählen:

---

<sup>87</sup> Vgl. statt vieler BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350 zur Expertenhaftung für ein Gutachten gegenüber einem Dritten.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 133 III 449; Urteil des Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010.

- die *allgemeine Sorgfaltspflicht*<sup>89</sup>, die in den Augen eines Gerichts durch einen bestimmten Nachhaltigkeitsstandard konkretisiert sein kann;
- die Pflichten zur *Oberleitung, Organisation* und *Oberaufsicht* über die Geschäftsleitung<sup>90</sup>, die seit Art. 964c OR die Pflicht zur Einrichtung von nachhaltigkeitsbezogenen Informations- und Entscheidungsprozessen und deren Koordination, einschliesslich des entsprechenden Ausbaus des internen Kontrollsystems nach Art. 728a Abs. 1 lit. a OR<sup>91</sup>, mitumfassen. Zu erinnern ist an die Bezugnahme des Gesetzes auf internationale Standards (Ziff. II.3.f) und die mit der Nachhaltigkeitsregulierung einhergehende Verrechtlichung von internen Management-Systemen (Ziff. II.3.g) und II.4.);
- die Pflicht, den *Nachhaltigkeitsbericht* zu genehmigen, zu unterzeichnen und der Generalversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten<sup>92</sup> sowie den entsprechenden Generalversammlungsbeschluss vorzubereiten<sup>93</sup> (Ziff. II.3.b)). Wie bei der Pflicht zur Unterzeichnung von Bilanz und Erfolgsrechnung durch Organmitglieder knüpft auch hier die aktienrechtliche Verantwortlichkeit an den Akt der Unterzeichnung im Sinne einer natürlichen Vermutung der Kenntnis des kommunizierten Inhalts an.<sup>94</sup>

Daraus erhellt, dass gestützt auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit *nicht für jede fehlerhafte Kommunikation gehaftet* wird, sondern nur für die Verletzung von aktienrechtlichen Organpflichten, also bei einem eigentlichen Management-Versagen. Gehaftet wird somit nicht für jeden Fehler in einem Nachhaltigkeitsbericht, beispielsweise in der Darstellung wesentlicher umweltbezogener Risiken, oder jede unzutreffende Werbung, sondern nur für das Unterlassen von für die Nachhaltigkeitsberichterstattung notwendigen Informations-, Entscheidungs- und Kontrollprozessen oder eine systematische Täuschung des Markts. Das bedeutet aber auch, dass Unternehmenskommu-

---

<sup>89</sup> Art. 717 Abs. 1 OR; eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit für Kursverluste aus fehlerhaften Angaben in der Klimaberichterstattung erwägen Weber/ Hösli, 610; eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit wegen Unterlassung der Veröffentlichung eines Nachhaltigkeitsberichts bejaht Weber, Ziff. 2c.

<sup>90</sup> Art. 716a Ziff. 1, 2, 5 OR.

<sup>91</sup> Welches sich nach heutigem Verständnis über die finanzielle Berichterstattung hinaus auf die Compliance im Sinne der Überwachung der Einhaltung aller anwendbaren Normen erstreckt, Sethe/Andreotti, 101.

<sup>92</sup> Art. 964c OR.

<sup>93</sup> Art. 716a Ziff. 6 zweiter Teil OR; nicht aber die Pflicht zur Erstellung des Geschäftsberichts gemäss Art. 716a Ziff. 6 erster Teil OR, weil der Nachhaltigkeitsgericht anders als unter dem entsprechenden EU-Recht nicht zum Geschäftsbericht gehört.

<sup>94</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 51 Rz. 73: „Damit wird die Richtigkeit der Bilanz bestätigt und die Verantwortung klargelegt“; Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 615.

nikation und Nachhaltigkeitsmanagement auf oberster Führungsstufe zusammenlaufen müssen und im Risikomanagement sowie im internen Kontrollsystem zu verankern sind.

Mit anderen Worten führt die Nachhaltigkeitsberichterstattungspflicht *nicht zu einer Art Prospekthaftung ausserhalb der Prospekthaftung*. Für eine solche prospekthafungsähnliche Haftung fehlt es nicht zuletzt an einer spezialgesetzlichen Grundlage, wie sie für Prospekte besteht. Dieses Resultat entspricht im Übrigen der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, Nachhaltigkeitsstandards keinen haftungsbegründenden Schutznormcharakter zukommen zu lassen, wie es die Konzernverantwortungsinitiative getan hätte (Ziff. [II.2](#) und Ziff. [III.1.b](#)). Eine auf das Versagen gesellschaftlicher Organe beschränkte Haftung steht schliesslich im Einklang mit der beschriebenen Funktion und Funktionsgrenze von Haftung als Regulierungsinstrument (Ziff. [III.1.c](#)).

Eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung gegenüber Aktionärinnen und Aktionären sowie Gläubigerinnen und Gläubigern nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist über die Verletzung von Organpflichten hinaus für die Verletzung von Schutznormen im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR, etwa des strafrechtlichen Verbots des Betrugs<sup>95</sup>, für die Verletzung von vorvertraglichen Auskunftspflichten (*culpa in contrahendo*) sowie im Rahmen einer Auskunfts- oder Vertrauenshaftung möglich.<sup>96</sup> Im Fall der Verletzung von nachhaltigkeitsbezogenen Standards und Pflichten und insbesondere der Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung ist eine solche deliktische Haftung nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit jedoch nicht in Sicht, weil es sich hierbei wie dargelegt nicht um Schutznormen handelt (Ziff. [III.1.b](#)). Denkbar ist immerhin die Haftung für (*eventual*)vorsätzlich fehlerhafte Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen (Ziff. [III.1.e](#)). In Frage kommt sodann eine Klage von Aktionären und Gläubigern bei einer Schädigung durch *unlauteren Wettbewerb*, namentlich in Fällen von Greenwashing im grossen Stil (Ziff. [III.1.f](#)), oder eine Klage von Kreditgläubigern, die in Verletzung vorvertraglicher Auskunftspflichten oder im Rahmen eines Kreditbetrugs *bei der Kreditvergabe durch falsche Umweltversprechen* getäuscht worden sind.

---

<sup>95</sup> Art. 146 StGB.

<sup>96</sup> Harald Bärtschi, 47, 73 ff. m.w.H.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 21; Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 617 ff.

## b) Schaden

Als Schäden aus der Verletzung von Nachhaltigkeitsregulierung kommen beispielsweise ein Kurseinbruch, höhere Debt- und Equity-Kosten oder sogar eine Insolvenz wegen sich zurückziehender Kapitalgeber, Fehlinvestitionen aufgrund von falschem Asset Pricing infolge nicht ausgewiesener Umweltrisiken, Schäden, die wegen einer Vertuschung von Risiken nicht rechtzeitig verhindert wurden, oder Bussenzahlungen im In- und Ausland in Frage.

Schaden ist gemäss der haftpflichtrechtlichen Differenztheorie als die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögen, wie es ohne das schädigende Ereignis wäre, und dem aktuellen Vermögen definiert. Bei Kursschäden ist die Berechnung des relevanten Schadens schwierig, zumal der Kurssturz nicht ohne weiteres als Schaden gelten kann, sondern um Markteffekte zu bereinigen ist.<sup>97</sup> Zu fordern ist deshalb eine *Schätzung des Schadens nach richterlichem Ermessen*.<sup>98</sup>

Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann *nicht jeder Schaden gleichermassen* geltend gemacht werden.

Bei einem *unmittelbaren Schaden im Gesellschaftsvermögen* können ausser Konkurs die Gesellschaft und die Aktionäre auf Zahlung an die Gesellschaft klagen.<sup>99</sup> Für Aktionärinnen und Aktionäre besteht hierfür wenig Anreiz. Immerhin kann unter dem revidierten Aktienrecht die Generalversammlung beschliessen, dass die Gesellschaft die Klage erhebt.<sup>100</sup> Im Konkurs kann die Konkursverwaltung auf Zahlung in die Konkursmasse klagen.<sup>101</sup> Bei fehlerhafter nachhaltigkeitsbezogener Unternehmenskommunikation dürften jedoch Schäden der Gesellschaft selbst, wie etwa ein Fabrikbrand oder ein Wertverlust von Vermögenswerten, aus praktischer Sicht nicht im Vordergrund stehen.

Bei einem *unmittelbaren Schaden im Vermögen der Aktionärinnen und Aktionäre*, namentlich im Fall eines Kursschadens, können diese ausser Konkurs unabhängig vom Rechtsgrund auf Zahlung an sich selbst klagen. Im Konkurs bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft ist ihre Klage bei Verletzung von nachhaltigkeitsbezogenen Normen wie der Nachhaltigkeitsberichterstattungspflicht gemäss der Rechtsprechung nicht durchsetzbar, weil diese, wie

---

<sup>97</sup> Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, 906 ff. m.w.H.

<sup>98</sup> Art. 42 Abs. 2 OR.

<sup>99</sup> Art. 756 Abs. 1 OR.

<sup>100</sup> Art. 756 Abs. 2 OR, in Kraft seit 1. Januar 2023.

<sup>101</sup> Art. 757 Abs. 1 OR.

gezeigt, weder ausschliesslich die Aktionärinnen und Aktionäre schützen noch haftungsbegründende Schutznormen darstellen.<sup>102</sup> Einzig die Haftung für (eventual)vorsätzlich fehlerhafte Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen (Ziff. [III.1.e](#)) und die Haftung für unlauteren Wettbewerb in Fällen wie Greenwashing im grossen Stil (Ziff. [III.2.](#) und [III.4.a](#)) bieten eine Basis für eine selbständige Schadenersatzklage von Aktionärinnen und Aktionären im Konkurs.

Ein *unmittelbarer Schaden im Vermögen der Gläubigerinnen und Gläubiger*, etwa infolge falscher Angaben bei der Kreditvergabe, können diese ausser Konkurs nicht geltend machen, weil sie (noch) nicht geschädigt sind. Im Konkurs ist ihr unmittelbarer Schaden bei Verletzung von Organpflichten wie der Nachhaltigkeitsberichterstattungspflicht aus denselben Gründen wie der entsprechende Schaden der Aktionäre nicht durchsetzbar.<sup>103</sup> Sie können im Konkurs jedoch Schäden aus (eventual)vorsätzlich fehlerhaften Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen, aus unlauterem Wettbewerb oder aus Täuschung durch Umweltversprechen im Rahmen einer Kreditvergabe selbständig einklagen.

Vor diesem Hintergrund kommen im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei fehlerhafter *Nachhaltigkeitsberichterstattung in Verletzung von Organpflichten am ehesten Klagen ausser Konkurs von Aktionärinnen und Aktionären wegen Kursschäden* in Frage. Sowohl ausserhalb als auch im Konkurs sind sodann *Klagen von Aktionärinnen und Aktionären sowie Gläubigerinnen und Gläubigern wegen (eventual)vorsätzlich fehlerhafter Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen, wegen unlauteren Wettbewerbs mittels Greenwashing und Klagen von Gläubigerinnen und Gläubigern wegen Täuschung durch Umweltversprechen bei der Kreditvergabe* möglich (Ziff. [III.4.a](#)).

c) *Kausalität – Verschulden – Business Judgment Rule*

Für Kursschäden, die vorliegend im Vordergrund stehen (oben Ziff. [III.4.b](#)), kann zur *Kausalität* von Informationen auf die Ausführungen zur Prospekthaf-tung verwiesen werden (oben Ziff. [III.2.](#)).

---

<sup>102</sup> Siehe hierzu BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311 (Biber).

<sup>103</sup> Analog zum unmittelbaren Aktionärsschaden, seit Biber-Praxis BGE 131 III 306.

Das *Verschulden* erstreckt sich bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch auf leichte Fahrlässigkeit, also kleine Versehen.<sup>104</sup> Wegen der Gefahr der Abwälzung von normalen Anlagerisiken ist entgegen eines Teils der Lehre eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens abzulehnen.<sup>105</sup>

Die vom Bundesgericht anerkannte *Business Judgment Rule* schützt die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung in ihrem Geschäftsermessen und damit vor einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, soweit sie wohlinformierte Entscheidungen frei von Interessenkonflikten treffen.<sup>106</sup> Bei unterlassener oder fehlerhafter Information oder mangelhaften Informations- und Entscheidungsprozessen, und damit wohl in nahezu allen Fällen einer Kommunikationshaftung, bietet die *Business Judgment Rule* keinen Schutz.<sup>107</sup>

#### IV. Fazit

Mit der zunehmenden Regulierungsdichte im Bereich der Nachhaltigkeit wird das Management komplexer und steigt die Wahrscheinlichkeit, dass Standards verletzt werden. Haftung für Kommunikation bietet sich hierbei als Anknüpfungspunkt an, der sich bisweilen leichter beweisen lässt als eine multikausale Schädigung der Umwelt (Ziff. I.).

Die Analyse der möglichen Haftungsgrundlagen hat folgendes Bild ergeben:

- Die Standards und Rechtsnormen der nachhaltigkeitsbezogenen Berichterstattung und Sorgfaltspflichten (Ziff. II.2.-4.) stellen *keine Schutznormen* dar, welche eine Deliktshaftung bereits für fahrlässige und sogar leicht-fahrlässige Kommunikation begründen würden. Eine deliktische Haftung für fehlerhafte Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen (Art. 152 StGB) ist bei mindestens eventualvorsätzlicher Begehung denkbar (Ziff. III.1.e)). Eine deliktische Haftung bereits für fahrlässige fehlerhafte Unternehmenskommunikation ist jedoch bei unlauterem Wettbewerb, etwa im Falle von *Greenwashing im grossen Stil*, möglich (Ziff. III.1.f)).
- Die Rechnungslegung und ein allfälliger Prospekt oder ein Basisinformationsblatt sind mit dem Nachhaltigkeitsbericht abzugleichen, andernfalls eine *Revisionshaftung* (Ziff. II.6.) bzw. eine *Prospekthaftung* (Ziff. III.2.) aus-

---

<sup>104</sup> von der Crone/ Bloch, 90.

<sup>105</sup> Ebenfalls gegen eine Beweislastumkehr: Böckli, Schweizer Aktienrecht, §18 Rz. 136b und 436 m.w.H.

<sup>106</sup> Siehe statt vieler BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26.

<sup>107</sup> Vgl. auch Fleischer, Rz. 1 ff., der bemerkt, dass die *Business Judgment Rule* nicht auf Unternehmensberichterstattung passe; siehe ferner Böckli, Schweizer Aktienrecht, §13 Rz. 594a zum Versagen der *Business Judgment Rule* insbesondere bei Unterlassungen.

gelöst werden könnte. Generell muss ein Abgleich der nachhaltigkeitsbezogenen Kommunikation mit aller übrigen freiwilligen und Pflicht-Kommunikation erfolgen, namentlich mit der Rechnungslegung, der Ad-hoc-Publizität und der Werbung generell sowie der Werbung für Finanzprodukte (Ziff. [II.6.](#)).

- Die Nachhaltigkeitsberichterstattung ist zur Organpflicht geworden (Ziff. [II.3.b.](#)), deren Verletzung eine *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung nach sich ziehen kann.
  - Eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung für den Nachhaltigkeitsbericht ist auf Fälle beschränkt, in denen Organpflichten verletzt sind. Nicht jede falsche Angabe im Nachhaltigkeitsbericht führt zu einer Haftung der Organe (Ziff. [III.4.a.](#)). Um dem Risiko einer Haftung vorzubeugen, müssen jedoch *Unternehmenskommunikation und Nachhaltigkeitsmanagement auf oberster Führungsstufe zusammenlaufen* und im Risikomanagement sowie im internen Kontrollsystem verankert sein.
  - *Vor dem Konkurs* sind am ehesten aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen von Aktionärinnen und Aktionären für *Kursverluste im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung* denkbar.
  - *Vor und im Konkurs* kommt ausserdem eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber Aktionärinnen und Aktionären sowie Gläubigerinnen und Gläubigern für die erwähnten deliktischen Verhaltensweisen der *(eventual)vorsätzlichen fehlerhaften Angaben über Unternehmen in öffentlichen Bekanntmachungen, des unlauteren Wettbewerbs wie namentlich Greenwashing im grossen Stil* sowie, gegenüber Gläubigerinnen und Gläubigern, der *Täuschung mit falschen Umweltversprechen bei der Kreditvergabe* in Frage (Ziff. [III.4.b.](#)).

