

Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven



Dr. iur. PETER V. KUNZ, LL.M.,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

- A. Einführung
 - 1. Zielsetzungen
 - 2. Erste theoretische Hinweise
 - 3. Kurzer Blick in die Vergangenheit
 - 4. Umfeld der letzten Aktienrechtsrevision
 - a. Konzentration auf andere Klageformen
 - b. Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht
- B. Verschiedene Tatbestände der Verantwortlichkeit
 - 1. Aktienrechtliche und weitere Verantwortlichkeiten
 - 2. Unterschiedliche Haftungsformen im Aktienrecht
 - 3. Konkurs und Liquidationsvergleich als "Scharnier"
- C. Einzelne Haftungsvoraussetzungen
 - 1. Schaden
 - a. Allgemeines
 - b. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden
 - c. Kritik
 - 2. Pflichtverletzung
 - a. Allgemeines
 - b. Zum Gläubigeranspruch
 - c. Publikumsgesellschaften und Kotierungsreglemente
 - 3. Verschulden
 - a. Allgemeines
 - b. Objektivierung
 - c. Kritik
 - 4. Kausalzusammenhang
 - a. Allgemeines
 - b. Unterbrechung
 - c. Kritik
- D. Angriff und Verteidigung
 - 1. Aktiv- und Passivlegitimation
 - a. Klägerseite
 - b. Beklagtenseite
 - 2. Einreden bei der Geschäftsführungshaftung
 - a. Entlastung
 - b. Delegation
- E. Spezialfragen
 - 1. Informationsdefizite
 - a. Sonderprüfung und Orientierungsanspruch zur Organisation
 - b. Spezialproblem: Informationen innerhalb des VR
 - 2. Kostentragung
 - a. Verantwortlichkeitsprozess
 - b. Spezialproblem: Prozess gegen mehrere Beklagte

- 3. Ceterum censeo: Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage
 - a. Allgemeines
 - b. Kontroverse: Ansprüche aus mittelbarem Gläubigerschaden
 - c. Kritik
- F. Verantwortlichkeitsklage und Minderheitenschutz
 - 1. Grundlagen
 - 2. Fünf-Punkte-Untersuchung
 - 3. Zu ausgewählten Besonderheiten
 - a. Beweislastumkehr
 - b. Kostenverteilung
 - c. AG als Leistungsdestinatärin
 - d. Stimmrechtsausschluss
 - 4. Fazit

A. Einführung

1. Zielsetzungen¹

Gerade in Zeiten *wirtschaftlicher Rezession* erlangt die Thematik der Verantwortlichkeit eine besondere Aktualität bzw. sogar eine ungewohnte Brisanz. Wer einen Schaden erleidet, ist – etwas trivialisiert – meist nicht mehr gewillt, dies ohne weiteres auf sich beruhen zu lassen; die *Suche nach dem Schuldigen* kann beginnen. Das Rechtsgebiet, das sich mit diesen Fragen auseinandersetzt, insbesondere das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht (Art. 752 ff. OR), ist heute *so wichtig wie umstritten*.

In den letzten Jahren fand nämlich ein *steter Wandel* im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in der Schweiz statt. Ein Auslöser hierfür war sicherlich die *Lehre*, die sich seit jeher intensiv mit dieser Thematik auseinandersetzt. Zentral waren jedoch in erster Linie die Entscheidungen der *Gerichte*, die gerade in jüngster Zeit in einigen Fragen zwar die altbekannte Praxis bestätigen, z.T. indes auch eine neue Richtung einschlagen². Beispielhaft genannt seien hier Urteile in den folgenden Bereichen:

- 1 Der vorliegende Beitrag stellt eine Überarbeitung der Tagungsdokumentation eines Referats des Verfassers anlässlich der Tagung zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen vom 26. Juni 1998 in Zürich dar; Abschluss des Manuskripts: Juli 1998.
- 2 Die letztmalige *Aktienrechtsrevision* vor sechs Jahren hat hingegen noch kaum tiefe Spuren hinterlassen, ergingen bis anhin doch die meisten Urteile zum *früheren* Aktienrecht; zumindest aber sollen einige *Neuerungen* der Revision im Folgenden kurz angesprochen werden: Vgl. dazu hinten A.4.b.

(i) Rechtsnatur⁴ und (ii) Gerichtsstand⁴ der Verantwortlichkeitsklagen; (iii) Schadensbegriff⁵ und (iv) Kausalität⁶ bei den Haftungsvoraussetzungen; (v) "Ausstand" bzw. Stimmrechtsausschluss bei der Décharge⁷ als Einrede gegen und (vi) Sonderprüfungsklagen⁸ als "Vorbereitung" für mögliche Verantwortlichkeitsklagen; (vii) Rechtsstellung der Erben einer verantwortlichen Person⁹.

Im Folgenden soll einerseits kritisch auf diese jüngste *Rechtsprechung* des Bundesgerichts hingewiesen werden, sozusagen ein "up dating" für den Praktiker. Andererseits soll auf einzelne *Haftungsvoraussetzungen*, die (noch) nicht verändert wurden, ebenfalls kurz eingegangen werden. Schliesslich sollen diese eher praxisorientierten Ausführungen auch noch in den theoretischen *Kontext des Minderheitenschutzes* gestellt werden¹⁰.

2. Erste theoretische Hinweise

Das Thema der Verantwortlichkeit ist wohl eines der wichtigsten im schweizerischen Aktienrecht überhaupt. Die Wichtigkeit liegt sowohl auf einer *abstrakt-dogmatischen* als auch auf einer eher *konkret-praktischen* Ebene:

Im Zusammenhang mit dem ersten Aspekt sei hier nur etwa erwähnt, dass die Verantwortlichkeitsklage einen eigentlichen *Modell-Charakter* hat und *konzeptionelle Diskussionen* auszulösen vermag¹¹. Für den zweiten Bereich sei darauf hingewiesen, dass der Möglichkeit von Verantwortlichkeitsklagen eine wichtige *Präventivfunktion* zukommt, indem sich beispielsweise Mitglieder eines Verwaltungsrates (VR) oder eine Revisionsstelle durchaus der potentiellen Disziplinierung bewusst sein und sich aus Angst vor möglichen Sanktionen umso mehr um ihre "Organ-Pflichterfüllung" bemühen dürften.

Zur Einleitung von eigentlichen *Gerichtsverfahren* kommt es jedoch trotz Zunahme in jüngster Vergangenheit und trotz gewisser prozessualer Erleichterungen – genannt seien z.B. die mögliche Kostenverteilung gemäss Art. 756 Abs. 2 OR¹² oder der einheitliche Gerichtsstand gemäss Art. 761 OR¹³ – nur relativ selten. Noch seltener ist es, dass tatsächlich ein *Urteil* gefällt wird; im Bereich des Verantwortlichkeitsrechts sind sowohl aussergerichtliche als auch gerichtliche *Vergleiche* an der Tagesordnung¹⁴, woran das vor einigen Jahren revidierte Aktienrecht im Prinzip nichts geändert hat.

Die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 752 ff. OR stellen einen Bestandteil sowohl des *Gläubigerschutzes* (z.B. Gläubiger als Kläger) als auch des *Minderheits- bzw. Aktionärsschutzes*¹⁵ (z.B. Aktionär als Kläger) dar. In beiden Bereichen übernimmt das Verantwortlichkeitsrecht eine sog. *Surrogatsfunktion*:

Einerseits wird durch die Verantwortlichkeitsklage die Gefahr für den *Gläubiger* aus der grundsätzlichen¹⁶ *Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen*, andererseits die potentielle Bedrohung für den *Aktionär* aus dem *Prinzip der Drittornganschaft*¹⁷ sozusagen "kompensiert". Diese Klagemöglichkeit stellt also ein prospektives "Bonbon" bzw. einen *ökonomischen Anreiz* dar, um trotz ge-

wisser Nachteile überhaupt Personen mit der Bereitschaft zu finden, zu *kreditieren* bzw. Risikokapital zu *investieren*.

3. Kurzer Blick in die Vergangenheit

Eine vergleichbare (Surrogats-)Überlegung bewegte im *19. Jahrhundert* bereits WALTHER MUNZINGER in seinen bekannten "Motiven" dazu, sich grundsätzlich für eine Verantwortlichkeit auszusprechen. Als potentielle Bedrohung, die damals mittels einer Verantwortlichkeit "kompensiert" werden sollte, betrachtete er jedoch nicht etwa die Haftungsbeschränkung auf das Aktienkapital oder das Prinzip der Drittornganschaft, sondern vielmehr im Hinblick auf die

3 Vgl. dazu hinten E.3.b.

4 Grundlegend: BGE 123 III 89.

5 Vgl. dazu hinten C.1.b.

6 Vgl. dazu hinten C.4.b.

7 Vgl. dazu hinten D.2.a.

8 Vgl. dazu hinten E.1.a.

9 Die *Erben* waren insbesondere in zwei *Bundesgerichtsurteilen* der letzten Jahre ein Thema, nämlich in *BGE 118 II 496* (Beschlussfassung zur Entlastung) sowie in *BGE 123 III 89* (einheitlicher Gerichtsstand).

10 Vgl. dazu hinten F.

11 *Modell-Charakter* insbesondere für die *Rückerstattungsklage* gemäss Art. 678 f. OR (so z.B. AG als Leistungsdestinatärin); ausführlich zu *konzeptionellen* Fragen beispielsweise: PETER V. KUNZ, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Diss. Bern 1993, 112 ff.

12 Vgl. dazu hinten E.2.a.

13 Das Aktienrecht sieht in Art. 761 OR einen einheitlichen, nicht zwingenden Gerichtsstand am *Sitz der AG* vor. Dies gilt gemäss einem jüngsten Gerichtsurteil selbst für den Fall, dass die Verantwortlichkeitsklage nicht gegen den Verantwortlichen selber, sondern gegen dessen *Erben* gerichtet ist: BGE 123 III 90 ff. Erw. 3; hierzu: KLAUS HÜTTE, *Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft bei aktienrechtlicher Verantwortlichkeit* (...), SZW 69 (1997) 214–217; PETER V. KUNZ, *Die Klagen im Schweizer Aktienrecht*, Zürich 1997, 131.

14 Zur Einrede eines *Vergleichs* im Detail: PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. A. Zürich 1987, § 1 N 482 ff. Die *Vergleichsfähigkeit* von Verantwortlichkeitsansprüchen ist unbestritten, so statt aller: PATRICK HÜNERWADEL, *Der aussergerichtliche Vergleich*, Diss. St. Gallen 1989, 82 ff. (zum aOR); PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 36 N 139 ff. (zum OR).

15 Vgl. dazu hinten F. Hier können nur gewisse *Teilaspekte* der Problematik betrachtet werden, die Thematik ist wesentlich breiter; allg. hierzu: ROLF WATTER, *Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht*, AJP/PJA 1993 117–125; PETER V. KUNZ, *Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz – Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze*, ST 71 (1997) 415–432.

16 Vorbehalten bleibt nur, aber immerhin der *Durchgriff*; hierzu: DIETER KEHL, *Der sogenannte Durchgriff*, Zürich 1991.

17 Statt aller: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 14) § 1 N 29. Es geht hier m.a.W. um eine Bedrohung durch die sog. *Verwaltungsmacht*: Vgl. dazu hinten F.1.

Gesellschaftsgründung das Aufgeben des sog. *Konzessionssystem*s und den Übergang zum sog. *Normativsystem*¹⁸:

Beim ersten System gab es sozusagen eine "staatliche Grundkontrolle" der neu gegründeten Aktiengesellschaften (AG) und der VR-Mitglieder, die beim späteren System der an sich "freien Gesellschaftsgründung" zwangsläufig wegfiel¹⁹.