Zwar sind die prozessualen Hürden einer Haftung nach wie vor hoch (Ziff. [III.1.c.](#)). Vor dem Hintergrund der zunehmenden Regulierungsdichte erhöhen jedoch zahlreiche Faktoren das Haftungsrisiko im Bereich nachhaltigkeitsbezogener Kommunikation:

- Die möglichen Schäden im Bereich der Umweltrisiken und Kursrisiken sind tendenziell *unkalkulierbar* und scheinen exponentiell zuzunehmen, während die Anzahl möglicher Geschädigter insbesondere am Kapitalmarkt unbestimmbar gross ist.
- Die Haftung für unlauteren Wettbewerb, die Prospekthaftung und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit setzen lediglich *leichtfahrlässige Kommunikation*, also kleine Versehen, voraus (Ziff. [III.1.a.](#), [III.2.](#), [III.4.c.](#)).

- Eine Haftung ist schon für sehr allgemeine Aussagen möglich, wie etwa der Fall Deepwater Horizon (Ziff. [I](#)) oder die Analogie zur Ad-hoc-Praxis der SIX in Bezug auf die Gewinnwarnungspflicht<sup>108</sup> erahnen lässt.
- Die *Business Judgment Rule*, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vor einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für Geschäftsentscheide schützt, bietet keinen Schutz bei fehlerhafter Unternehmenskommunikation (Ziff. [III.4.c](#)).
- Die vom Bundesgericht gesenkte Beweisschwelle in Bezug auf die *Kausalität von Informationen für Kursschäden* rückt eine Haftung zumindest beweismässig in Griffweite (Ziff. [III.2](#)).
- Das inhärente *Problem der Daten und Messbarkeit der Nachhaltigkeit* ist nicht nur ein Risiko der klagenden, sondern auch der beklagten Partei, wenn es etwa darum geht zu belegen, dass eine bestimmte als nachhaltig angepriesene Tätigkeit effektiv nachhaltig ist.
- Die *fehlende Revisionspflicht* bezüglich der Nachhaltigkeitsberichterstattung erhöht das Haftungsrisiko der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung. Es empfiehlt sich deshalb der Einsatz einer externen Prüfung und Zertifizierung (Ziff. [II.3.b](#)).
- Institutionelle Investoren haben wegen der tendenziell beschränkten Portfolios im Bereich nachhaltiger Anlagen *immer weniger die Option* „Exit“ (Desinvestition) zur Verfügung, sondern müssen eher auf „Voice“ oder eben Klagen zurückgreifen.
- Schliesslich besteht eine Tendenz zur *vergleichsweisen Beilegung von Haftungsklagen*, auch wenn sie unberechtigt sein mögen, weil jahrelange Prozesse dem Unternehmen und den betroffenen Individuen schaden und Ressourcen binden. Dies schafft einen Anreiz zur Klageerhebung und zur Abwälzung von normalen Anlagerisiken.

Noch erlaubt es das gewachsene Haftungsrecht, bei der Auslegung und Anwendung der Haftung deren Funktion zu wahren: eine zeitliche Bindung der Unternehmen an deren Kommunikationsverhalten zu signalisieren, ohne negativ auf die Informationsprozesse in den Unternehmen und im Markt zurückzuwirken. Wo Haftung an ihre Grenzen stösst, ist sie durch andere Formen der Verantwortlichkeit im Zusammenspiel mit Publizität und Kontrollmechanismen, unterstützt durch Selbstregulierung, zu ergänzen (Ziff. [III.1.c](#)).

---

<sup>108</sup> Siehe den SIX-Sanktionsentscheid SaKo 2010-AHP-II/10 vom 30. November 2010 zur UBS, wonach es für die Annahme einer Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht reichte, dass die UBS im Zuge der aufziehenden US-Hypothekenkrise die folgenden öffentlichen Aussagen nicht früher korrigierte: das Jahr habe „gut begonnen“, die Wachstumsstrategie sei „solide verankert“, und später, als es Marktturbulenzen gab: man sei zuversichtlich, dass das Jahr „ein weiteres erfolgreiches Wachstumsjahr werden wird“.

Es ist die Aufgabe des Rechts, die Nachhaltigkeitsregulierung vor einem dysfunktionalen Selbstlauf zu einer „Verantwortlichkeit für alles“ zu bewahren und der Verwirklichung ihrer Ziele zuzuführen.

## Literaturverzeichnis

- Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001.
- Böckli Peter, Corporate Governance und „Swiss Code of Best Practice“, Leitlinien für die Gestaltungsarbeit des Verwaltungsrats, in: von der Crone Hans Caspar et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 257 ff. (zit. Böckli, Corporate Governance).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009 (zit. Böckli, Schweizer Aktienrecht).
- Brand Patric, Auslegeordnung zu den CSR-Berichterstattungs- und Sorgfaltsprüfungspflichten, GesKR 2021, 344 ff.
- Bühler Christoph B., Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und ihre Bedeutung für den Finanzsektor, SZW 2021, 716 ff.
- Darbellay Aline/Caballero Yannick, The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law, SZW 2023, 44 ff.
- Dedeyan Daniel, Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 619 ff. (zit. Dedeyan, Haftung als Regulierungsinstrument).
- Dedeyan Daniel, Kommentar zu Art. 68 FIDLEG, in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, in: Zürich 2021 (zit. SK FIDLEG-Dedeyan, Art. 68, N XXX).
- Dedeyan Daniel, Macht durch Zeichen, Rechtsprobleme der Kennzeichnung und Zertifizierung, Diss., Baden-Baden/Zürich 2004 (zit. Dedeyan, Macht durch Zeichen).
- Dedeyan Daniel, Regulierung der Unternehmenskommunikation, Aktien- und Kapitalmarktrecht auf kommunikationstheoretischer Grundlage, Habil., Zürich/Baden-Baden 2015 (zit. Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation).
- Eggen Mirjam/Hermidas Semir, Doppelte Wesentlichkeit und Sustainable Finance, Eine Einordnung der schweizerischen Regulierung im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung, Jusletter 9. Mai 2022.
- Fleischer Holger, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages Berlin 2002, Bd. I: Gutachten, München 2002, Rz. 1 ff.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen, Zürich 2021.
- Haas Peter, Konzernhaftung – ethische Standards, HAVE 2022, 328 ff.
- Heeb Florian et al., Do Investors Care About Impact?, The Review of Financial Studies (forthcoming), abrufbar unter <<https://ssrn.com/abstract=3765659>>.
- Hilty Reto, Kommentar zu Art. 2 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK UWG-Hilty, Art. 2, N XX).
- Hofstetter Karl, Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und Unternehmenshaftung, SJZ 2021, 571 ff.
- Roberto Vito/Fisch Jürg, Zivilrechtliche Klimaklagen, Der Shell-Entscheid des Bezirksgerichts, Den Haag aus schweizerischer Perspektive, AJP 2021, 1225 ff.
- Sethe Rolf/Andreotti Fabio, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 87 ff.
- von der Crone Hans Caspar/Bloch Benjamin, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Weber Rolf H./Isler Peter R., Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 83 ff.
- Watter Rolf, Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, AJP 1992, 48 ff.
- Weber Annette, Upcoming Regulation on Sustainability Reporting and Human Rights Due Diligence in Switzerland, CapLaw 9. April 2021.
- Weber Rolf H./Hösli Andreas, Corporate Climate Responsibility – aktienrechtliche Haftungsrisiken für den Verwaltungsrat?, SJZ 2020, 605 ff.

# Der persönliche Geltungsbereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im schweizerischen und deutschen Recht

Rolf Sethe\*

## Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	104
II.	<a href="#">Generelles</a>	105
1.	<a href="#">Normzwecke des Verantwortlichkeitsrechts</a>	105
2.	<a href="#">Anspruchsgrundlagen im Überblick</a>	108
a)	<a href="#">Schweiz</a>	108
b)	<a href="#">Deutschland</a>	109
3.	<a href="#">Rechtstatsächliche Bedeutung der Organhaftung</a>	111
a)	<a href="#">Schweiz</a>	111
b)	<a href="#">Deutschland</a>	113
4.	<a href="#">Weiteres Vorgehen</a>	114
III.	<a href="#">Aktivlegitimation</a>	114
1.	<a href="#">Schweiz</a>	114
a)	<a href="#">Ansprüche ausser Konkurs</a>	114
aa)	<a href="#">Anspruch der Gesellschaft</a>	114
bb)	<a href="#">Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden</a>	116
cc)	<a href="#">Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden</a>	117
dd)	<a href="#">Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Reflexschäden</a>	118
ee)	<a href="#">Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Eigenschäden</a>	119
b)	<a href="#">Ansprüche im Konkurs</a>	120
aa)	<a href="#">Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft durch die Konkursverwaltung</a>	120
bb)	<a href="#">Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Reflexschäden</a>	121
cc)	<a href="#">Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern auf Ersatz von Eigenschäden</a>	121
2.	<a href="#">Deutschland</a>	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)	<a href="#">Ansprüche ausserhalb der Insolvenz</a>	122
aa)	<a href="#">Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz ihres Schadens</a>	122
bb)	<a href="#">Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Reflexschäden</a>	124
cc)	<a href="#">Anspruch eines Aktionärs auf Ersatz von Eigenschäden</a>	125
dd)	<a href="#">Anspruch eines Gläubigers</a>	131
b)	<a href="#">Ansprüche in der Insolvenz</a>	132
aa)	<a href="#">Anspruch der Gesellschaft</a>	132
bb)	<a href="#">Anspruch eines Aktionärs</a>	132
cc)	<a href="#">Anspruch eines Gläubigers</a>	133
IV.	<a href="#">Passivlegitimation</a>	133
1.	<a href="#">Schweiz</a>	133
2.	<a href="#">Deutschland</a>	137
V.	<a href="#">Fazit</a>	141
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	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 unbekannteste<sup>1</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 Organhaftung<sup>6</sup> notwendig sei, um ökonomische Fehlanreize im Markt für Manager durch die Drohung mit einer existenzvernichtenden Haftung zu beseitigen.<sup>7</sup> Diese Diskussion muss hier nicht aufgegriffen werden,

---

<sup>2</sup> 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.

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Ebenso BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 3.

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

<sup>7</sup> 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).<sup>8</sup> Dies belegt im deutschen Recht auch der zwingende Selbstbehalt bei Bestehen einer D&O-Versicherung (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG).<sup>9</sup> Das schweizerische Recht kennt keine vergleichbare gesetzliche Vorgabe, jedoch ist der Selbstbehalt in der Praxis regelmässig anzutreffen.<sup>10</sup>

(3) Die Vorschriften zur Verantwortlichkeit sind damit ein Teil der Regelungen zur Corporate Governance.<sup>11</sup> Sie dienen dazu, den der Organstellung immanenten Prinzipal-Agent-Konflikt<sup>12</sup> 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 OR<sup>13</sup>), 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.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 2.

<sup>9</sup> 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“.

<sup>10</sup> 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](https://www.zurich.ch/-/media/zurich-site/content/firmenkunden/vermoegensversicherungen/dokumente/avb-organhaftpflichtversicherung/avb-organhaftpflicht-versicherung.pdf?sc_lang=de)>.

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

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

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

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

(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).<sup>16</sup> Sie vertrauen darauf, dass ihnen das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht und es nicht durch unsorgfältiges Organhandeln vermindert wird.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Dieser Aspekt spielt vor allem bei den Revisionsgesellschaften eine Rolle.<sup>19</sup> 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

---

<sup>15</sup> 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.

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

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

<sup>18</sup> Sethe, Rechtspolitische Überlegungen, 124.

<sup>19</sup> 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).<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

(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.<sup>22</sup>

(7) Dem Verantwortlichkeitsrecht kommt keine Sanktions-<sup>23</sup> oder Genugtuungsfunktion zu.<sup>24</sup>

## 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-

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Vgl. Fn. 7.

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

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

<sup>24</sup> 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 BankG<sup>25</sup>, dem FINIG<sup>26</sup> und dem KAG<sup>27</sup> unterfallen (Art. 39 BankG, Art. 68 FINIG, Art. 145 KAG).

Das Fusionsgesetz,<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

#### b) *Deutschland*

Deutlich anders stellt sich die Rechtslage in Deutschland dar. Dort fehlt eine rechtsformübergreifende Regelung und man findet einen historisch gewachsenen Flickenteppich vor.<sup>31</sup> 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:

---

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

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (SR 954.1).

<sup>27</sup> Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31).

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

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

<sup>30</sup> Statt vieler Böckli, § 7 N 1 ff.

<sup>31</sup> 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 AktG<sup>32</sup>, die Haftung des Vorstands in § 93 AktG und § 15b InsO<sup>33</sup>, die Haftung des Aufsichtsrats in §§ 116, 93 AktG und § 15b InsO, die Haftung für schädigenden Einfluss auf Vorstand und Aufsichtsrat in § 117 AktG<sup>34</sup> 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 GmbHG<sup>35</sup>), ebenso die Genossenschaft (§§ 34, 41 GenG<sup>36</sup>).
- Im Umwandlungsrecht finden sich Organhaftungsansprüche in den §§ 25–27 UmwG<sup>37</sup>.
- Wie bereits erwähnt, ist die Haftung der Prüfer nicht als Organhaftung, sondern im Wege einer sonderprivatrechtlichen Haftung<sup>38</sup> ausgestaltet (§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB<sup>39</sup>).
- Eine eigenständige Haftung für Verletzung von Gläubigerinteressen im Rahmen einer Restrukturierung ist in § 43 StaRUG<sup>40</sup> niedergelegt.

---

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

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> 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).

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> Zur dogmatischen Einordnung BeckOK HGB-Bormann, § 323, N 3.

<sup>39</sup> 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).

<sup>40</sup> 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 heute<sup>41</sup> von Schrifttum und Praxis allgemein als hoch eingeschätzt.<sup>42</sup> Im Konkurs der Gesellschaft gehören solche Klagen „beinahe zur Routine“<sup>43</sup>, 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

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

---

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

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

<sup>43</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 1187.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> Bärtschi, Verantwortlichkeit, 15 f.

Kosten gemäss Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> 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.<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> können (und müssen) solche Gesichtspunkte Berücksichtigung finden.

---

<sup>46</sup> UBS AG, 59.

<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> Allerdings ist dieser Befund – genau wie in der Schweiz – nicht umfassend. In Deutschland schätzte man, dass rund 95% aller D&O-Fälle verglichen wurden.<sup>49</sup>

Eine wesentliche Änderung trat 1997 mit der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH ein, die den Aufsichtsrat grundsätzlich zur Anspruchsverfolgung verpflichtet.<sup>50</sup> Die Anzahl Gerichtsentscheidungen stieg seitdem sprunghaft an.<sup>51</sup> 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,<sup>52</sup> da auch in Deutsch-

---

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

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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“<sup>55</sup>) 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> 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.

---

<sup>55</sup> Böckli, § 16 N 109.

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

<sup>57</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 11; Luterbacher, N 332.

<sup>58</sup> 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).<sup>59</sup> 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. Reflexschaden<sup>60</sup>). Solche Klagen erlauben es insbesondere Minderheitsaktionären, bei Untätigkeit des Verwaltungsrats das Heft selbst in die Hand zu nehmen.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> Da der Aktionär den Schaden der AG geltend macht, ist die Klage auf Leistung an die AG zu richten (Art. 756 Abs. 1 OR).<sup>63</sup> Der Aktionär wird nach heute herrschender Meinung als Prozessstandschafter für die AG tätig.<sup>64</sup> 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-

---

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

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

<sup>62</sup> Bärtschi, Verantwortlichkeit, 138 m.w.N.

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

<sup>64</sup> 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<sup>bis</sup> ZPO hinsichtlich der Kostenentscheidung angehört. Will sie auch zur Hauptsache angehört werden, muss sie Nebenintervenientin werden (Art. 74 ZPO).<sup>65</sup> Fällt die AG während des Prozesses in Konkurs, geht die Prozessführungsbefugnis vom Kläger auf die Konkursmasse über.<sup>66</sup>

### 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.<sup>67</sup>

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 veruntreuen<sup>68</sup> oder wenn ein Aktionär durch Täuschung über die Geschäftschancen zur Zeich-

---

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

<sup>66</sup> Bockli, § 16 N 121.

<sup>67</sup> 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.

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

nung neuer Aktien<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

#### *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

---

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

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

<sup>71</sup> Böckli, § 16 N 127, 130 f., 136.

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

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.<sup>75</sup> Des Weiteren kann er diesen mittels vertraglicher oder deliktischer Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Die AG kann ihrerseits nach Art. 754 OR bei dem Organmitglied Regress nehmen.

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> 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.

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

<sup>75</sup> 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.

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

<sup>77</sup> 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)<sup>78</sup>, 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.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Diese sog. „Raschein-Doktrin“ geht auf den ehemaligen Bundesrichter Rolf Raschein zurück.<sup>81</sup> 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 Schrifttum<sup>82</sup> in einigen Punkten präzisiert, hält aber eisern an ihr fest.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> 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. Böckli, § 16 N 145.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> Zu allen Einreden ausführlich Böckli, § 16 N 160 ff.

<sup>81</sup> Raschein, 357 ff.

<sup>82</sup> Jüngst erneut umfassend dargestellt von Böckli, § 16 N 174 ff.

<sup>83</sup> 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).<sup>84</sup>

*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.<sup>85</sup> Daher war im Entwurf zur Aktienrechtsrevision von 2007 vorgeschlagen worden, Absatz 3 ersatzlos zu streichen.<sup>86</sup> 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

---

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

<sup>85</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 795 je m.w.N.

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

Konkursmasse) eingetreten ist.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup>

## 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.

---

<sup>87</sup> 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.

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

<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> Zwar wird von Teilen des deutschen Schrifttums eine Korrektur der „Verfolgungspflicht“ der ARAG/Garmenbeck-Doktrin gefordert.<sup>92</sup> Der BGH hält jedoch strikt an seiner Linie fest.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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.

---

<sup>90</sup> 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.

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

<sup>92</sup> Zur Diskussion vgl. den Text bei und die Nachweise in Fn. 7.

<sup>93</sup> BGHZ 202, 26 N 19; BGHZ 219, 356 N 15.

<sup>94</sup> 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 bezeichnet<sup>95</sup>), 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.<sup>96</sup>

(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.<sup>97</sup> Die Gesellschaft hat jederzeit die Möglichkeit, die Klage selbst einzureichen oder

---

<sup>95</sup> 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.

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

<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup>

(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.<sup>99</sup> 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,<sup>100</sup> 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-

---

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> MüKo AktG-Altmeppen, § 309, N 124.

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

kommen sollen.<sup>101</sup> Diese Begründung, bei der man sich häufig auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1987<sup>102</sup> 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.<sup>103</sup> 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 („Haftungskanalisierung“) 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 Haftungsgrundlage<sup>104</sup> vorliegen, wobei die Einzelheiten sehr streitig sind und die Rechtsprechung nicht immer eine einheitliche Linie verfolgt.<sup>105</sup> Gleiches gilt für Ansprüche Dritter, also etwa Anleger, die beim Erwerb der Aktionärsstellung, einen Schaden erleiden.<sup>106</sup> Rechtsprechung und Schrifttum nehmen eine restriktive Haltung in Bezug auf Ansprüche von Aktionären gegenüber den Organmitgliedern ein. Neben der soeben genannten Begründung der Haftungskanalisierung wird darauf verwiesen, dass sich verbandsinterne

---

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

<sup>102</sup> BGH NJW 1987, 1077.

<sup>103</sup> Dies vertritt auch der BGH NJW 1987, 1077 Leitsatz 2.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> 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).

<sup>106</sup> MüKo AktG-Spindler, § 93, N 333.

Organisationspflichten der Vorstandsmitglieder nur unter besonderen Voraussetzungen ins Aussenverhältnis projizieren liessen.<sup>107</sup> 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

---

<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup> Ersatzfähig sind hingegen direkte Schäden im Vermögen des Aktionärs.

Weiterhin erforderlich ist ein mitgliedschaftsbezogener Eingriff.<sup>110</sup> Was hierunter zu verstehen ist, wird am Beispiel des Entzugs der Benutzung von gesellschaftsrechtlichen Anlagen verdeutlicht.<sup>111</sup> 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.

---

<sup>108</sup> BGHZ NJW 1990, 2877; Koch, AktG, § 93, N 140.

<sup>109</sup> MüKo AktG-Spindler, § 93, N 338.

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

<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> 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“).

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

<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup>

(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.<sup>116</sup> 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 Anteilsinhaber<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> Im Falle der Verschmelzung kann man als Begründung den Untergang des übertragenden

---

<sup>115</sup> Koch, AktG, § 93, N 141 ff.; Böckli, § 16 N 103 f.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Bei der Verschmelzung durch Aufnahme ist § 72 UmwG zu beachten.

<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

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.<sup>120</sup>

§ 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.<sup>121</sup> Aus rechtsvergleichender Perspektive erscheint daher die Lösung der Schweiz, die den Gläubigern vor dem Konkurs eine eigenständige Klage gegen die AG ganz abschneidet, konsequenter.

---

<sup>119</sup> BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 362.

<sup>120</sup> Heidelberger Komm. AktG-Bürgers, § 93, N 43; Koch, AktG, § 93, N 170.

<sup>121</sup> 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,<sup>122</sup> teilweise als materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung eigener Art.<sup>123</sup> 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).<sup>124</sup>

*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.

---

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

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> 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).<sup>126</sup>

#### 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.<sup>127</sup>

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).<sup>128</sup> Grund für die Erfassung dieses Personenkreises

---

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

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> Forstmoser, Organbegriff, 136.

als formelle Organe sei das – durch den Handelsregistereintrag – nach aussen erweckte Vertrauen.<sup>129</sup> 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,<sup>130</sup> spielt aber für die Frage der Verantwortlichkeit keine Rolle.<sup>131</sup> Selbst wenn man argumentiert, dass die Verantwortlichkeitsansprüche zwischen Gesellschaft und Organ vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur seien,<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> 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,<sup>134</sup> teils als Unterbegriff neben den faktischen Organen<sup>135</sup> und teils synonym zu faktischen Organen.<sup>136</sup>

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 3 ZGB i.V.m. Art. 936b Abs. 3 OR.

<sup>131</sup> So auch Böckli, § 9 N 125.

<sup>132</sup> Zur entsprechenden Diskussion vgl. Grieder, N 25 ff.

<sup>133</sup> Forstmoser, Organbegriff, 129.

<sup>134</sup> Forstmoser, Organbegriff, 131.

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

<sup>136</sup> 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*).<sup>137</sup> Es wird auf eine Analogie zum Stellvertretungsrecht<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup>

(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.<sup>141</sup> 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.<sup>142</sup> Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte werden hiermit nur höchst selten betraut.<sup>143</sup> 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.

---

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> Ausdrücklich Forstmoser, Organbegriff, 130.

<sup>139</sup> 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.

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

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> Böckli § 16 N 37 m.w.N.

<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> Später schränkte das Bundesgericht seine Position ein und bezeichnete Prokuristen „höchstens in Ausnahmefällen noch als Organe“.<sup>148</sup> Verlangt wird eine dauernde Tätigkeit, nicht bloss eine solche in einem Einzelfall. Nur eine wesentliche Einflussnahme auf Angelegenheiten der AG begründet also im haftungsrechtlichen Sinne<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup>

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).<sup>151</sup>

---

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> BGE 117 II 432 E. 2 S. 442 f.

<sup>148</sup> 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“).

<sup>149</sup> Nicht dagegen im stellvertretungsrechtlichen Sinne, siehe oben.

<sup>150</sup> BGE 128 III 92 E. 3 S. 94.

<sup>151</sup> 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.<sup>152</sup> Als faktische Organe kommen aber nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen – insbesondere die einen Konzern beherrschende Gesellschaft – in Betracht.<sup>153</sup> 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 MitbestG<sup>154</sup>, § 13 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG<sup>155</sup>, § 13 Satz 1 MitbestErgG<sup>156</sup>) 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

---

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.1; BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528 f.

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

<sup>155</sup> 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).

<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup>

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

(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.<sup>159</sup> 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 Einmangengeschafter) wird als nicht ausreichend angesehen.<sup>160</sup>

Teilweise wird die faktische Organschaft bejaht, wenn ein Strohmann vorgeschoben wird<sup>161</sup> oder eine Person die Aufgaben der Geschäftsführung umfassend wahrnimmt und dabei vorhandene Organe verdrängt.<sup>162</sup>

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

---

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

<sup>158</sup> 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.

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

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

<sup>161</sup> Reich, 1663, 1665 ff.

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

<sup>163</sup> 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.<sup>164</sup> 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.<sup>165</sup>

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

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.<sup>170</sup> 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.<sup>171</sup>

---

<sup>164</sup> 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.

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

<sup>166</sup> BeckOK AktG-Fleischer, § 93, N 232.

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

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

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

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

<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup> Betrachtet man die Argumente der Befürworter dieser Ansicht, die sich vor allem im Schrifttum zur GmbH finden,<sup>173</sup> 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.<sup>174</sup>

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,<sup>175</sup> 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.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Fleischer/Schmolke, 101f.; Beck-Komm. AktG-Grigoleit/Tomasich, § 93, N 88; Koch, AktG, § 93, N 75; Grosskomm. AktG-Hopt/Roth, § 93, N 364.

<sup>173</sup> 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.

<sup>174</sup> Vgl. Fn. 172.

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

<sup>176</sup> 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“<sup>177</sup> 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).

---

<sup>177</sup> 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/Schlupe 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 Torssten/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 Einredeordnung 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, Gedenschrift 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.



# Abgas-Skandal und mehr – Aktuelle Entwicklungen im deutschen Verantwortlichkeitsrecht

Thomas Trölitzsch

## Inhalt

I.	<a href="#">Der Abgas-Skandal in Deutschland</a>	152
1.	<a href="#">Begriff</a>	152
2.	<a href="#">Juristische Themen</a>	153
3.	<a href="#">Perspektive</a>	154
II.	<a href="#">Überblick über die Verantwortlichkeit von Organmitgliedern (Innenhaftung, Aussenhaftung, straf- und bussgeldrechtliche Verantwortlichkeit)</a>	156
1.	<a href="#">Zuständiges Organ</a>	156
a)	<a href="#">Aktiengesellschaft</a>	156
b)	<a href="#">GmbH</a>	157
2.	<a href="#">Sorgfaltsmassstab bei der Innenhaftung</a>	159
3.	<a href="#">Anspruchsgrundlagen</a>	159
a)	<a href="#">Organhaftung</a>	159
b)	<a href="#">Deliktsrecht (Aussenhaftung)</a>	160
c)	<a href="#">Spezielle Haftungstatbestände, insbesondere in der Insolvenz</a>	161
d)	<a href="#">Künftige Haftungsrisiken und neue Sorgfaltspflichten</a>	162
III.	<a href="#">Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder</a>	163
1.	<a href="#">Aktiengesellschaft</a>	163
a)	<a href="#">Partielle Beweislastumkehr</a>	164
b)	<a href="#">Business Judgement Rule</a>	166
c)	<a href="#">Weitere Voraussetzungen</a>	168
2.	<a href="#">GmbH</a>	168
IV.	<a href="#">Haftung für welche Schäden und Haftung von wem?</a>	169
1.	<a href="#">Schaden</a>	169
2.	<a href="#">Gesamtverantwortung vs. Gesamtschuld</a>	170
V.	<a href="#">Haftung für Strafen und Bussgelder</a>	171
1.	<a href="#">Bussgelder als Teil eines ersatzfähigen Schadens des Unternehmens</a>	171
2.	<a href="#">Übernahme von persönlichen Bussgeldern/Strafen durch das Unternehmen?</a>	172
VI.	<a href="#">Schutz vor Haftung und Reduzierung der Haftung</a>	172
1.	<a href="#">Aktiengesellschaft</a>	172
2.	<a href="#">GmbH</a>	175

VII. <a href="#">Versicherungsschutz von Managern (D&amp;O-Policen)</a>	176
1. <a href="#">Versicherung</a>	176
2. <a href="#">Einschätzung/Bewertung</a>	177
VIII. <a href="#">Das (vorläufige) Ende des „Abgas-Skandals“ bei der Volkswagen AG durch Abschluss eines Vergleichs (mit Zustimmung der Hauptversammlung)</a>	178
IX. <a href="#">Ausblick und Zusammenfassung</a>	180
<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	181

## I. Der Abgas-Skandal in Deutschland

### i. Begriff

Unter dem Diesel- oder Abgas-Skandal (auch „Diesel-Gate“) wird<sup>1</sup> die Kombination aus einer Reihe von überwiegend illegalen Manipulationen verschiedener Autohersteller zur Umgehung gesetzlich vorgegebener Grenzwerte für Autoabgase und – im Gegenzug – der politischen Einflussnahme zu deren Absicherung verstanden. Derartige Abschaltvorrichtungen sind in der Europäischen Union seit dem 15.01.2013 durch eine EU-Verordnung verboten; entsprechende Umweltschutznormen gab und gibt es auch in anderen Ländern wie etwa den USA, Kanada und Südkorea. Beachtet wurden diese Verbote jedoch – was der Öffentlichkeit zunächst verborgen blieb – von einer ganzen Reihe von Herstellern lange nicht.

Besonders betroffen war und ist dabei der VW-Konzern, insb. die Volkswagen AG (VW). Am 18.09.2015 musste, nachdem Untersuchungen durch die US-Umweltbehörde EPA (Environmental Protection Agency) Manipulationen an VW-Diesel-Fahrzeugen aufgedeckt hatten, von VW öffentlich bekannt gemacht werden, dass man illegale Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerung verwendet hatte. Diese Abschaltvorrichtungen führten dazu, dass die US-Abgasnormen nur in einem speziellen Prüfstandmodus erreicht wurden, während ein Grossteil der Abgasreinigungsanlage im Normalbetrieb weitgehend abgeschaltet war. Die Ermittlungen und das Eingeständnis von VW führten, gerade weil man zuvor in Amerika mit vermeintlich besonders sauberen „cleanen“ Dieseln geworben hatte, zu einer umfangreichen und für den VW-Konzern sehr teuren juristischen Aufarbeitung des Skandals nicht nur in den USA, sondern auch in Deutschland, die bis heute noch nicht vollständig abgeschlossen ist.

---

<sup>1</sup> Vgl. Abgas-Skandal, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/wiki/Abgasskandal>>.

## 2. Juristische Themen

Die Fragen des Verantwortlichkeitsrechts bzw. der Managerhaftung, auf die sich dieser Beitrag konzentriert, stellen nur einen Teil der durch den Abgas-Skandal aufgeworfenen juristischen Themen dar. Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle darauf, dass eine Vielzahl von weiteren Rechtsgebieten (vom Europa- bis zum Strafrecht) von dem Abgas-Skandal erfasst wurden.

Stichwortartig seien im Überblick und ohne Anspruch auf Vollständigkeit folgende „rechtliche Baustellen“ genannt:

- Die deutschen Zivilgerichte (sowie darauf spezialisierte Kanzleien) wurden mit Zivilklagen, vor allem von Verbrauchern gegen Hersteller und Verkäufer von Diesel-Pkws, insb. der Marken VW, Audi, Skoda, Seat, aber auch der Marken Mercedes Benz und Fiat befasst. Dabei ging und geht es um die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bzw. Schadenersatzansprüchen gegen Hersteller und Verkäufer, wobei sich neben der Haftungsfrage dem Grunde nach auch zahlreiche Fragen beim Schaden (etwa die Höhe einer im Wege des sog. Vorteilsausgleichs anzurechnenden Nutzungsentschädigung und die Frage, ob Schadenersatz nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges verlangt werden kann) stellen. Die Gerichte in Deutschland (insb. in Stuttgart, aber auch in Ingolstadt, Wolfsburg und an anderen besonders betroffenen Gerichtsstandorten) waren schon allein mit diesen zivilrechtlichen Themen sehr belastet, wenn nicht sogar zeitweise überlastet.