Die *grosse Bedeutung* der Verantwortlichkeit bzw. der Verantwortlichkeitsklagen im Bereich der schweizerischen Gesetzgebungen ergibt sich auch aus einer kurzen "*rechts-historischen*" Betrachtung. Es wird hierbei ohne weiteres ersichtlich, dass sich die Gesetzgeber immer für diese Thematik interessierten und um eine *Erleichterung* der Klagemöglichkeit bemühten, was gerade für den *Minderheitenschutz* wichtig erscheint:

Die *kantonalen Aktienrechte* des 19. Jahrhunderts regelten noch kaum irgendwelche Klagemöglichkeiten, immerhin mit der gewichtigen Ausnahme der Verantwortlichkeitsklagen²⁰. Das *erste eidgenössische Aktienrecht* von 1883 sah zwar noch keine Regelungen vor für beispielsweise die Anfechtungsklage oder die Auflösungsklage²¹, sehr wohl aber für die Verantwortlichkeitsklage²². Die kantonalen und eidgenössischen Gesetzgeber bemühten sich also von Anfang an um eine ausdrückliche Regelung des Verantwortlichkeitsrechts, selbst wenn die früheren Ordnungen verglichen mit den späteren (z.B. beim Verschuldensmassstab²³) "lascher" gegenüber den potentiellen Beklagten erschienen.

Beim *zweiten eidgenössischen Aktienrecht* von 1936 (aOR) wechselte der Fokus des Gesetzgebers insofern ein wenig, als zwar die Verantwortlichkeitsklage unverändert – immerhin mit der Ausnahme einer Haftungsverstärkung für jegliches Verschulden²⁴ – bestehen blieb, nunmehr aber erstmals auch Bestimmungen zur Anfechtungsklage sowie zur Auflösungsklage aufgenommen wurden. Der Minderheitenschutz wurde also auf breiter Basis langsam, aber stetig ausgebaut.

4. Umfeld der letzten Aktienrechtsrevision

a. Konzentration auf andere Klageformen

Beim *dritten eidgenössischen Aktienrecht*, also bei der letzten Aktienrechtsrevision im Jahre 1991, stand die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage *nicht im Vordergrund* des Interesses, obwohl einige Änderungen²⁵ vorgenommen wurden. Der Gesetzgeber konzentrierte sich nunmehr auf verschiedene *andere Klagemöglichkeiten* im Bereich des Aktienrechts²⁶:

Beispielsweise wurden erstmals explizit geregelt (i) die *Nichtigkeitsklagen* bei GV- und VR-Beschlüssen (Art. 706b OR/Art. 714 OR)²⁷, (ii) die *Sonderprüfungsklagen* (Art. 697a Abs. 2 OR/Art. 697b Abs. 1 OR)²⁸ oder auch (iii) die sog. *Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle* (Art. 729b Abs. 2 OR; sog. "Bilanz deponieren")²⁹.

Nicht gänzlich, aber in gewissen Teilbereichen neu geregelt wurde (iv) die *Auflösungsklage aus wichtigen Grün-*

den (Art. 736 Ziff. 4 OR). Die Revision brachte hier als wichtigste Neuerungen mit sich, dass diese insbesondere dem Minderheitenschutz dienliche Klage nunmehr einerseits *leichter* ergriffen³⁰ werden und andererseits im Ergebnis *flexibler* zur Anwendung³¹ gelangen kann³².

18 Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes von WALTHER MUNZINGER, Bern 1865, 120 f.

19 Sozusagen ein *Überbleibsel des Konzessionssystem*s ist die heutige *Kontrollfunktion der kantonalen Handelsregisterämter*. Deren *Kognition* gehört zu den *umstrittensten* und gerade zurzeit wieder beim Bundesamt für Justiz in Diskussion befindlichen Themen; der Praktiker kann sich teils kaum des Eindrucks erwehren, dass sich zumindest *gewisse Handelsregisterämter* anscheinend wieder nach den guten alten und "machtvollen" Zeiten des Konzessionssystem sehen, indem sie einem *übertriebenen Formalismus* im Rahmen von HR-Anmeldungen frönen. (Es sei aber auch betont, dass viele Handelsregisterämter – so etwa dasjenige in Zug – äusserst hilfreich und praxisorientiert sind.) Allg.: CHRISTIAN MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996.

20 Hinweise bei: KUNZ (FN 11), 48 ff.

21 Die *Auflösungsklage* wurde unter dem OR 1883 tatsächlich *nicht zugelassen*: BGE 45 II 89 f. Erw. 2; die *Anfechtungsklage* hingegen galt auch ohne gesetzliche Grundlage als *zulässig*: BGE 20 950 ff. Erw. 6/7; BGE 53 II 46 f. Erw. 2.

22 Art. 671 OR 1883 – Art. 675 OR 1883; BBl 1881 III 255 ff.

23 Unter dem OR 1883 bzw. OR 1883/1912 war insbesondere *nicht bereits jegliches Verschulden haftungsbegründend*: "Den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern sind die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen solidarisch für allen Schaden verantwortlich, welchen sie jenen durch *absichtliche* Verletzung der ihnen obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten verursacht haben" (Art. 674 OR 1883); Hervorhebungen hinzugefügt.

24 Hierzu etwa die bundesrätliche Botschaft vom 21. Februar 1928 zum aOR: BBl 1928 I 264.

25 Vgl. dazu hinten A.4.b.

26 Die meisten dieser Neuerungen standen unmittelbar oder mittelbar im Zusammenhang mit dem allgemeinen Revisionspostulat eines *verbesserten Aktionärsschutzes*. Überblick zu den Neuerungen bei: KUNZ (FN 13), 22 ff.

27 Die Nichtigkeitsklagen waren unter dem *früheren* Aktienrecht zwar *zulässig*, aber nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen; Hinweise hierzu etwa bei: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. A., Bern 1983, § 3 N 31 und § 21 N 18.