In der Sache war und ist die Rechtsprechung der Instanzgerichte dabei nicht einheitlich. Für den Fall des VW-Motors EA 189 (und des Nachfolgers EA 288) ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>2</sup> eine gewisse Klarheit insofern eingetreten, als man hier von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB seitens des VW-Konzerns ausgeht. Praktisch sind seither auch die meisten „VW-Fälle“, meist in zweiter Instanz, verglichen worden. Die Situation bei anderen Herstellern, insb. Mercedes Benz und Fiat, ist teilweise anders gelagert und noch weitgehend offen.

- Parallel haben Anleger bei VW in sog. Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) beim OLG Celle<sup>3</sup> und parallel

---

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW; vgl. auch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 09. April 2021, Az.: 8 U 68/20; anders u. a. aber OLG Bamberg, Beschluss vom 08. August 2021, Az.: 8 U 38/22.

<sup>3</sup> OLG Celle (Kartellsenat), Beschluss vom 30. September 2022, Az.: 13 Kap 1/16 = BeckRS 2022, 26853 (nicht rechtskräftig).

beim OLG Stuttgart<sup>4</sup> Ansprüche gegen VW wegen falscher, irreführender und/oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation geltend gemacht. Das KapMuG stammt aus dem Jahr 2005 (mit Neufassung von 2012) und ermöglicht eine Bündelung von zivilrechtlichen Parallelverfahren und deren einheitliche Entscheidung in einem Musterverfahren. Die Bündelung umfasst dann die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Musterverfahrens und wirkt grds. für und gegen alle Beteiligten, die allerdings ihren konkreten Schaden dann noch gesondert geltend machen müssen.

- Eine dritte Schiene ist die insb. im VW-Konzern erfolgte zivilrechtliche Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern durch die Aufsichtsräte der einzelnen Unternehmen (VW AG, Porsche AG, Audi AG). Das ist das Thema, das uns hier vorrangig beschäftigt. Diese Inanspruchnahme erfolgte, nachdem zuvor Aktionäre von VW eine Sonderprüfung (§ 142 AktG) der Geschäftsführung des Vorstandes gerichtlich durchgesetzt hatten<sup>5</sup>.
- Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Managern erfolgte unabhängig von Strafprozessen, wie sie in gleicher Sache gegen einzelne Organmitglieder angestrengt werden. So läuft u.a. ein Strafprozess gegen Herrn Prof. Winterkorn (VW-Vorstandsvorsitzender) wegen bandenmässigen Betrugs beim LG Braunschweig; das Verfahren ist zwar eröffnet worden, wegen gesundheitlicher Probleme kam es aber bis Sommer 2022 noch nicht richtig voran. Parallel dazu gibt es eine Anklage gegen Herrn Prof. Winterkorn wegen einer uneidlicher Falschaussage vor dem Bundestags-Untersuchungsausschuss im Januar 2017. Und der Strafprozess gegen den früheren Audi-Vorstandsvorsitzenden Stadler hat vor allem deshalb grosse Aufmerksamkeit erregt, weil er über viele Monate in Untersuchungshaft genommen wurde. Dieser Strafprozess läuft beim LG München I und wird parallel gegen den Audi-/Porsche-Entwicklungsvorstand und weiterer Personen geführt. Vorwurf auch hier: Betrug, mittelbare Falschbeurkundung und strafbare Werbung. Auch hier ist noch völlig offen, wie das Verfahren enden wird.

### 3. Perspektive

Dass man auch in der zivilrechtlichen Aufarbeitung des Komplexes (trotz des o.g. BGH-Urteils) u.U. noch lange nicht am Ende ist, hat jüngst der Generalanwalt beim EuGH Rantos deutlich gemacht, indem er in seinen Schlussanträ-

---

<sup>4</sup> OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Juni 2021, Az.: 12 AR 6/21, NZG 2021, 1459 (Zuständigkeit verneint).

<sup>5</sup> OLG Celle, Beschluss vom 08. November 2017, Az.: 8 W 86/17 = AG 2018, 421.

gen vom 02.06.2022<sup>6</sup> in dem Verfahren C-100/21, welches durch ein Vorabentscheidungsersuchen des LG Ravensburg in Gang gebracht wurde, zum einen – quasi entgegen dem VW-Grundsatzurteil des VI. Zivilsenats des BGH aus dem Jahr 2020 (Haftung von VW nur unter den hohen Voraussetzungen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB)<sup>7</sup> – die Meinung vertreten hat, dass die unionsrechtlichen Vorschriften über die Emission von gasförmigen Schadstoffen, insb. von Stickstoffoxid, durch Dieselfahrzeuge auch die Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeuges schützen, insb. das Interesse, kein Fahrzeug zu erwerben, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist.

Weiter hat er dem für die Sachentscheidung letztlich zuständigen EuGH vorgeschlagen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind vorzusehen, dass ein Erwerber eines Fahrzeugs einen Ersatzanspruch gegen den Hersteller hat, wenn es mit einer solchen unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist, und zwar – und das ist das Neue – nicht nur unter den hohen Voraussetzungen des § 826 BGB, sondern schon bei fahrlässigen Verstößen, was letztlich bedeutet, dass die EU-Verordnung als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sein dürfte, deren fahrlässige Verletzung zu einem Schadenersatzanspruch führt. Und schliesslich hat er ungeachtet dessen, dass Sache der Mitgliedstaaten ist, die Regeln für die Art und Weise der Berechnung des Ersatzes des Schadens festzulegen, darauf hingewiesen, dass der Ersatz in Anwendung des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*) dem erlittenen Schaden angemessen sein muss, was die Frage aufwirft, ob die in Deutschland bislang angewandten Regelungen zur sog. Vorteilsausgleichung (Nutzungsentschädigung) so beibehalten werden können. Das Thema ist also noch lange nicht abgeschlossen, sondern aktuell, d.h. im Sommer/Herbst 2022, noch voll im Gang.

---

<sup>6</sup> Generalanwalt Rantos beim EuGH ECLI:EU:C:2022:420 = BeckRS 2022, 12232 = ZIP 2022, 1212 – Mercedes Benz Group.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW; vgl. auch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 09. April 2021, Az.: 8 U 68/20; anders u. a. aber OLG Bamberg, Beschluss vom 08. August 2021, Az.: 8 U 38/22.

## II. Überblick über die Verantwortlichkeit von Organmitgliedern (Innenhaftung, Aussenhaftung, straf- und bussgeldrechtliche Verantwortlichkeit)

### i. Zuständiges Organ

#### a) *Aktiengesellschaft*

Wenn wir uns nun dem deutschen Organhaftungs- bzw. Verantwortlichkeitsrecht zuwenden, so ist zunächst auf das dualistische System bei der deutschen Aktiengesellschaft, also die Unternehmensleitung durch den Vorstand kontrolliert von einem den Vorstand überwachenden und von der Hauptversammlung bzw. im Bereich der Mitbestimmungsgesetze z.T. von den Arbeitnehmern bestellten Aufsichtsrat, hinzuweisen. Die Klagerechte einzelner Aktionäre sind dabei in Deutschland nur gegen Hauptversammlungsbeschlüsse stark ausgebildet, weil Verletzungen eines Gesetzes, der Satzung und auch allgemeiner Prinzipien wie der Treuepflicht und der Gleichbehandlung bei Beschlüssen von jedem Aktionär im Wege einer Beschlussmängelklage gegen die AG geltend gemacht werden können (§§ 241 ff AktG).

Zur Prüfung und Durchsetzung von Ansprüchen der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern ist hingegen grds. nur der Aufsichtsrat berechtigt und verpflichtet. Der Aufsichtsrat kann aber nicht nach eigenem, freiem Ermessen darüber entscheiden, ob Ansprüche geltend gemacht werden oder nicht. Vielmehr macht sich der Aufsichtsrat selbst gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig, wenn er möglicherweise bestehende Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder nicht geltend macht (ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung<sup>8</sup>, dazu im Einzelnen unten).

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern durch einzelne Aktionäre ist aufgrund der Zuständigkeit des Aufsichtsrats hingegen grds. nicht möglich. Eine Aktionärsmehrheit kann nur nach § 147 AktG vorgehen und beantragen, dass von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschlossen wird, Ersatzansprüche der Gesellschaft aus der Geschäftsführung gegen Mitglieder des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats geltend zu machen, wozu die Hauptversammlung dann auch besondere Vertreter bestellen kann. Um auf die Hauptversammlung und auf deren Tagesordnung mit einem entsprechenden Antrag zu gelangen, bedarf es

---

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az.: II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff., dazu etwa Goette ZHR 2012, 588 ff. und Jaeger/Trölitzsch, WiB 1997, 684 ff.

aber nach § 122 Abs. 2 AktG eines Quorums von 5% des Grundkapitals oder Aktien mit dem anteiligen Betrag von 500.000 €. Insoweit bestehen also nicht nur materielle, sondern auch verfahrensmässig hohe Hürden.

Als weiteres Instrument des Minderheitenschutzes sieht § 148 AktG für eine qualifizierte Aktionärsminorität die Möglichkeit vor, über ein Klagezulassungsverfahren zu erreichen, durch gerichtliche Entscheidung für berechtigt erklärt zu werden, im eigenen Namen Ersatzansprüche der Gesellschaft (auf Zahlung an die Gesellschaft) geltend zu machen. Die Organe der Gesellschaft, insb. also der Aufsichtsrat, haben dann aber immer noch jederzeit die Möglichkeit, die Klage selbst einzureichen oder zu übernehmen (§ 148 Abs. 3 AktG) bzw. – so jedenfalls die ganz h.M. – einen Vergleich über solche Ansprüche herbeizuführen, der dann allerdings der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf (§ 93 Abs. 4 S. 3 AktG). Und Gläubigern eröffnet § 93 Abs. 5 AktG nur dann unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, Ersatzansprüche gegen Organmitglieder geltend zu machen, wenn sie von der AG keine Befriedigung erlangen können.

#### b) GmbH

Bei der GmbH, die in Deutschland nach wie vor die häufigste und vor allem im Mittelstand überwiegende Rechtsform ist, gibt es in der Regel keinen Aufsichtsrat. Etwas anderes gilt nur, wenn die GmbH mitbestimmt ist und nach den Mitbestimmungsgesetzen ein Aufsichtsrat zu bilden ist oder dann, wenn nach der Satzung ein solches Organ zu bilden und mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet ist. Im Regelfall fällt die Prüfung und Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber den Geschäftsführern daher in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung als dem bei der GmbH „obersten“ Organ.

Dass einzelne GmbH-Gesellschafter nicht berechtigt sind, im Wege einer Gesellschafterklage (*actio pro socio*) Ansprüche der GmbH aus Organhaftung, also Innenhaftungsansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG, gegen (Fremd-)Geschäftsführer geltend zu machen, hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt<sup>9</sup> und dies u.a. damit begründet, dass ein Fremdgeschäftsführer als Gesellschaftsorgan allein der Gesellschaft gegenüber treuepflichtig ist. Gerade weil die Gesellschafterversammlung bei einer deutschen GmbH das oberste Organ sei, soll es dieser überlassen bleiben, ob ein Geschäftsführer wegen einer Pflichtverletzung belangt und die damit verbundene Offenlegung interner

---

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 25. Januar 2022, Az.: II ZR 50/20 = NZG 2022, 516.

Gesellschaftsverhältnisse (trotz der für Ansehen und Kredit der Gesellschaft möglicherweise abträglichen Wirkung) in einem Rechtsstreit in Kauf genommen werden soll.

Der Gesellschafterversammlung obliegt es bei einer GmbH daher nicht nur zu entscheiden, ob ein besonderer Vertreter für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Geschäftsführer bestellt wird, sondern auch zu entscheiden, ob überhaupt ein Anspruch geltend gemacht werden darf (vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG). Ein entsprechender (wirksamer) Gesellschafterbeschluss ist mit anderen Worten materielle Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht entscheidet dabei die Gesellschafterversammlung mit der einfachen Mehrheit der wirksam abgegebenen Stimmen, wobei selbst betroffene (Gesellschafter-)Geschäftsführer (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG) vom Stimmrecht ausgeschlossen sind. Minderheitsgesellschafter müssen die Mehrheitsentscheidung grundsätzlich akzeptieren. Etwas anderes gilt nur dann, wenn, was allerdings nur in Extremfällen denkbar ist, die Stimmrechtsausübung der Mehrheit in der Gesellschafterversammlung als solche einen Stimmrechtsmissbrauch darstellt und gegenüber der Gesellschaft treuwidrig ist.

Nur ganz ausnahmsweise, etwa dann, wenn Gläubigerinteressen anderweitig nicht durchgesetzt würden, gibt es – abgesehen vom Deliktsrecht – die Möglichkeit, dass von aussen durch Dritte (anstelle der Gesellschaft vertreten durch den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung) Ansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer geltend gemacht werden können.

Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage in der GmbH also von der im Aktiengesetz, welches mit der – praktisch allerdings selten einschlägigen – Regelung in § 148 AktG ein Klagezulassungsverfahren kennt, dass es einer qualifizierten Aktionärsminorität, welche im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen ein Prozent des Grundkapitals oder Aktien im Nennbetrag von 100.000 € hält, erlaubt, bei Gericht unter bestimmten Voraussetzungen zu beantragen, zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Organmitglieder im eigenen Namen (aber auf Kosten der Gesellschaft) zugelassen zu werden.

Zusammenfassend kann man also für das deutsche Aktienrecht sagen, dass es eine Art „Mediatisierung“ der Vorstandshaftung durch den Aufsichtsrat gibt. Und im GmbH-Recht gilt, dass Ansprüche gegen (Fremd-)Geschäftsführer jedenfalls nicht von einzelnen Gesellschaftern, sondern nur durch die Gesellschafterversammlung oder von dieser bestellte besondere Vertreter (oder –

falls existent – einen Aufsichtsrat oder Beirat) geltend gemacht werden können, wobei es für die Geltendmachung grds. eines Gesellschafterbeschlusses bedarf.

## 2. Sorgfaltsmassstab bei der Innenhaftung

Haftungsrisiken für Organmitglieder deutscher Kapitalgesellschaften bestehen vor allem im Hinblick auf die Verletzung der Sorgfaltspflichten, die den Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder den Aufsichtsräten ebenso wie den Geschäftsführern einer GmbH von Gesetzes wegen gegenüber den Gesellschaften obliegen. Der Sorgfaltsmassstab (vgl. §§ 93 Abs. 1, 116 AktG, sachlich gleich § 43 Abs. 1 GmbHG) lautet:

*„Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsleitung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“*

Aufsichtsratsmitglieder haben dementsprechend bei ihrer Aufsichtsratsstätigkeit, Beratung und Ausübung der Personalhoheit ebenfalls die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsehers, Beraters und Personalverantwortlichen anzuwenden.

## 3. Anspruchsgrundlagen

### a) Organhaftung

Anspruchsgrundlagen für die Organhaftung in der AG finden sich in § 93 Abs. 2 und 3 AktG für den Vorstand und in den §§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 und 3 AktG für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft.

Die Generalklausel des § 93 Abs. 2 AktG wird ergänzt durch neun in § 93 Abs. 3 AktG geregelte Sondertatbestände, die auch die „aktienrechtlichen Todsünden“ genannt werden. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die dort genannten Tatbestände zum einen die allgemeine Sorgfaltspflicht präzisieren, vor allem aber gilt in diesen Sonderfällen eine andere Form der Schadensberechnung. Während sich regelmässig ein Schaden nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen der §§ 249 ff. BGB auf der Basis einer Gesamtvermögensbetrachtung (im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung) bei der Gesellschaft berechnet, besteht der Schaden in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG schon im Abschluss von Mitteln bei der Gesellschaft bzw. ihrer Vorenthaltung, so dass blosse Ansprüche auf Rückzahlung oder Einlageleistung aussen vor bleiben<sup>10</sup>. Für den aktienrechtlichen Aufsichtsrat gelten über § 116 S. 1 AktG die

---

<sup>10</sup> Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 149 m.w.H.

vorgenannten Regelungen entsprechend, wobei der Schwerpunkt der Pflichten des Aufsichtsrats in der Überwachung des Vorstands sowie darin liegt, eventuelle Ansprüche der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern zu prüfen und (rechtzeitig) geltend zu machen (dazu unten).

Nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, (und Gleiches gilt über die Verweisnorm des § 116 AktG für Aufsichtsratsmitglieder) die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Eine Abweichung gegenüber dem allgemeinen Haftungs- und Verantwortlichkeitsrecht besteht darin, dass dann, wenn streitig ist, ob die Vorstandsmitglieder ihren Pflichten nachgekommen sind, also die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, sie insoweit nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Beweislast trifft.

Die dem § 93 Abs. 2 AktG entsprechende Haftungsnorm bei der GmbH ist § 43 Abs. 2 GmbHG, wonach Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften. Eine dem § 93 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechende gesetzliche Beweislastregel gibt es bei der GmbH zwar nicht; es ist aber allgemein anerkannt, dass die partielle Beweislastumkehr hier ebenfalls gilt, also die aktienrechtliche Norm entsprechend anzuwenden ist. In der Sache ergeben sich damit auf dieser Ebene keine relevanten Unterschiede zwischen AG und GmbH.

Für einen (freiwilligen) Aufsichtsrat/Beirat einer GmbH ergibt sich die Geltung der aktienrechtlichen Haftungsnormen (§§ 116, 93 Abs. 2 und 3 AktG) schon daraus, dass § 52 Abs. 1 GmbHG diese dann, wenn die Satzung der GmbH nichts Abweichendes regelt, für entsprechend anwendbar erklärt. Und für Aufsichtsräte in mitbestimmten GmbHs, ist nach den Regelungen in den Mitbestimmungsgesetzen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG) aufgrund ausdrücklicher Verweisung auf § 116 AktG ohnehin stets, d. h. ohne die Möglichkeit der Einschränkung in der Satzung<sup>11</sup>, anwendbar.

#### *b) Deliktsrecht (Aussenhaftung)*

Für das Handeln von Organmitgliedern, welches sich im Rahmen von deren Vertretungsbefugnis hält, ist grundsätzlich Dritten gegenüber allein die Gesellschaft verantwortlich. Etwas anderes gilt aber dann, wenn deliktisches Handeln vorliegt. Dann gelten die allgemeinen Normen des Deliktsrechts, also bei der Verletzung besonders geschützter Rechtsgüter (z.B. Eigentum, nicht

---

<sup>11</sup> Zur Verantwortlichkeit und Haftung von Mitgliedern in Aufsichts- und Beiratsgremien der GmbH vgl. etwa Jaeger in: Oppenländer/Trölitzsch, § 20 Rz. 53 ff. und Komm. GmbHG-Hommelhoff, §§ 52, N 32 ff., 63 f.

jedoch Vermögen) § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz (z.B. § 246 StGB [Unterschlagung], § 263 StGB [Betrug] usw.). Zu den Schutzgesetzen gehören auch Normen des Insolvenzrechts, insb. die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, wie auch Normen des Europäischen Rechts, also EU-Verordnungen oder im Einzelfall auch EU-Richtlinien. Schliesslich kann im Einzelfall § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) einschlägig sein<sup>12</sup>, also die Generalklausel, auf die sich Kunden/Verbraucher gegen Automobilhersteller im „Abgas-Skandal“ gestützt haben und damit auch (jedenfalls in Sachen VW) im Grundsatz erfolgreich waren<sup>13</sup>.

c) *Spezielle Haftungstatbestände, insbesondere in der Insolvenz*

Neben den vorgenannten Generalklauseln haften Organmitglieder der Gesellschaft und gegebenenfalls auch Dritten auch aus der Verletzung von gesetzlich geregelten Einzelpflichten. Solche finden sich sowohl in Kapitalgesellschaftsrecht, also im Aktien- und GmbH-Gesetz (vgl. etwa §§ 9a, 30 ff., 64 a.F. GmbHG bzw. §§ 46 ff., 62 AktG), wie auch im Insolvenzrecht, dort insbesondere in den Regelungen in § 15a InsO (Insolvenzantragspflicht) bzw. § 15b InsO (Unzulässigkeit von Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung).

Das Generalthema des heutigen Tages, Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und Zusammenbrüchen, wirft dabei die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen es in solchen Fällen eine Managerhaftung in Deutschland gibt.

Betrachtet man die einschlägigen Normen, so ist die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO durch die Geschäftsleiter (Vorstand oder Geschäftsführung) zentral, dass eine (insolvenzrechtliche) Überschuldung ein oder ist Zahlungsunfähigkeit gegeben (drohende Zahlungsunfähigkeit genügt nicht) ist. Ist das der Fall, so bestehen max. 3 bzw. 6 Wochen für eine Sanierung, dann muss Insolvenzantrag gestellt werden. Wird das unterlassen, haften die Geschäftsleiter persönlich, wobei dann zwischen den sog. Altgläubigern der Gesellschaft und deren Neugläubigern unterschieden wird und die insolvente Gesellschaft grds. einen „Schaden an sich selbst“ nicht geltend machen kann. Ob es einen sog. Insolvenzvertiefungsschaden gibt, weil die Gesellschaft höhere Schulden hat, als sie hätte, wenn rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt worden wäre, ist umstritten. Die entsprechenden

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu etwa BGHZ 108, 134, 142 zu Fehlverhalten von Organmitgliedern in einer Unternehmenskrise.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW.

(deliktischen) Ansprüche, die über die Normen des § 823 Abs. 2 BGB oder wegen culpa in contrahendo geltend gemacht werden könnten, greifen praktisch aber wegen Problemen bei der Schadensberechnung i.d.R. nicht.

Die Insolvenzverwalter in Deutschland haben sich daher praktisch darauf verlegt, stattdessen die Geschäftsleiter wegen verbotener Zahlungen nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife (Verschuldung/Zahlungsunfähigkeit) in Anspruch zu nehmen, früher nach § 64 GmbHG a.F., jetzt nach § 15b Abs. 4 InsO. Diese Haftung ist praktisch scharf und durch die Verlagerung in die InsO weiter verschärft worden. Dies vor allem deshalb, weil es für den Nachweis eines Schadens hier (vgl. § 93 Abs. 3 AktG) genügt, dass eine masseschmälernde Vermögensleistung aus dem Gesellschaftsvermögen (Zahlungen, Leistung an Zahlung statt, Abtretungen und Aufrechnungen) nachgewiesen wird. Die Geschäftsleiter müssen demgegenüber einwenden, dass die Leistung zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung erbracht werden musste (Steuern, Arbeitnehmerbeiträge, Kosten eines Sanierungsberaters) oder durch eine Vermögensverfügung die Gläubiger nicht schlechter gestellt sind, als zuvor (z.B. Erwerb handfester Assets, nicht aber Zahlung an Dienstleister).

#### *d) Künftige Haftungsrisiken und neue Sorgfaltspflichten*

Schaut man in die Zukunft, so ist mit einer Zunahme von Sorgfaltspflichten bei Geschäftsleitern zu rechnen. Ein Thema, das hier nur angedeutet/gestreift werden kann ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Geschäftsleiter, insb. Vorstandsmitglieder grosser Unternehmen, für die Einhaltung von sog. ESG-Regeln (Environmental Social Governance) und Klimazielen künftig in Anspruch genommen werden können (Corporate Climate Litigation) bzw. diese Pflichten künftig zu den organschaftlichen Sorgfaltspflichten gezählt werden. Klagen gegen Unternehmen gibt es auch in Deutschland schon.

So hat jüngst die Deutsche Umwelthilfe etwa die Mercedes Benz AG vor der 17. Zivilkammer des LG Stuttgart<sup>14</sup> auf Einhaltung der gesetzlichen Klimaziele (ohne Erfolg) in Anspruch genommen und plant gleiches gegen BMW und die Wintershall Dea AG, die kurz vor einem Börsengang steht.

In Grossbritannien hat die NGO Client Earth gem. Veröffentlichung auf ihrer eigenen Homepage (<[www.clientearth.org](http://www.clientearth.org)>) das Board von Shell wegen Verletzung von Pflichten nach den sections 172 und 174 des UK Companies Act in Anspruch genommen und vorgetragen, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht von

---

<sup>14</sup> LG Stuttgart, Urt. v. 13.09.2022, Az: 17 O 789/21 = NVwZ 2022, 1663.

Vorstandsmitgliedern die Einhaltung gesetzlicher Regelungen verlange, zu denen auch die Implementierung einer Klimastrategie gehöre, die mit dem 1,5 Grad-Ziel der Pariser Klimakonferenz in Einklang stehe.

In Deutschland hatte Hommelhoff<sup>15</sup> schon 2015 zur CSR-Richtlinie, die ja nur ein Klimareporting in einer sog. nichtfinanziellen Erklärung (§§ 289 b ff. HGB) verlangt, angemerkt, dass das Handlungsprogramm des Vorstands bzw. der Geschäftsleiter damit über die Interessen der Shareholder hinaus auch auf die Stakeholder ausgerichtet werden soll. Damit sind auch neue Fragen des Haftungsrechts verbunden. Die Entwicklung ist hierzu in Deutschland und auf europäischer Ebene sicherlich noch nicht abgeschlossen, was zuletzt etwa beim Thema Lieferkette der im Februar 2022 vorgelegte Entwurf einer Richtlinie der EU zur Corporate Sustainability Due Diligence Directive zeigt.

### III. Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder

#### i. Aktiengesellschaft

In der Aktiengesellschaft obliegt – wie erwähnt – die Prüfung und Geltendmachung von evtl. Organhaftungsansprüchen gegenüber dem Vorstand dem Aufsichtsrat, der nach § 112 AktG ausschliesslich zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstand berechtigt ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Hauptversammlung besondere Vertreter bestellt hat. Umgekehrt ist die Überprüfung, Geltendmachung und Durchsetzung von evtl. Haftungsansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat eine Angelegenheit, die in die allgemeine Vertretungskompetenz des Vorstands fällt. Diese Regeln gelten auch dann, wenn ausgeschiedene Organmitglieder betroffen sind.

Nach der vom Bundesgerichtshof in der schon erwähnten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung<sup>16</sup> besteht dabei für das zuständige Organ, also in der Regel den Aufsichtsrat, ein besonders abgestuftes Prüfprogramm bzw. Prüfkonzept, nach dem nicht nur zu prüfen ist, ob ein Ersatzanspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besteht, sondern auch, wie das Prozessrisiko und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu bewerten sind. Schliesslich ist zu prüfen, ob ausnahmsweise wegen gewichtiger Interessen und Belange der Gesellschaft oder aber – in besonderen Ausnahmefällen – aus anderen Gründen von der Verfolgung des Anspruchs abgesehen werden soll. Das daraus abgelei-

---

<sup>15</sup> Hommelhoff, 291, 298 f.

<sup>16</sup> BGHZ 135, 244 ff.; bestätigt etwa durch BGH, Urteil vom 18. September 2018, Az.: II ZR 152/17 = NZG 2018, 1301 Rz. 31 ff.

tete Prüfprogramm besteht also letztlich aus vier Stufen: Auf der ersten Stufe ist eine Prozessrisikoanalyse vorzunehmen, der auf zweiter Stufe eine Beibehaltbarkeitsanalyse folgt. Anschliessend stellt sich die Frage, ob bei gewichtigen Gründen des Gesellschaftswohls oder (ausnahmsweise) aus persönlichen Gründen sich Einschränkungen ergeben. Und schliesslich ist zu ergänzen, dass aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung aller Organmitglieder sich die Frage der Schuldnerauswahl stellen kann, also die Frage, ob nur gegen einzelne oder alle Verantwortliche vorgegangen wird.

Die Ansprüche der AG verjähren dabei in fünf Jahren bzw. bei börsennotierten Gesellschaften in 10 Jahren ab Eintritt des ersten Schadens (§ 93 Abs. 6 AktG, § 200 BGB), wobei der „Grundsatz der Schadenseinheit“ gilt, d.h. die Verjährungsfrist insgesamt mit dem Eintritt des ersten aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadens (kenntnisunabhängig) zu verjähren beginnt.

Eine Besonderheit des dualistischen Modells ergibt sich dabei daraus, dass auch die Pflicht eines Organs (i.d.R. des Aufsichtsrats) zur Prüfung von Ersatzansprüchen ihrerseits verletzt werden kann. Das hat zur Folge, dass sich daraus eine neue, an die bisherige Verjährung anschliessende Verjährungsfrist ergibt (sog. Verjährungskarussell)<sup>17</sup>. Im Ergebnis führt dies praktisch dazu, dass auch lange zurückliegende Sachverhaltskomplexe haftungsrechtlich nach Eintritt der Verjährung von Ansprüchen gegen die unmittelbar Verantwortlichen noch nicht abgeschlossen sind, da sich an den Ablauf der Verjährungsfrist gegenüber den unmittelbar Verantwortlichen eine neue Verjährungsfrist anschliesst, die im Fall des Unterlassens mit dem letzten Tag der Verjährungsfrist beginnt, die gegenüber den Primärverantwortlichen abläuft.

Von den Fragen, die das zuständige Organ bei der Prüfung, Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei der Aktiengesellschaft besonders zu beachten hat, sind praktisch folgende Themen von besonderer Relevanz:

a) *Partielle Beweislastumkehr*

Grundsätzlich trägt zwar jeder Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die für ihn günstigen Tatsachen. Bei Organhaftungsansprüchen gilt aber davon abweichend zu Lasten der in Anspruch genommenen Organmitglieder eine partielle Darlegungs- und Beweislastumkehr (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG) für die Einhaltung der organschaftlichen Sorgfaltspflicht und ein fehlendes Verschulden

---

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 18. September 2018, Az.: II ZR 152/17 = BGHZ 219, 356 ff. und OLG Hamm, Urteil vom 06. April 2022, Az.: 8 U 73/12, NZG 2022, 662 „Arcandor“.

bzw. für das Vorliegen von Haftungsprivilegierungen, wie etwa das Eingreifen der Business Judgement Rule. Diese Beweisregel ist schon auf der ersten Stufe des Prüfprogramms (Prozessrisikoanalyse) zu berücksichtigen.

Voraussetzung für die Organhaftung ist daher zwar, dass dem Organ ein Verstoß gegen seine Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden kann. Aufgrund der partiellen Beweislastumkehr in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft aber das Organmitglied grundsätzlich die Darlegungs-Beweislast dafür, pflichtgemäss gehandelt zu haben.

Die Rechtsprechung verlangt als „Einstieg“ in die partielle Beweislastumkehr allerdings, dass seitens der Gesellschaft zunächst ein substantiiertes Vortrag zu dem Verhalten erfolgt, bei dem eine Pflichtwidrigkeit überhaupt in Betracht kommt (sog. Möglichkeit der Pflichtverletzung). Mit anderen Worten muss ein Organmitglied nicht schon unabhängig von einem solchen Vortrag darlegen und beweisen, bei seinem gesamten Handeln als Organ stets die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsleiters beachtet zu haben, sondern dies gilt nur insoweit, wie die Gesellschaft einen konkreten Sachverhalt vorgetragen hat, aus dem sich die Möglichkeit einer Pflichtverletzung ergibt.<sup>18</sup>

Im Übrigen trägt die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast dafür, dass und inwieweit ihr durch das Verhalten eines Organmitglieds in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei der Gesellschaft prozessuale Erleichterungen nach § 287 ZPO zugute kommen können. Letzteres bedeutet, dass bei der sogenannten haftungsausfüllenden Kausalität, also bei der Frage nach der Kausalität zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden ebenso wie beim Schaden selbst das mit der Sache befasste Gericht den der Gesellschaft obliegenden Beweis bereits dann als geführt ansehen kann, wenn für das Vorliegen dieser Merkmale nach seiner Überzeugung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spricht.<sup>19</sup> Diese Darlegungs- und Beweislastverteilung gilt nach h.M. auch gegenüber ausgeschiedenen Organmitgliedern.<sup>20</sup> Ausgeschiedene Organmitglieder haben nur einen Anspruch darauf, Zugang zu den Unterlagen, die zu ihrer Verteidigung, d.h. zur Darlegung ihres sorgfaltsgemässen Handelns notwendig sind, zu bekommen und sich hiervon auch Kopien zu fertigen. Umgekehrt treffen ausgeschiedene Organmitglieder aufgrund ihrer nachwirkenden Treuepflicht auch Auskunftspflichten gegenüber der Ge-

---

<sup>18</sup> Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 28. Oktober 2014, Az.: 12 U 567/13; NZG 2015, 555 Rz. 13 und Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 104 sowie BGH, Urteil vom 04. November 2002, Az.: II ZR 224/00 = DStR 2003, 124.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 19. Januar 2006, Az.: IX ZR 232/01 = NJW-RR 2006, 923, 925 und BGH, Urteil vom 23. November 2006, Az.: IX ZR 21/03 = NJW-RR 2007, 569 ff.