28 Vgl. dazu hinten E. I.a.

29 Hierzu jüngst: PETER V. KUNZ, Pflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige, ST 72 (1998) 506–512 m.w.H.; des weiteren allg.: ALEXANDER BRUNNER, Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung, ST 68 (1994) 927 ff.; RICO A. CAMPONOVO, Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, ST 71 (1997) 765 ff.

30 Heute genügt es im Rahmen der *Aktivlegitimation*, "mindestens *zehn Prozent* des Aktienkapitals" als Kläger zu vertreten; unter dem früheren Aktienrecht benötigte der Kläger noch mindestens *20 Prozent* des Aktien- bzw. Grundkapitals (Art. 736 Ziff. 4 aOR).

b. Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht

Bei den Verantwortlichkeitsklagen gibt es an sich *nicht viele* Neuerungen zu vermelden, insbesondere *keine grundlegenden*. Nichts änderte sich bei den Haftungsvoraussetzungen. Die Gesetzgebungen im Bereich des Verantwortlichkeitsrechts weisen seit 1883, also seit dem ersten eidgenössischen Aktienrecht, verglichen mit anderen Klageformen eine erstaunliche *Kontinuität* auf. Dies gilt notabene für *sämtliche* aktienrechtlichen Verantwortlichkeitstatbestände (z.B. Geschäftsführungs-, Revisions-, Gründungshaftung)³³.

Insbesondere trifft es m.E. *nicht* – oder höchstens in beschränktem Ausmass – zu, dass etwa bei der in der Praxis zentralen Geschäftsführungshaftung die *Anforderungen* an VR-Mitglieder *generell erhöht* worden sind mit der Folge, dass die *Verantwortlichkeit verschärft* wurde³⁴; trotz entsprechenden Aussagen in der Lehre³⁵ scheint m.W. zumindest die aktuelle Gerichtspraxis denn auch nicht in diese Richtung zu gehen, und es gibt letztlich kaum überzeugende Gründe für eine solche Verschärfung³⁶.

Anders verhält es sich jedoch dann, wenn – wie bei der Revisionsstelle mit Art. 729b OR ("Überschuldungsanzeige") – *neue Pflichten* geschaffen wurden. Insofern wurde die Haftungsvoraussetzung der *Pflichtwidrigkeit* bzw. Widerrechtlichkeit natürlich modifiziert, i.c. also "ausgeweitet".

Der Gesetzgeber der jüngsten Revision des Aktienrechts wandte sich im Allgemeinen aber eher *ad hoc* verschiedenen, in der Praxis als gewichtig erkannten Einzelfragen – so insbesondere dem *Informationsdefizit* sowie der *Kostenfrage* – zu und schuf hierbei für potentielle Kläger zumindest gewisse Verbesserungen oder Erleichterungen. Am grundsätzlichen *Konzept* der Verantwortlichkeitsklage³⁷ hingegen sollte *nichts geändert* werden.

Die gewichtigsten Änderungen im Verantwortlichkeitsrecht wurden durch den Gesetzgeber vorgenommen bei der Thematik *differenzierte Solidarität/Rückgriff* (Art. 758 OR)³⁸ sowie mit der Einführung der *Sonderprüfung* (Art. 697a ff. OR)³⁹ und mit der Möglichkeit einer *Kostenverteilung* (Art. 756 Abs. 2 OR)⁴⁰.

Des weiteren geht aus dem Gesetzestext (Art. 754 Abs. 1 OR/Art. 755 OR) nunmehr ausdrücklich hervor, dass nicht nur formelle, sondern auch sog. *faktische Organe* haftbar sein können⁴¹. Und schliesslich steht heute ohne weiteres fest, dass die *Partizipanten* (Art. 656a Abs. 2 OR/Art. 752 ff. OR) als Risikokapitalgeber genau gleich wie die Aktionäre zur Verantwortlichkeitsklage zugelassen sind⁴².

und den Beteiligten zumutbare Lösung [zu] erkennen" ("Grau-Lösung"). Weitergehend: PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996, § 12–§ 17; JAKOB HÖHN, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: FS Forstmoser, Zürich 1993, 123 ff.; LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 65 (1993) 44 f.

- 32 Zu diesen Neuerungen auch: PETER V. KUNZ, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: FS Bär, Bern 1998, 237 ff.
- 33 Übersichten zur Geschäftsführungs- und Revisionshaftung: PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 65 (1993) 261–279; WALTER A. STOFFEL, Hrsg., Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, mit Beiträgen von STOFFEL, DRUEY, TERCIER und DALLÈVES; PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit des Revisors, ST 71 (1997) 389–396; PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994.
- 34 Diese Ansicht scheint gerade unter *Praktikern* vorzuherrschen und dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Pflichten früher *z.T. eher leicht bzw. zu leicht* genommen wurden.
- 35 Hierfür beispielsweise: WOLFGANG WIEGAND, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, I ff.
- 36 Zweifelsohne sind hierüber die *Meinungen gespalten*, und dies mit gutem Grund. Ein allzu strenger Massstab würde m.E. zu einer sog. *Garantiefunktion* des Verantwortlichkeitsrechts führen mit negativen Folgen für die *Auswahl* beispielsweise von VR-Mitgliedern; ausführlicher: KUNZ (FN 11), 209 ff. m.w.H.
- 37 Zum grundsätzlichen *Konzept* ist beispielsweise zu zählen (i) die Ausgestaltung nicht als Gruppen-, sondern als *Einzelklage*, (ii) die *"Zweiteilung"* zwischen *Ansprüchen "ausser Konkurs"* (Art. 756 OR) und *"im Konkurs"* (Art. 757 OR) sowie (iii) die *Gesellschaft als Leistungsdestinatarin* bei mittelbarer Schädigung (z.B. Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR).
- 38 Im *Aussenverhältnis* wird nun – anders als unter dem aOR (zumindest vor dem 11. Juni 1996) – jede einzelne von mehreren haftpflichtigen Personen *nur noch insoweit haftbar*, als ihr der Schaden aufgrund ihres *eigenen Verschuldens* persönlich zurechenbar ist; statt aller: PETER WIDMER, in: Basler Kommentar, Basel 1994, N 2 zu Art. 759 OR; BAPTISTE RUSCONI, Responsabilité solidaire selon l'article 759 CO, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes (Lausanne 1993) 489 ff.; RITA TRIGO TRINDADE, Le Conseil d'Administration de la Société Anonyme, Diss. Genf 1996, 228 ff. Verglichen mit dem früheren Aktienrecht handelt es sich hierbei um eine *Erleichterung für potentiell Haftbare*. Es sei immerhin erwähnt, dass das *Bundesgericht* in einer eigentlichen *"(Allzu-) Spätphase"* seine frühere, kaum haltbar strenge Praxis geändert hat: PETER NOBEL, Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 1996 – Praxisänderung zur Solidarität bei der Verantwortlichkeit unter dem alten Aktienrecht (Art. 755, 759 aOR), SZW 68 (1996) 234 f.
- 39 Vgl. dazu hinten E.1.a.
- 40 Vgl. dazu hinten E.2.a.
- 41 Vgl. dazu hinten D.1.b.
- 42 Im Detail bereits: PETER V. KUNZ, Der Partizipant im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, ZBJV 129 (1993) 730 ff. m.w.H.; des weiteren: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 117 ff.