<sup>20</sup> Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 56 und Born, 79 ff.

sellschaft hinsichtlich der Umstände, die gegebenenfalls zur Darlegung eines Schadens oder auch zur Darlegung der Möglichkeit einer Pflichtverletzung notwendig sind.<sup>21</sup>

b) *Business Judgement Rule*

Weiten Raum bei der Prüfung von Ersatzansprüchen nimmt häufig die Frage ein, ob sich Organmitglieder, also i.d.R. Mitglieder des Vorstands, auf die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule berufen können.

Hintergrund dieser Regel ist der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon seit langem<sup>22</sup> anerkannte Umstand, dass dem Vorstand einer Aktiengesellschaft (und ebenso dem Geschäftsführer einer GmbH) für die Leitung der Geschäfte der Gesellschaft ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, da ohne diesen unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist. Bei der Frage, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit ein rechtswidriges Handeln vorliegt, ist daher ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu beachten.

Der Gesetzgeber hat dies im Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert, in dem er den aus dem amerikanischen Rechtskreis stammenden Gedanken eine Business Judgement Rule ins deutsche Aktienrecht übernommen hat.<sup>23</sup> Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfte, auf der Grundlage angemessener Information<sup>24</sup> zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese Regelung gilt über § 116 AktG entsprechend bei unternehmerischen Entscheidungen des Gesamtaufsichtsrats. Liegen die (vom Organmitglied zu beweisenden) Voraussetzungen der Business Judgement Rule vor, so wird unwiderleglich vermutet, dass das Handeln sorgfaltsgemäss war. Nur jene Handlungen, die vom unternehmerischen Ermessen nicht gedeckt werden, können also im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung zur Haftung führen.

---

<sup>21</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2021, Az.: II ZR 140/20 = NZG 2021, 1356 und Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 104 zur Auskunftspflicht des Geschäftsführers.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az.: II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff., 254 „ARAG/Garmenbeck“.

<sup>23</sup> Fleischer ZIP 2004, 285.

<sup>24</sup> Dazu BGH, Urteil vom 20. September 2011, Az.: II ZR 234/09 „ISION“ und etwas einschränkend BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016, Az.: 5 StR 134/15 „HSH/Nordbank“.

So einleuchtend und vernünftig die sich aus der Business Judgement Rule ergebende Einschränkung der Haftung, also der sog. „sichere Hafen“ für ein Organhandeln, ist, so schwierig kann es praktisch sein, im Streitfall die Voraussetzungen seitens eines Organmitglieds darlegen und beweisen zu können.

Das gilt insbesondere für die Frage, ob ein Handeln auf angemessener Informationsgrundlage vorlag. Insoweit sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Informationspflichten ihrer Organmitglieder hoch. Sie gehen aber – entgegen einer teilweise in der Literatur im Anschluss an frühere BGH-Entscheidungen des II. Zivilsenats vertretene Auffassung – nicht soweit, dass alle nur erdenklichen Informationen vor einer Entscheidung eingeholt werden müssen. Vielmehr ist auf die konkrete Entscheidungssituation abzustellen. Das haben insbesondere die Strafsenate des BGH betont und entspricht inzwischen der h.M. In der neuesten Entscheidung des 3. Strafsenats vom 10.02.2022<sup>25</sup> werden die an sich hohen Anforderungen konkretisiert und handhabbarer gemacht; insbesondere ist das dortige Abstellen auf die konkrete Entscheidungssituation sachgerecht.

Gleichwohl ist festzustellen, dass es nach wie vor nur wenige Gerichtsentscheidungen gibt, in denen die Haftung von Organmitgliedern (nur deshalb) verneint wurde, weil diesen mit Erfolg die Berufung auf die Business Judgement Rule gelungen ist.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Bei BGH, Urteil vom 10. Februar 2022, Az.: 3 StR 329/21 = NZG 2022, 1293 mit Anm. Haselbach/Stepper heisst es wörtlich: „Zu Informationspflichten von Vorstandsmitgliedern ist anerkannt, dass sie grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation die Ausschöpfung aller verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art verlangen, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen. Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmasses der Informationspflichten. Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand einer unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und der Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung ‚angemessene Tatsachenbasis‘ verschafft; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern. Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen getroffen wurde und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen dürfte. Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen (siehe insgesamt BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016, Az.: 5 StR 134/15 = NZG 2017, 116 Rz. 34 m.w.H.).“

<sup>26</sup> Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 08. April 2022, Az.: 11 U 58/17 (nicht rechtskräftig, Nichtzulassungsbeschwerde anhängig unter dem Az.: II ZR 76/22 beim BGH).

Nach h.M.<sup>27</sup> gibt es hingegen keine Legal Judgement Rule, d.h. kein Ermessen bei der Einhaltung rechtlicher Regelungen, insbesondere von Gesetzen. Das gilt auch in Fällen, in denen Behörden frühere rechtliche Beurteilungen vorgenommen haben (z.B. bei Freistellung von Kartellverbot und ad-hoc-Mitteilungspflichten etc.) und jetzt aufgrund von Gesetzesänderungen die Gesellschaften und deren Organmitglieder selbst Einschätzungen zu treffen haben. Haftungsbegrenzend kann sich allein ein fehlendes Verschulden auswirken. So kann das Verschulden eines Organs ausgeschlossen sein, wenn das betroffene Organmitglied zuvor den Rat eines unabhängigen, nicht notwendigerweise externen Experten, der die erforderliche Sachkunde besitzt, eingeholt hat. Die Voraussetzungen dafür sind aber hoch. So muss die Beratung durch einen fachlich qualifizierten Berufsträger erfolgt sein. Dieser muss über alle erforderlichen Informationen und Unterlagen zur ordnungsgemässen Erteilung des Rechtsrats verfügen und das Organmitglied muss den erteilten Rat einer Plausibilitätskontrolle unterworfen haben.<sup>28</sup> Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzungen ist eine Haftung wegen Rechtsirrtum oder bei Wissenslücken handelnder Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen<sup>29</sup>.

### c) Weitere Voraussetzungen

Hinsichtlich der weiteren allgemeinen Haftungsvoraussetzungen gilt, dass ein Verschulden der Organmitglieder, d.h. ein Verstoss gegen die organschaftliche Sorgfalt, erforderlich ist, wobei eine Haftung für jede Fahrlässigkeit besteht und mehrere Organmitglieder grundsätzlich als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB) haften. Der Gesellschaft muss ein konkreter Schaden entstanden sein, der grundsätzlich nach der Differenzhypothese (§§ 249 ff. BGB) darzulegen ist, wobei der Gesellschaft die Möglichkeit der gerichtlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO, die auch für die Frage der Kausalität einer Pflichtverletzung für einen Schaden entsprechend gilt, eingreift.

## 2. GmbH

Bei der GmbH fällt die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber Geschäftsführern grundsätzlich in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Besteht ein Aufsichtsrat, ist dieser für die Prüfung und Durchsetzung von Ansprüchen zuständig (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 112 AktG). Ausserhalb einer zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats, die

---

<sup>27</sup> Vgl. dazu etwa Verse ZGR 2017, 174 ff.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 20. September 2011, Az.: II ZR 234/09 – Ision.

<sup>29</sup> Zu dem Umfang und der Reichweite von Compliance-Pflichten von Geschäftsleitern vgl. zuletzt OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2022, Az.: 12 U 1520/19 = BeckRS 2022, 9637.

sich im Bereich mitbestimmter GmbHs für solche Fälle ergibt, besteht zudem die Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters zur Prüfung und Durchsetzung von evtl. Ersatzansprüchen sowie einer Sonderprüfung als Massnahme zur Überwachung der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 und Nr. 8 GmbHG). Insoweit bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede zur Rechtslage bei der AG, die partielle Darlegungs- und Beweislastumkehr für sorgfalts-gemässes Verhalten eines Vorstandsmitglieds gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gilt für GmbH-Geschäftsführer entsprechend<sup>30</sup> und die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt nach § 43 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 200 BGB wie bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ebenfalls fünf Jahre ab Eintritt des ersten Schadens.

Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings – wie ebenfalls schon erwähnt – darin, dass die Gesellschafter einer GmbH nicht eine Verpflichtung trifft, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern (oder Aufsichtsräten bei einem freiwilligen Aufsichtsrat) zu prüfen und geltend zu machen; die ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung gilt also bei der GmbH nicht. Die Gesellschafter können auch „sehenden Auges“ darauf verzichten, Ansprüche gegen Geschäftsführer geltend zu machen. Können Geschäftsführer nachweisen, dass ihr Handeln mit Einwilligung des oder der Gesellschaft/er erfolgte oder sind sie „sehenden Auges“, wobei Kennenmüssen genügt, von der Gesellschafterversammlung für den Zeitraum, in den eine Pflichtverletzung fällt, entlastet worden, so können sie, anders als Organmitglieder einer AG, nicht von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden (dazu auch noch unten).

#### IV. Haftung für welche Schäden und Haftung von wem?

##### 1. Schaden

Ist ein Organhaftungsanspruch dem Grunde nach gegeben, so führt dies zu einer persönlichen, der Höhe nach beschränkten Haftung des Organmitglieds, wobei es sich in der Regel um eine gesamtschuldnerische Haftung handelt. Im Grundsatz gilt dabei der allgemeine Schadensbegriff des § 249 BGB („Differenzhypothese“), der (nur) in den Fällen der „aktienrechtlichen Todsünden“ (§ 93 Abs. 3 AktG) verschärft wird.

Die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden (und die Kausalität einer Pflichtverletzung des Schadenseintritt) liegt dabei gem. der allgemeinen Beweisregel bei der Gesellschaft, d.h. die partielle Beweislastumkehr gilt insoweit

---

<sup>30</sup> OLG München, Urteil vom 23. Januar 2019, Az.: 7 U 2822/17.

nicht. Der Gesellschaft kommen aber prozessuale Beweiserleichterungen (§ 287 ZPO) zu Gute. Der Schaden kann dabei in allen Vermögenseinbussen der Gesellschaft liegen, d.h. auch Kosten (externer) Rechtsanwälte, die vom Unternehmen zur Aufklärung und Begrenzung des Schadens (sowie zu dessen Geltendmachung) eingeschaltet wurden, können als Folgeschäden gegenüber den Organmitgliedern geltend gemacht werden.

## 2. Gesamtverantwortung vs. Gesamtschuld

Obwohl Organmitglieder grundsätzlich nur für eigene Pflichtverletzungen und für eigenes Verschulden haften, gilt bei Kollegialorganen der Grundsatz der Gesamtverantwortung. Einzelne Organmitglieder (also Mitglieder des Vorstands eines Aufsichtsrats und einer mehrköpfigen Geschäftsführung) trifft nicht nur die Verpflichtung, alle ihnen selbst obliegenden bzw. alle nicht delegierbaren Angelegenheiten sorgfaltsgemäss wahrzunehmen, sondern sie trifft sowohl vertikal innerhalb des Gremiums als auch horizontal gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern eine Überwachungspflicht, deren Verletzung ebenso zu einer eigenen Haftung führen kann. Hinzu kommt, dass jede Pflichtverletzung des Vorstands oder der Geschäftsführung dort, wo es einen Aufsichtsrat gibt, zugleich eine Verletzung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 1 AktG) beinhalten kann.

Mehrere Organmitglieder haften als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB), wobei jedes Organmitglied grundsätzlich für den Gesamtschaden, also auf die volle Summe im Aussenverhältnis haftet. Dies kann dazu führen, dass die Gesellschaft bei der Inanspruchnahme u.U. bevorzugt gegen die Organmitglieder vorgeht, bei denen Vermögen oder eine Versicherungsdeckung vorhanden oder zu erwarten ist und sich nicht allein nach den Verschuldens- bzw. Verursachungsbeiträgen richtet.

Davon zu unterscheiden sind die internen Ausgleichspflichten unter mehreren Gesamtschuldnern bzw. hier gesamtschuldnerisch haftenden Organmitgliedern, die sich nach den Verursachungsbeiträgen richten. Anspruchsgrundlagen sind dabei § 426 Abs. 1 und § 426 Abs. 2 BGB<sup>31</sup>, wobei der Anspruch nach § 426 Abs. 1 BGB verjährungs- und beweisrechtliche Probleme mit sich bringen kann, weshalb im Prozess Streitverkündungen gegenüber den Ausgleichsverpflichtungen zulässig<sup>32</sup> und sinnvoll sind, wenn keine entsprechenden aussergerichtlichen Vereinbarungen abgeschlossen werden können. Der Umfang

---

<sup>31</sup> Dazu etwa Guntermann, AG 2017, 606 ff.; Segna, ZIP 2015, 1561 ff.; Bayer/Scholz, ZGR 2016, 619 ff.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 07. Mai 2015, Az.: VII ZR 104/14.

der internen Ausgleichspflicht richtet sich letztlich nach den internen Verursachungsbeiträgen bzw. dem jeweiligen Verschuldensgrad (vgl. § 254 BGB sowie § 840 Abs. 2 BGB analog), weshalb etwa ein vorsätzlich seine Pflichten verletzendes Organmitglied gegenüber denjenigen, die nur wegen fahrlässiger Pflichtverletzung im Aussenverhältnis haften, intern in vollem Umfang ausgleichspflichtig ist.

## V. Haftung für Strafen und Bussgelder

### i. Bussgelder als Teil eines ersatzfähigen Schadens des Unternehmens

Zum ersatzfähigen Schaden kann nach h.M. auch eine gegen die Gesellschaft verhängte Geldbusse (z.B. nach § 30 Abs. 1 OWiG) gehören. Dabei ist zwischen dem grundsätzlich ersatzfähigen Ahndungsteil (§ 30 Abs. 2 und 4 OWiG) und dem im Grundsatz nicht ersatzfähigen Abschöpfungsteil einer Busse (§§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG) zu unterscheiden, weil insoweit der Zweck der Geldbusse gerade darin besteht, den von der Gesellschaft erlangten Vorteil bei dieser abzuschöpfen.

Ob ein Regressanspruch auch bei Kartellbussen nach deutschem Kartellrecht (GWB) oder EU-Kartellrecht möglich ist oder dieser gegebenenfalls der Höhe nach zu begrenzen ist (weil etwa bei Kartellrechtsverstößen die Bussgeldobergrenze für Unternehmen nach deutschem Kartellrecht bei 10% des Gesamtumsatzes des Unternehmens liegt (vgl. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB), der Geschäftsleiter (Organmitglied) persönlich in Deutschland aber „nur“ maximal mit einer Geldbusse i.H.v. 1 Mio. € belangt werden kann (vgl. § 81 Abs. 4 S. 1 GWB), ist umstritten. Erst recht gilt dies für EU-Kartellbussen, die immer nur gegenüber Unternehmen verhängt werden.