31 Die Flexibilität liegt darin, dass der Richter nicht nur die Möglichkeit hat, die *Auflösung* der Gesellschaft zu verfügen oder gar nichts zu unternehmen ("*Schwarz-/Weiss-Lösung*"), sondern er hat gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR neu die Kompetenz, insbesondere auch "auf eine *andere sachgemässe*

B. Verschiedene Tatbestände der Verantwortlichkeit

1. Aktienrechtliche und weitere Verantwortlichkeiten

Der Praktiker dürfte eigentlich niemals vergessen, dass gerade für VR-Mitglieder, aber auch für weitere Organe von Aktiengesellschaften nicht allein gestützt auf (i) die *aktienrechtliche* Ordnung, sondern ausserdem als Folge verschiedener öffentlich-rechtlicher Bestimmungen erhebliche Verantwortlichkeitsgefahren drohen⁴³:

Zu erinnern ist insbesondere⁴⁴ an mögliche unmittelbare und mittelbare bzw. subsidiäre Haftungen aus (ii) dem *Steuerrecht*⁴⁵, aus (iii) dem *Sozialabgaberecht*⁴⁶, aus (iv) dem *Strafrecht* und aus (v) dem *Börsenrecht*, das seit einiger Zeit nun auf Bundesebene in Kraft steht⁴⁷. Die vorliegenden Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf das *Aktienrecht*.

2. Unterschiedliche Haftungsformen im Aktienrecht

Das Aktienrecht enthält Regelungen zu verschiedenen Haftungsvarianten bzw. *Formen der Verantwortlichkeit*. Die bekannteste und in der Praxis relevanteste – insbesondere im Zusammenhang mit VR-Tätigkeiten bzw. VR-Untätigkeiten – ist die sog. *Geschäftsführungshaftung* (Art. 754 OR). Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich zwar, beschränken sich aber nicht auf diese Form der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

Nebst der im Vordergrund des Interesses stehenden Geschäftsführungshaftung zu erwähnen sind des weiteren die *Prospekthaftung* bzw. die Haftung für den Emissionsprospekt (Art. 752 OR)⁴⁸, die *Gründungshaftung* (Art. 753 OR), die *Liquidationshaftung* (Art. 754 OR) und abschliessend auch noch die *Revisionshaftung* (Art. 755 OR)⁴⁹.

Für alle diese Haftungsformen gilt im Prinzip die *verantwortlichkeitsrechtliche Sonderordnung* gemäss Art. 756 f. OR, die an sich nichts anderes als eine *Erschwerung* der Klagemöglichkeit ist. Festzuhalten ist aber, dass diese Sonderordnung ausschliesslich zur Anwendung gelangt bei (i) *Gesellschaftsansprüchen* sowie bei (ii) aus *mittelbarer Schädigung* entstandenen Ansprüchen der *Aktionäre und Gläubiger*; diese Ordnung wird hingegen *nicht* angewendet bei (iii) *unmittelbarem Schaden* der *Aktionäre oder Gläubiger*⁵⁰.

Selbst wenn feststeht, dass einerseits eine aktienrechtliche Haftungsform vorliegt, und dass andererseits die Sonderordnung von Art. 756 f. OR zur Anwendung gelangt, ist damit noch nicht entschieden, *wie* die Ansprüche *geltend zu machen* sind; das "Scharnier", das für diese Frage die zentralen Weichen stellt, liegt in erster Linie – aber nicht ausschliesslich – beim Gesellschaftskonkurs.

3. Konkurs und Liquidationsvergleich als "Scharnier"

Die unterschiedlichen Formen der Verantwortlichkeit sind untereinander zwar verschieden, die *Geltendmachung* der

Ansprüche jedoch untersteht *demselben Prinzip*. Insbesondere ist jeweils danach zu unterscheiden, ob sich die AG *im Konkurs* befindet oder nicht.