Das LAG Düsseldorf<sup>33</sup> hat eine Innenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG für eine gegen das Unternehmen Thyssen Krupp auf der Grundlage des deutschen Kartellrechts verhängte Kartellbusse abgelehnt; ebenso hat das LG Saarbrücken<sup>34</sup> im Hinblick auf eine EU-Kartellbusse entschieden, wobei die Entscheidung allerdings vorrangig mit verjährungsrechtlichen Argumenten begründet wurde.

Angesichts der Höhe von Kartellbussen und der praktischen Bedeutung des Kartellrechts für Unternehmen und ihre Organmitglieder wäre es wünschenswert, wenn es eine Klärung dieser nach wie vor offenen Rechtsfrage gäbe. Die

---

<sup>33</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 20. Januar 2015, Az.: 16 Sa 459/14.

<sup>34</sup> LG Saarbrücken, Urteil vom 15. September 2020, Az.: 7 HK O 6/16 „Villeroy & Boch AG“.

D&O-Versicherer haben jedenfalls insoweit reagiert, als inzwischen die meisten Policen eine Ersatzfähigkeit derartiger Schäden ausschliessen<sup>35</sup>. Das ändert nichts daran, dass sich die Frage stellt, ob es im Sinne des Kartellrechts ist, wenn Bussen, die das Unternehmen treffen sollen, letztlich wirtschaftlich von Dritten, also Organmitgliedern und Versicherern getragen und die bebussten Unternehmen so (partiell) entlastet werden.

## 2. Übernahme von persönlichen Bussgeldern/Strafen durch das Unternehmen?

Umgekehrt ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass es im Hinblick auf persönliche Bussgelder/Geldstrafen, die gegenüber Organmitgliedern wegen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen verhängt worden sind, zulässig ist, diese zu übernehmen, wenn und soweit dies mit den Interessen der Gesellschaft in Einklang steht und dies keine Strafvereitelung darstellt.

Bei Aktiengesellschaften gilt insoweit das Gleiche wie bei einem Verzicht auf Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber einem Organmitglied, der nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zum einen erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs und nur dann möglich ist, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit der Aktionäre, deren Anteile zusammen den 10. Teil des Grundkapitals erreichen, in der Hauptversammlung zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine Aktiengesellschaft eine gegen ein Vorstandsmitglied verhängte Geldstrafe, Geldbusse oder Geldauflage für eine Handlung, mit der das Vorstandsmitglied gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat, übernehmen.<sup>36</sup>

## VI. Schutz vor Haftung und Reduzierung der Haftung

### 1. Aktiengesellschaft

Die gesetzlichen Haftungsregelungen für Organmitglieder von Aktiengesellschaften sind zwingend. Eine Haftungsbeschränkung und/oder eine Änderung des Sorgfaltsmassstabs ist weder in der Satzung noch in den Anstellungsverträgen zulässig. Die einzige Haftungsbegrenzung, die sich aus dem Gesetz ergibt, ist die Regelung in § 93 Abs. 4 S. 1 AktG, wonach der Gesellschaft

---

<sup>35</sup> Vgl. etwa die Musterbedingungen des GDV für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB D&O), Stand Mai 2020, Teil A-7.10, abrufbar unter <<https://www.gdv.de/resource>>.

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 2014, Az.: II ZR 174/13.

gegenüber eine Ersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern nicht eintritt, wenn die Handlung des Vorstands auf einem gesetzmässigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Da die Hauptversammlung aber regelmässig keine Entscheidung in Geschäftsführungsfragen trifft und auch von sich aus nicht treffen kann, ist dies ein absoluter Ausnahmefall. Aus der auf die Hauptversammlung abstellenden Regelung ergibt sich damit zugleich, dass allein die Einwilligung des Aufsichtsrats oder eines Alleinaktionärs unbeachtlich sind und anders als bei einer GmbH nicht zu einem Haftungsausschluss führen.

Soweit die Sorgfaltspflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds darin liegt, dass es kompetenzwidrig, d.h. ohne die nach der Satzung oder einer Geschäftsordnung bzw. einem Geschäftsführeranstellungsvertrag notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats, d.h. etwa unter Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts nach §§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG, Handlungen vorgenommen hat, kann sich das Vorstandsmitglied allenfalls auf den Gedanken eines rechtmässigen Alternativverhaltens berufen.<sup>37</sup> Kann das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied darlegen und beweisen, dass der Aufsichtsrat der Massnahme, die der Vorstand ohne die notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen hat, hypothetisch zugestimmt hätte, so wirkt dies entlastend. Insofern gilt aber selbstverständlich, dass die volle Darlegungs- und Beweislast für das rechtmässige Alternativverhalten beim Vorstand liegt; er muss den sicheren Nachweis führen können, dass der Schaden in jedem Fall eingetreten ist, d.h. der Aufsichtsrat entsprechend entschieden und seines Vorgehensweise gebilligt hätte. Die blosse Möglichkeit, dass eine solche Entscheidung denkbar gewesen wäre, reicht also nicht aus.

Der Umstand, dass der Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder von der Hauptversammlung entlastet werden, ändert an der Möglichkeit einer Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern nichts. § 120 Abs. 2 S. 2 AktG stellt ausdrücklich klar, dass die Entlastung, also die Billigung der Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, keinen Verzicht auf Ersatzansprüche beinhaltet. Ein Verzicht oder ein Vergleich über Ersatzansprüche ist vielmehr nur unter den engen Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG mit Zustimmung der Hauptversammlung möglich<sup>38</sup>. Dies bedeutet zum einen, dass drei Jahre seit Entstehen des Anspruchs vergangen sein müssen. Es bedeutet aber vor allem, dass die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist, wobei die Hauptversammlung mit einfacher Mehr-

---

<sup>37</sup> Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Az.: II ZR 24/14.

<sup>38</sup> Dazu etwa Habersack, 531 ff.

heit entscheidet, wobei aber nicht mehr als 10% des Grundkapitals bzw. Aktionäre, die über eine entsprechende Beteiligung an der Gesellschaft verfügen, Widerspruch zu Protokoll gegen den Beschluss erklärt haben dürfen.

Die Frage, ob dann, wenn ein solcher Beschluss von der Hauptversammlung gefasst worden ist, noch eine gerichtliche Kontrolle dieses Beschlusses auf eine von Aktionären erhobene Klage hin erfolgen kann, stellt sich im Anschluss. Diese Frage ist bislang aber stets dahin beantwortet worden, dass die Aktionäre letztlich als Eigentümer das Recht haben, sich auch selbst zu schädigen. Anders wäre es nur im Falle eines Rechtsmissbrauchs. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.07.2014 zur Übernahme einer Geldbusse<sup>39</sup> heisst es unter Rz 26 lediglich: *„Das Vermögen der Gesellschaft steht wirtschaftlich aber nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu, sodass diese berufen sind, eine solche Selbstschädigung zu beschliessen, soweit der Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewahrt bleibt. Durch das Erfordernis einer Zustimmung der Hauptversammlung soll auch der Gefahr einer kollegialen Verschonung des Vorstands oder einer Selbstentlastung der Organe vorgebeugt werden.“*

Ungeachtet dieser Rechtslage wurde gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse bei der Volkswagen AG, die im Sommer 2021 im Hinblick auf eine getroffene Vergleichsvereinbarung zwischen VW, der Audi AG und Prof. Dr. Winterkorn (Haftungsvergleich) bzw. zwischen VW, der Audi AG und Herrn Hubert Stadler (Haftungsvergleich) und der Vergleichsvereinbarung zwischen VW, der Audi AG und der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG sowie den D&O-Versicherern der Unternehmen (Deckungsvergleich) beschlossen wurden, von zwei Aktionärsvereinigungen Klage beim LG Hannover eingereicht. Die Klage wurde vor allem damit begründet, dass offenkundig bestehende Schadensersatzansprüche, deren Geltendmachung mit keinem ins Gewicht fallenden Prozessrisiko verbunden wäre, zu einem Betrag von weniger als 1% des Gesamtschadens verglichen wurden. Das verstosse gegen das Gesellschaftsinteresse und sei rechtsmissbräuchlich. Die Ausgleichs- und Abschreckungsfunktion des Schadensersatzrechts würde so völlig verfehlt, da angesichts des enormen Schadens der Eigenbeitrag von Prof. Dr. Winterkorn etwa nur 2/3 seiner jährlichen Vergütung in den Jahren vor Bekanntwerden des Abgas-Betruges betrage. Mit dieser Argumentation hatten die Kläger allerdings keinen Erfolg.

Der Umstand, dass ein Vergleich über Organhaftungsansprüche bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG möglich ist, ändert nichts daran, dass die Voraussetzungen hoch sind und er für die Beteiligten, insbe-

---

<sup>39</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 2014, Az.: II ZR 174/13 = NZG 2014, 1058 ff.

sondere den Aufsichtsrat, auch mit Risiken verbunden ist. Diese resultieren u.a. daraus, dass der Aufsichtsrat für die vollständige und zutreffende Aufklärung des Sachverhalts und die korrekte Information der Hauptversammlung verantwortlich ist, wenn derartige Beschlüsse gefasst werden.

## 2. GmbH

Hinsichtlich der Möglichkeiten zur Reduzierung von Haftungsgefahren bzw. einem Verzicht auf Ansprüche unterscheidet sich die Rechtslage bei der GmbH deutlich von der geschilderten Situation bei der Aktiengesellschaft. So ist es möglich, wenn auch selten, in der Satzung der GmbH den Pflichten- und Sorgfaltsmassstab gegenüber § 43 Abs. 1 GmbHG herabzusetzen, etwa dahingehend, dass die Geschäftsführer (oder auch Mitglieder freiwilliger Organe wie eines Aufsichts- oder Beirats) nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. Auch Haftungsbeschränkungen und Haftungsverzichte sind möglich. Beschlussfassungen über die Entlastung von Geschäftsführern und/oder anderen Organmitgliedern führen, sofern der Gesellschafterversammlung die Sachverhalte bekannt sind oder bekannt sein müssen, dazu, dass daraus resultierende Ansprüche präkludiert, d.h. ausgeschlossen sind. Ebenso wirken Weisungen der Gesellschafterversammlung sowie die nachgewiesene Zustimmung eines Alleingeschafters für Geschäftsführer entlastend. Jüngst hat in diesem Zusammenhang der Bundesgerichtshof<sup>40</sup> etwa entschieden, dass sich ein GmbH-Geschäftsführer im Einzelfall sogar auf eine stillschweigende Übereinkunft der Gesellschafter mit einer Massnahme berufen und deshalb ein Haftungsausschluss anzunehmen sein kann. Im konkreten Fall ging das Gericht davon aus, dass der Geschäftsführer in Anbetracht des Sach- und Kenntnisstands der Gesellschafter bis zu einer gegenteiligen Weisung berechtigterweise davon ausgehen durfte, mit deren Einverständnis zu handeln.

Grenzen für diese Entlastungswirkung bzw. Haftungsbefreiung ergeben sich dann nur aus besonders geschützten Interessen Dritter, insbesondere dem allgemeinen Gläubigerschutz (§§ 43 Abs. 3 S. 2, 57, Abs. 4 i.V.m. § 9b GmbHG), insolvenzrechtlichen Bestimmung (§ 64 S. 2 und 3 GmbHG a.F., jetzt § 15b InsO) und dem zwingenden Kapitalschutz, insbesondere § 30 GmbHG. Jenseits dieser, auf Drittinteressen beruhenden Grenzen, steht das Haftungsrecht in der GmbH weitgehend zur Disposition der Gesellschafter. Mehr noch: materielle Voraussetzung für die Begründetheit der Klage einer GmbH gegen einen Geschäftsführer ist nach § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG, dass spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung über solche Ansprüche ein wirksamer, die Klage stützender Gesellschafterbeschluss vorliegt, der das den (aktuellen oder frü-

---

<sup>40</sup> BGH, Beschluss vom 08. Februar 2022, Az.: II ZR 118/21.

heren) Geschäftsführern vorgeworfene Fehlverhalten und den zugrunde liegenden Sachverhalt hinreichend genau umreißen muss. Ist dies nicht der Fall, ist die Klage wegen Fehlens einer materiell-rechtlichen Voraussetzung als unbegründet abzuweisen<sup>41</sup>.

## VII. Versicherungsschutz von Managern<sup>42</sup> (D&O-Policen)

### I. Versicherung

Der Abschluss einer D&O-Versicherung für Organmitglieder ist bei Aktiengesellschaften und auch bei mittelständischen GmbHs und GmbH & Co. KGs in Deutschland heute Standard. Die Zulässigkeit solcher Versicherungen hat der Gesetzgeber in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG mittelbar anerkannt, indem für Vorstände einer Aktiengesellschaft nunmehr vorgeschrieben ist, dass dann, wenn die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschliesst, ein Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des 1 ½-fachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen ist. Damit ist aber nur der Umfang geregelt, der auf Kosten der Gesellschaft versichert werden darf, sodass – was verbreitet ist – Vorstandsmitglieder diesen Selbstbehalt durchaus auf eigene Kosten ebenfalls versichern können.

Praktisch finden sich heute häufig sog. „Verschaffungsklauseln“ in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern, die letztlich darauf abzielen, dass die Gesellschaft entsprechende Versicherungen abschliesst. Die Gesellschaft ist dann Versicherungsnehmerin, aber nicht Anspruchsinhaberin. Dies ist das Organmitglied („versicherte Person“) vielmehr selbst (Versicherung für fremde Rechnung, §§ 43 ff. VVG). Sachlich handelt es sich um eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (§§ 100 ff. VVG) mit dem Inhalt der Abdeckung des Risikos der Organmitglieder, aufgrund (fahrlässiger) Pflichtverletzungen bei Ausübung ihrer Organtätigkeit Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft und Dritter ausgesetzt zu sein. Übliche Policen sehen dabei häufig vor, dass der Versicherungsschutz nicht auf Organmitglieder begrenzt ist, sondern auf leitende Mitarbeiter erweitert wird.

---

<sup>41</sup> BGHZ 28, 355, 359; BGH GmbHR 2004, 1279, 1282; OLG Brandenburg, Urteil vom 29. Juni 2022, Az.: 7 U 60/21, BeckRS 2022, 17357 und Komm. GmbHG-Bayer, § 46, N 40.

<sup>42</sup> Vgl. dazu insbesondere Lange.

Das Leistungsversprechen der Versicherung besteht in der Abwehr unbegründeter und in der Befriedigung begründeter Ansprüche. Die durchaus nicht einheitlichen Versicherungsbedingungen enthalten dabei regelmässig zahlreiche Haftungsausschlüsse, insbesondere bei Vorsatz („wissentliche Pflichtverletzung“) und bei Obliegenheitsverletzungen des Organmitglieds oder auch des Unternehmens als Versicherungsnehmer. Die Abwehr-/Rechtsschutzfunktion und die Schadensausgleichsfunktion der Versicherung stehen dabei gleichberechtigt nebeneinander. Das Interesse des D&O-Versicherers geht dabei in erster Linie auf die Abwehr der Inanspruchnahme, d.h. die Versicherung steht im Schadensfall „im Lager“ des Organmitglieds, obwohl ihr Vertragspartner das Unternehmen als Versicherungsnehmer ist. Letzteres wird in der Praxis manchmal von den Unternehmen nicht gesehen.

Eine Besonderheit der aus dem amerikanischen Rechtskreis stammenden D&O-Versicherung ist auch in Deutschland das sog. Claims made-Prinzip<sup>43</sup>, auch Anspruchserhebungsprinzip, wonach der Versicherungsfall als die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages oder einer sich gegebenenfalls hieran anschliessenden Nachmeldefrist gilt, wobei die Policen häufig eine sog. Rückwärtsdeckung enthalten, d.h. auch vorvertragliche Pflichtverletzungen (vor Versicherungsbeginn) mit einschliessen.