Tatsächlich ändert die Interessenlage der verschiedenen "Beteiligten" erheblich, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt. *Nach dem Konkurs* kommt ein Weiterbestehen nämlich nicht mehr in Frage. Das zentrale – gemäss Bundesgericht sogar fast das einzige – Augenmerk liegt in dieser Situation auf den *Gläubigern*, die vorher nicht einmal klageberechtigt waren. Zusammenfassend kann somit gesagt werden:

– Ansprüche *ausser Konkurs* der AG (Art. 756 OR): Die *Gesellschaft* und der *mittelbar* geschädigte *Aktionär* sind

43 Der *öffentlich-rechtliche* Bereich erweist sich i.d.R. als "*schärfer*" als der *privatrechtliche*. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass hier die *faktische Zurückhaltung* des potentiellen Klägers – also des *Staates* – *geringer* ist; staatliche Instanzen haben u.U. eine *Handlungspflicht* bei der Rechtsverfolgung (z.B. Gleichbehandlungsprinzip) und lassen sich aus offensichtlichen Gründen auch von *Kostenüberlegungen nicht abschrecken* – das einzige "Risiko" wäre die Verschwendung von Steuergeldern, was in der Schweiz kaum je "geahndet" wird. Besonders *gefährlich* sind diese öffentlich-rechtlichen, v.a. *steuer- und sozialabgaberechtlichen* Verantwortlichkeiten, weil sie im Prinzip *nicht versicherbar* sind: FORSTMOSER (FN 14), § 8 N 1173 ff. m.w.H.; des weiteren: ALOIS ZBENDER, Les risques de l'administrateur du point de vue des assurances, in: La responsabilité (...), Lausanne 1987, 69 ff.; allg.: ALFRED DIETZI, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1981.

44 Eine nach wie vor ausgezeichnete Übersicht, die in einigen Bereichen aufzudatieren ist, findet sich bei: FORSTMOSER (FN 14), § 7 m.w.H.

45 Übersicht: FORSTMOSER (FN 14), § 7 N 1028 ff.

46 Hinweise zu verschiedenen Urteilen: SZW 64 (1992) 275; SZW 65 (1993) 311 f.; SZW 66 (1994) 126 f. sowie 300 f.; SZW 67 (1995) 147; SZW 68 (1996) 279 f.; SZW 69 (1997) 244. Ausserdem: FORSTMOSER (FN 14), § 7 N 1067 ff.

47 Auf einige Aspekte bei den *Publikumsgesellschaften* soll im Folgenden ebenfalls kurz hingewiesen werden, so etwa auf das *Kotierungsreglement* als angebliche Grundlage für Pflichtwidrigkeiten: Vgl. dazu hinten C.2.c.

48 Statt aller: ROLF WATTER, Prospekt(haft)pflcht heute und morgen, AJP/PJA 1 (1992) 48 ff.; ROLF H. WEBER, Prospekthaftpflicht in der Praxis, SZW 65 (1993) 55–58.

49 Zum aOR: KURT BÄTTIG, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1976; zum OR: IRENE C. EGGMANN, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1997; Beispiel für die Nicht-Anwendbarkeit der Revisionshaftung: RETO THOMAS RUOSS, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors – Investor aufgrund Art. 755 OR nicht zur Klage gegen Revisionsstelle legitimiert, ST 70 (1996) 559 ff.

50 Faktisch ist dies für die *unmittelbar Geschädigten* also nichts anderes als eine *Klageerleichterung*, weil ein solcher Kläger keine Rücksichten auf die Barrieren von Art. 756 f. OR – z.B. Gläubigeranspruch nicht ausserhalb des Gesellschaftskonkurses, AG als Leistungsdestinatärin – zu nehmen braucht.

klageberechtigt, der letztere allerdings nur "auf Leistung an die Gesellschaft"⁵¹; generell *nicht* zur Klage zugelassen ist hingegen der *mittelbar* geschädigte *Gläubiger*⁵². Allenfalls gelangt schliesslich bei der Klage eines mittelbar geschädigten Aktionärs – nicht aber bei Gesellschaftsklagen oder bei Klagen eines unmittelbar geschädigten Gesellschafters⁵³ – die Spezialregelung zur *Kostenverteilung* gemäss Art. 756 Abs. 2 OR zur Anwendung⁵⁴.

- Ansprüche im Konkurs der AG (Art. 757 OR): Nebst der AG bzw. der *Konkursverwaltung* und dem *mittelbar* geschädigten *Aktionär* ist nunmehr auch der *mittelbar* geschädigte *Gläubiger* aktivlegitimiert. In erster Linie steht es aber der *Konkursverwaltung* zu, die Aktionärs- und Gläubigeransprüche *geltend zu machen*; verzichtet die Konkursmasse indes, so ist jeder Aktionär bzw. Gläubiger hierzu berechtigt. Eine *Kostenverteilung* gemäss Spezialregelung ist generell *ausgeschlossen*⁵⁵.

Dieses oben aufgezeigte "Scharnier" zur Geltendmachung der Gläubigeransprüche wird – an sich entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht nur bei (i) einem *Konkurs* der AG gestellt, sondern ebenfalls bei Vorliegen (ii) eines sog. *Liquidationsvergleichs* (d.h. eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung⁵⁶); irrelevant ist hierbei, ob es sich um einen Liquidationsvergleich mit *vollständiger* oder bloss *teilweiser* Vermögensabtretung handelt⁵⁷. Der bloss (iii) *Eintritt der Zahlungsunfähigkeit* der AG, aber auch (iv) ein sog. *Stundungsvergleich* oder (v) ein sog. *Dividendenvergleich* sind hingegen *nicht* ausreichend, um einen Gläubigeranspruch entstehen zu lassen⁵⁸.

Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Pflichtverletzung etc.)⁵⁹ werden allerdings *nicht* etwa dadurch beeinflusst, ob die AG im Konkurs ist bzw. ob ein Liquidationsvergleich abgeschlossen wurde oder nicht. Zeitlich ist also *vor*erst abzuklären, ob die *Haftungsvoraussetzungen erfüllt* sind oder nicht. *Anschliessend*, sofern die Haftungsvoraussetzungen gegeben sind, entscheidet der *Status der AG* im Einzelfall darüber, *welches "Verfahren"* (also Art. 756 OR oder Art. 757 OR) einzuschlagen ist.

C. Einzelne Haftungsvoraussetzungen

1. Schaden

a. Allgemeines

Erste Voraussetzung für eine Haftung gemäss Art. 752 ff. OR ist das Vorliegen eines *Schadens*, also einer Vermögensverminderung⁶⁰. Es geht somit um die *Differenz* zwischen zwei Vergleichsgrössen, nämlich einerseits dem *aktuellen* Stand des Vermögens des Geschädigten und andererseits dem *hypothetischen* Vermögensstand *ohne schädigendes Ereignis*⁶¹. Insofern unterscheiden sich die Verantwortlichkeitsansprüche nicht wesentlich von vertraglichen oder deliktischen Ansprüchen.

Im Verantwortlichkeitsrecht ist ausserdem *aller Schaden* massgeblich, also nicht etwa bloss der positive Schaden

(*damnum emergens*), sondern auch der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*)⁶². Als eines der zentralsten Probleme in der Praxis erweist sich nicht so sehr der Schaden als solcher⁶³, sondern vielmehr die *konkrete Schadensberechnung* im Einzelfall⁶⁴.

b. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Die ohne Zweifel *zentralste Unterscheidung* im Bereich des Schadens ist diejenige zwischen dem *unmittelbaren* Schaden und dem *mittelbaren* Schaden⁶⁵. Diese Differenzierung gibt es nur, aber immerhin bei den *Aktionären* einerseits und den *Gläubigern* andererseits, hingegen nicht bei der AG selber⁶⁶. Die Unterscheidung wird seit langer Zeit wie folgt vorgenommen (vgl. die Skizze in Anhang I.):

- *Unmittelbarer* Schaden: Ist der Aktionär oder der Gläubiger *individuell* bzw. *direkt geschädigt*, so liegt ein unmittelbarer Schaden vor. Beim *Aktionär* tritt ein solcher Schaden etwa ein bei – genannt werden zumeist die "klassischen" Beispiele – unrechtmässiger Vorenthaltung

51 Der *unmittelbar* geschädigte Aktionär klagt *auf Leistung an sich selber*, untersteht er doch gerade *nicht* der Regelung von Art. 756 OR: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 27 ff.

52 Tatsächlich erleidet der Gläubiger ausserhalb des Konkurses hier noch überhaupt *keinen Schaden*.

53 KUNZ (FN 11), 125 m.w.H.

54 Vgl. dazu hinten E.2.a.

55 Dies ergibt sich anhand des *Wortlauts* sowie aus der *systematischen* Stellung von Art. 756 Abs. 2 OR: KUNZ (FN 11), 125.

56 BGE 86 II 185 Erw. 3. a; BGE 93 II 24 Erw. 2; jüngst: BGE 122 III 169 ff. Erw. 3. b. m.w.H.; dies wird damit begründet, dass nur, aber immerhin in diesen Fällen die *Gläubiger organisiert* sind (BGE 122 III 171/172). Allg.: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 51/N100.

57 BGE 122 III 172 ff. Erw. 3. b. cc., v.a. 174.

58 BGE 122 III 170 f. Erw. 3. b. bb.

59 Vgl. dazu hinten C.

60 Ausführlich zum Schadensbegriff: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 148 ff.; vgl. auch: KUNZ (FN 11), 36. Allg. und äusserst lesenswert: FRANCO LORANDI, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 8 (1990) 19 ff.

61 Statt aller: JÖRG MEIER-WEHRLI, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, Diss. Zürich 1968, 77; WIDMER (FN 38), N 32 zu Art. 754 OR.

62 Statt aller: MEIER-WEHRLI (FN 61), 77.

63 Bei der *Gründungshaftung* ist indes von einem speziellen Schadensbegriff auszugehen: Der Schaden entspricht hier dem *gezeichneten, nicht einbezahlten Aktienkapital zuzüglich Zins*; in diesem Sinne: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 151.

64 Hinweise zur umfangreichen *Kasuistik* bei: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 166 ff.

65 Allg.: ALAIN HIRSCH, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates. Mittelbarer und unmittelbarer Schaden, SAG 57 (1985) 43 ff. Im Bereich der *Prospekthaftung* gibt es hingegen *keinen mittelbaren* Schaden: FORSTMOSER (FN 14), § 5 N 994.

66 Die *Gesellschaft* kann nur *unmittelbar* geschädigt sein: KUNZ (FN 11), 37 m.w.H.; FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 187.

des Bezugsrechts oder bei Nichtauszahlung der ihm zustehenden Dividenden⁶⁷, beim *Gläubiger* beispielsweise als Folge einer Krediterteilung, die für den Fall unterblieben wäre, dass durch den VR (Art. 725 Abs. 2 OR) oder die Revisionsstelle (Art. 729b Abs. 2 OR) eine Überschuldungsanzeige bei Gericht gemacht worden wäre⁶⁸.

- *Mittelbarer Schaden*: Wenn die AG *geschädigt* wird, so wird dies den Aktionär und kann dies allenfalls auch den Gläubiger *mittelbar* schädigen. Der Aktionär ist mittelbar dadurch geschädigt, dass als Folge der Gesellschaftschädigung der *innere Wert* seiner Beteiligung sinkt, der Gläubiger hingegen erst für den Fall, dass die AG infolge ihrer Schädigung – im Konkursfall, nicht vorher – ihre *Verpflichtungen nicht mehr erfüllen kann*⁶⁹.

Die grosse Bedeutung der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden liegt in den *unterschiedlichen Rechtsfolgen* (z.B. verschiedene Leistungsdestinationen, Klagemöglichkeit für Gläubiger auch ausserhalb des Konkurses⁷⁰, Kostenverteilung gemäss Art. 756 Abs. 2 OR)⁷¹.

In diesem Zusammenhang ist nun auf *BGE 122 III 176* hinzuweisen, der mit gutem Grund zumindest unter Juristen für einiges Aufsehen gesorgt hat⁷², weil er – notabene angeblich als Folge des neuen Konzepts der Rechtsnatur⁷³ – die "Grenzziehung zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Gläubigerschaden"⁷⁴ überprüfen und präzisieren wollte; m.E. ist der *Ausgangspunkt* falsch gewählt⁷⁵ und das *Resultat* zumindest verwirrt.