In Deutschland sind im Bereich der D&O-Versicherung gesellschaftsfinanzierte Gruppenpolicen vorherrschend, wobei in den Kreis der versicherten Personen neben den schon erwähnten Organmitgliedern einer Konzernobergesellschaft sowie deren leitenden Angestellten auch Organe der Tochtergesellschaften (regelmässig ab Zeitpunkt der Übernahme der Kontrolle) eingeschlossen werden. Einzelpolicen für Organmitglieder sind zwar möglich, aber u.a. wegen der damit verbundenen hohen Kosten selten. Verbreitet sind hingegen die Selbstbehaltsversicherungen für Vorstandsmitglieder. Ein zwingender Selbstbehalt für Geschäftsführer und für Aufsichtsratsmitglieder sowie für leitende Mitarbeiter gibt es nicht. Ein Selbstbehalt wird für Aufsichtsratsmitglieder bei börsennotierten Gesellschaften allerdings vom deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen.

## 2. Einschätzung/Bewertung

D&O-Versicherungen sind sinnvoll und für Organmitglieder notwendig. Die Erwartung von Managern (aber auch von den Unternehmen im Klagefall) an solche Versicherungen sind aber häufig überzogen. So werden Haftungsaus-

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu Lange, § 9 Rz. 9 ff.

schlüsse häufig oft nicht wirklich gesehen und auch unterschätzt, dass die Versicherungssumme u.U. deshalb nicht ausreichend sein kann, weil sie ja nur allen versicherten Personen gemeinsam zur Verfügung steht, sodass sie von vorneherein keinen 100%-igen Schutz bieten kann<sup>44</sup>. Karriereschäden lassen sich zudem ohnehin nicht versichern; die Belastung mit einem Haftungsfall ist häufig ein „Karrierekiller“, auch wenn man „unschuldig“ ist. Dass Versicherungen schnell Vergleiche schliessen, kommt praktisch immer seltener vor. Eine jahrelange Belastung bleibt also für betroffene Manager auch dann, wenn die Prozessaussichten sehr gut sind.

Auf Seiten der Unternehmen gilt Entsprechendes. Die Hoffnung, schnell den Schaden von einem Versicherer ersetzt zu bekommen, trägt häufig. Ein Beispiel hierfür ist etwa der oben erwähnte Thyssen Krupp-Fall, der im Januar 2022 nach neun Jahren verglichen wurde. Thyssen Krupp hatte 291 Mio. € von einem ehemaligen Angestellten wegen einer Beteiligung an dem Schienenkartell verlangt. Weniger als 10% dieses Betrages sollen am Ende an das Unternehmen geflossen sein. Und die im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von Kartellbussen zur Klärung anstehende Grundsatzfrage, ob verantwortliche Manager für Geldbussen gegen das Unternehmen aus Kartellverstößen haften können, blieb offen.

### **VIII. Das (vorläufige) Ende des „Abgas-Skandals“ bei der Volkswagen AG durch Abschluss eines Vergleichs (mit Zustimmung der Hauptversammlung)**

Wie eingangs erwähnt kam es nach dem Auffliegen der Stickoxid-Manipulation an Dieselmotoren im Herbst 2015 weltweit zu Gerichtsverfahren gegen den VW-Konzern; der dem VW-Konzern entstandene Schaden soll dabei weit über 30 Mrd. € betragen.

Der Aufsichtsrat der VW hat daher nach Einräumung des Skandals gegenüber den US-Behörden Anwälte, insb. die Kanzlei Gleiss Lutz, Stuttgart, beauftragt, die internen Abläufe bei VW in der Zeit vor Bekanntwerden der Diesel-Affäre zu untersuchen. Diese Prüfung dauerte mehr als 5 Jahre, wobei angeblich über 65 Mio. GB an Daten gesichtet wurden. VW spricht deshalb von der „aufwendigsten Untersuchungen in einem Unternehmen in der deutschen Wirtschaftsgeschichte“.

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu etwa Handelsblatt, 52.

Am Ende wurde ein Vergleich zwischen VW, Audi und den früheren Vorstandsvorsitzenden sowie weiteren Vorstandsmitgliedern und vor allem den D&O-Versicherern ausgehandelt. Die Hauptversammlung der Volkswagen AG hat am 22.07.2021 diesen Vergleich (Haftungsvergleich und Deckungsvergleich) mit den Vorstandsmitgliedern Prof. Dr. Winterkorn (VW) und Stadler (Audi) und den D&O-Versicherern gebilligt. Der umfangreiche Text kann bei den Unterlagen, die auf der Homepage der Volkswagen AG mit der Einladung für die Hauptversammlung der Gesellschaft im Jahr 2021 mitgeteilt wurden, heruntergeladen werden.

Im Ergebnis sieht er Zahlungen von knapp 288 Mio. € als Schadenersatz vor, wovon 270 Mio. € die ca. 30 D&O-Versicherer (darunter AGCS (= Allianz), Zurich und AXA) tragen und Prof. Dr. Winterkorn persönlich 11,2 Mio. € sowie Ex-Audi-Chef und VW-Konzernvorstand Stadler 4,1 Mio. € übernommen haben. 2,5 Mio. € kommen von weiteren Managern.

Der Vergleich wurde der Hauptversammlung zur Zustimmung vorgelegt, die die Zustimmung auch mit überwältigender Mehrheit (99%) erteilt hat.

Klagen gegen die Zustimmungsbeschlüsse wurden von zwei Aktionärsschützern erhoben. Diese hielten die Zustimmung zum Vergleich aus verschiedenen Gründen für nichtig, insb. wegen Verletzung des Gesellschaftsinteresses und mangelnder Aufklärung des Sachverhalts. Sie haben die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Hauptversammlung vom 22.07.2021 verlangt bzw. bei Gericht beim LG Hannover unter dem Az.: 23 O 63/21 beantragt, die Zustimmungsbeschlüsse für nichtig zu erklären. Durch das inzwischen rechtskräftige Urteil vom 12.10.2022 wurde die Klage jedoch in vollem Umfang abgewiesen<sup>45</sup>. Zur Begründung hat das LG Hannover ausgeführt, dass die Beschlüsse der Hauptversammlung weder nichtig noch anfechtbar seien. Eine Anfechtbar-/Nichtigkeit der mit einer Mehrheit von über 99% der abgegebenen Stimmen gefassten Zustimmungsbeschlüsse zu den geschlossenen Haftungsvergleichen sowie dem geschlossenen Deckungsvergleich ergebe sich weder aus der Rechtswidrigkeit der Beschlüsse aus formellen Gründen oder wegen Informationsmängeln gegenüber der Hauptversammlung, noch aus deren Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit aus materiellen Gründen.

Im Hinblick auf die nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG notwendigen Zustimmungsbeschlüsse wird in der Begründung<sup>46</sup> darauf hingewiesen, dass derartige Hauptversammlungsbeschlüsse keiner Inhaltskontrolle unterliegen würden. Dies be-

---

<sup>45</sup> LG Hannover, Urteil vom 12. Oktober 2022, Az.: 23 O 63/21 = BeckRS 2022, 31268.

<sup>46</sup> LG Hannover, Urteil vom 12. Oktober 2022, Az.: 23 O 63/21 = BeckRS 2022, 31268, Rz. 158 ff, 176 ff, 185 ff.

ruhe darauf, dass es den Aktionären als wirtschaftlich Berechtigten an dem Gesellschaftsvermögen freistehe, auf Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder zu verzichten oder sich über solche Ansprüche zu vergleichen. Der Gesetzgeber habe mit der Möglichkeit, dass Aktionäre, die zusammen 10% des Grundkapitals hielten, einer Beschlussfassung nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG widersprechen könnten, abschliessend festgelegt, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen Minderheitsinteressen sich gegenüber dem Mehrheitsvotum durchsetzen könnten. Darüber hinaus bedürften die angegriffenen Beschlussfassungen keiner sachlichen Rechtfertigung.

Es liege auch kein rechtsmissbräuchliches Stimmverhalten von Aktionären vor, da dieses zum einen nicht schlüssig dargelegt und zum anderen zu berücksichtigen sei, dass die durch den Verzicht auf Ansprüche eintretende Minderung des Gesellschaftsvermögens alle Aktionäre in proportional gleicher Höhe treffen würde. Die Zustimmungsbeschlüsse seien auch nicht wegen eines vorschnellen Vergleichsabschlusses treuwidrig, da sie erst nach einer mehr als fünfjährig umfassenden Prüfung der Diesel-Thematik und etwaiger Pflichtverletzungen von Organmitgliedern getroffen wurden.

Nachdem die Entscheidung rechtskräftig geworden ist, ist der Abgasskandal bei VW also insoweit zivilrechtlich in Deutschland abgeschlossen, und zwar unabhängig von den Ergebnissen der noch nicht abgeschlossenen Sonderprüfungen und der laufenden Strafverfahren.

## IX. Ausblick und Zusammenfassung

1. Die Haftungsrisiken für Organmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbHs in Deutschland sind in den letzten Jahren weiter gestiegen.
2. Soweit es zu gerichtlichen Verfahren kommt, sind die Klagen zwar in den meisten Fällen nicht erfolgreich. Viele Fälle werden aber schon vorprozessual, in erster Instanz oder „zwischen den Instanzen“ aussergerichtlich durch Vergleich erledigt, wobei i.d.R. D&O-Versicherer eingeschaltet sind. Klagen gegen Vergleiche, denen die Hauptversammlung zugestimmt hat, kamen bisher praktisch kaum vor.
3. Rechtsunsicherheiten bzw. offene Fragen im Verantwortlichkeitsrecht bestehen nach wie vor, etwa bei der Frage,
  - von welchem Informationsstand auszugehen ist, um zur Anwendung der Business Judgement Rule zu kommen und
  - ob/wann es eine „Legal Judgement Rule“ gibt

Die vom BGH jüngst bestätigte „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung zwingt Aufsichtsräte zur Vermeidung eigener Haftung nach wie vor im Zweifel Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen.

4. Durch die grds. Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats verlängert sich aus Sicht der Gesellschaft der Zeitraum, in dem Organmitglieder in Anspruch genommen werden können, weil sich an die Verjährungsfrist gegenüber dem Vorstand eine entsprechende Verjährungsfrist für Ansprüche gegen den Aufsichtsrat, der die möglichen Ansprüche gegen den Vorstand nicht verfolgt hat, anschliesst usw. („Verjährungskarussell“).
5. Aus Sicht ausgeschiedener Organmitglieder zwingt diese die partielle Beweislastumkehr (§§ 93 Abs. 2 S. 2, 116 AktG) dazu, sich – soweit möglich – einen dauerhaften Informationszugang (auch nach Ausscheiden) zu allen haftungsrelevanten Unterlagen zu sichern bzw. zumindest sich in die Lage zu versetzen, die entsprechenden Unterlagen konkret zu benennen und von der Gesellschaft heraus verlangen zu können.

## Literaturverzeichnis

- Bayer Walter/Scholz Philipp, Zweifelsfragen der gesamtschuldnerischen Organhaftung im Aktienrecht, ZGR 2016, 619 ff.
- Beck'sche Kurz-Kommentare, Aktiengesetz: AktG, in: Koch Jens (Hrsg.), 16. A., München 2022 (zit. Beck-KuKo AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Born Manfred, Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für ausgeschiedene Organmitglieder im Innenhaftungsprozess de lege lata?, in: Dreher Meinrad et al., Festschrift für Alfred Bergmann, Berlin 2018, 79 ff.
- Fleischer Holger, Die „Business Judgement Rule“ – Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff.
- Goette Wulf, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrates bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand, ZHR 2012, 588 ff.
- Guntermann Lisa Marleen, Der Gesamtschuldnerregress unter Vorstandsmitgliedern, AG 2017, 606 ff.
- Habersack Matthias, Verzichts- und Vergleichsvereinbarung gemäss §§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG – de lege lata und de lege ferenda, in: Siekmann Helmut et al., Festschrift für Theodor Baums zum 70. Geburtstag, Band 1, Tübingen 2017, 531 ff.
- Handelsblatt, Vorsicht, Falle!, Handelsblatt vom 29. Dezember 2017 (Nr. 250), 52.
- Hommelhoff Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution im Bilanzrecht, in: Bork Reinhard et al., Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, 291 ff.
- Jaeger Carsten/Trölitzsch Thomas, Die Pflichten des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Durchsetzung der Vorstandshaftung, WiB 1997, 684 ff.

Kommentar, GmbH-Gesetz, in: Lutter Markus/Hommelhoff Peter (Hrsg.), 20. A., Köln 2020  
(zit. Komm. GmbHG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).

Lange Oliver, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. A., München 2022.

Oppenländer Frank/Trölitczsch Thomas, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. A.,  
München 2020.

Segna Ulrich, Organhaftung (und gestörte) Gesamtschuld, ZIP 2015, 1561 ff.

Verse Dirk, Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgement Rule,  
ZGR 2017, 174 ff.





## Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**  
Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren  
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff, Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.
- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**  
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021  
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer, Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der Kriminalprävention**  
13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022  
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.
- Band 219 **Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts**  
Tagung zu Konzernrecht – Tagungsband 2020  
ALEXANDER VOGEL (Hrsg.), mit Beiträgen von Christoph B. Bühler, Thomas Geiser, Lukas Glanzmann, Karl Hofstetter, Alexander Vogel, 2022 – CHF 39.90.
- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**  
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020  
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.
- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**  
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021  
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.

- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**  
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021  
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**  
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022  
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.
- Band 224 **VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?**  
HANSJÜRG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Olivier Hirsbrunner, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr, Irene Klauer, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Katja Roth Pellanda, Rolf H. Weber, 2023 – CHF 39.90.
- Band 225 **Aktuelle Fragen zum schweizerischen und internationalen Kapitalmarktrecht**  
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Olivier Buff, Matthias Courvoisier, Sandro Fehlmann, Daniel Häusermann, Patrick Hünenwadel, Urs Kägi, Camilla Kehler-Weiss, Dominique Müller, Oliver Seiler, Philip Spoerlé, Matthias Tanner, Simon Vorburger, 2023 – CHF 44.90.
- Band 226 **European Integration Perspectives in Times of Global Crises**  
13th Network Europe Conference, Athens, 19 – 22 June 2022  
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, CORINNE REBER (Hrsg.), mit Beiträgen von Michael Ambühl, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Christelle Genoud, Christos V. Gortsos, Iris Goldner Lang, Nora Meier, Peter Christian Müller-Graff, Eva Pils, Clara Portela, Peter R. Rodrigues, 2023 – CHF 39.90.
- Band 227 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**  
Überblick und Kommentar 2022/23  
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, David Bruch, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Eva Jürgens, Brigitta Kratz, David Mamane, Jochen Meyer-Burow, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Selim Tisli, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, 2023 – CHF 54.90.
- Band 228 **Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht**  
13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2022  
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Ladina Cavelti, Friedrich Frank, Elmar Habermeyer, Daniel Holenstein, Nicolas Leu, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Nora Markwalder, Peter Pellegrini, David Zollinger, 2023 – CHF 39.90.

## Weitere Publikationen und Monografien

### **Internet Governance at the Point of No Return**

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

### **Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung**

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

### **Begegnungen**

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter

KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tresp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

### **«Vielfalt in der Einheit» am Ende?**

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

### **Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege**

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

### **Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts**

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

### **25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick**

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringham, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

### **Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft**

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen

ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

### **Recht und Evidenz in der Pandemie**

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung

KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

### **Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union**

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte

MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

### **Can. 844 § 4 CIC/83 und Can. 671 § 4 CCEO im Licht des Kommunionstreits der deutschen Bischöfe**

ANDREA G. RÖLLIN, 2023 – CHF 79.90/99.90.

### **75 Jahre GATT**

RICHARD SENTI, 2023 – CHF 19.90.

Dieser Sammelband widmet sich Fragen der Unternehmenssanierung, des Konkurses, des Haftpflichtversicherungsschutzes sowie der Haftung für fehlerhafte Unternehmenskommunikation. Zudem enthält er zwei Referate mit rechtsvergleichendem Fokus auf das deutsche Recht, da der Dieselskandal die Grenzen des dortigen Verantwortlichkeitsrechts aufgezeigt hat.

Mit Beiträgen von:

Daniel Dedeyan

Patrick Dummermuth

Peter R. Isler

Karl Schädler

Rolf Sethe

Thomas Trölitzsch

Karl Wüthrich