Mit der bisherigen Praxis zum Schadensbegriff wurde die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden danach getroffen, "in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben"⁷⁶. Neu will nun aber das Bundesgericht zur Unterscheidung abstellen "auf die *Rechtsgrundlage* der jeweiligen Schadenersatzpflicht"⁷⁷ bzw. auf die *Art der verletzten Pflichten* (vgl. die Skizze in Anhang II.):

Verletzt ein Organ die Regelungen von Art. 754 ff. OR, die in erster Linie die *Gesellschaft* als solche schützen sollen, so werde bloss die AG unmittelbar geschädigt (und der Gläubiger allenfalls mittelbar); nur, aber immerhin bei einer Verletzung von Regelungen und Pflichten, "welche [dem Organ] gegenüber dem betreffenden Gläubiger *persönlich obliegen*", so etwa mit Art. 41 ff. OR oder *culpa in contrahendo* als Basis, gelte der Gläubiger als unmittelbar geschädigt⁷⁸. Die Verletzung von Bestimmungen, die im Interesse *sowohl* der AG *als auch* der Gläubiger liegen (z.B. Bilanzvorschriften, Art. 725 aOR), begründe – so nun also das kreative Bundesgericht⁷⁹ – keinen unmittelbaren Gläubigerschaden⁸⁰.

c. Kritik

Die Verletzung von *aktienrechtlichen Pflichten* dürfte künftig kaum mehr einen unmittelbaren Gläubigerschaden begründen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, welche Re-

gelungen (Art. 620 ff. OR) *ausschliesslich* den Gläubiger schützen sollen; wohl fast alle Bestimmungen schützen zumindest zusätzlich *auch* die Gesellschaft oder den Aktionär, so etwa die *Bilanzvorschriften* oder die Regelungen zum "*Bilanz deponieren*" (Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 729b Abs. 2 OR).

Die Praxisänderung des Bundesgerichts kam völlig *überraschend*. Die bisherige Unterscheidung war in Lehre und Praxis anerkannt und garantierte zumindest ein bestimmtes Ausmass an *Rechtssicherheit*. Diese Sicherheit geht nunmehr verloren, ohne dass dies erforderlich gewesen wäre; die neuste Rechtsprechung zur *Rechtsnatur*, die ebenfalls nicht unbestritten ist⁸¹, hätte eine Überprüfung des Schadensbegriffes m.E. sicherlich nicht erfordert.

67 Bei Publikumsgesellschaften und Beispielen aus dem *Börsenrecht* geht es meistens, wie ROLF WATTER zu recht ausführt, um *unmittelbaren* Schaden des Aktionärs.

68 Statt aller: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 195 ff.

69 Ausführlich: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 200 ff.

70 Ansprüche aus *unmittelbarem* Schaden – es sei wiederholt – kann "jeder betroffene Gläubiger *selbständig* aus eigenem Recht *unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane* und auch bereits *vor einer Konkursöffnung* geltend machen": BGE 122 III 190 Erw. 7. a (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. auch: BGE 106 II 234 f. Erw. 2. b; BGE 106 II 260 f. Erw. 2. Immerhin liess das Bundesgericht bis anhin die *Frage offen*, ob beim *unmittelbaren* Schaden nichtsdestotrotz die Regelungen von Art. 759–Art. 761 aOR bzw. OR (*Solidarität, Verjährung* sowie *Gerichtstand*) zur Anwendung gelangen oder nicht: BGE 122 III 192 Erw. 7. b; dies postulierend etwa: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 27 f./N 85.

71 Übersicht zum aOR: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 25 ff. (Aktionärsanspruch) sowie N 79 ff. (Gläubigeranspruch); zum OR: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 14), § 36 N 12 ff.

72 Der Entscheid wurde u.a. gewürdigt bei: PATRICK UMBACH, Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 69 (1997) 175–178.

73 Vgl. dazu hinten E.3.

74 BGE 122 III 190 Erw. 7 a. a.E.

75 Es ist *kein Zusammenhang* ersichtlich zwischen den Themen *Rechtsnatur* sowie *Schadensbegriff*.

76 BGE 120 III 190 Erw. 7. b.

77 BGE 120 III 191 Erw. 7. b. (Hervorhebung hinzugefügt)

78 BGE 122 III 191 Erw. 7. b. (Hervorhebung hinzugefügt).

79 BGE 122 III 193 ff. Erw. 7. c.

80 Unklar ist, ob das Bundesgericht diese Praxisänderung beibehalten wird. BGE 122 III 176 stammt vom 8. März 1996; am 19. Dezember 1997 hielt es in einem (nicht publizierten) Entscheid fest: "Der eingeklagte Schaden leitet sich nicht mittelbar aus einer primären Schädigung der Gesellschaft ab, wie sie in den Art. 756 ff. OR näher geregelt wird. Es geht vielmehr um unmittelbaren Schaden" (Urteil 4C.13/1997; Erw. 3, S. 5); hierzu auch: NZZ Nr. 139 (1998) 25. Möglicherweise sollte aber nicht allzu viel in dieses nicht amtlich publizierte Urteil "hinein interpretiert" werden.

81 Vgl. dazu hinten E.3.c.

Mit diesem Entscheid dürfte es in Zukunft ausserdem eine nicht zu unterschätzende "Abgrenzungs-Verwirrung" gegenüber der Haftungsvoraussetzung der Pflichtverletzung⁸² geben, die an sich den *identischen Ansatzpunkt* hat, nämlich die Betrachtung der zugrunde liegenden Rechtsnorm. Es besteht die Gefahr, dass die eine Haftungsvoraussetzung die andere *implizieren* wird.

Aus diesen Gründen ist m.E. zu hoffen, wenn auch *nicht zu erwarten*, dass das Bundesgericht seine Praxisänderung zum Schadensbegriff wieder rückgängig machen wird.

2. Pflichtverletzung

a. Allgemeines

Zweite Haftungsvoraussetzung ist das Vorliegen einer *Pflichtverletzung* bzw. einer Widerrechtlichkeit durch die potentiell verantwortliche Person. Es geht hierbei im allgemeinen⁸³ um ein Verhalten, das "gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen"⁸⁴; spezielle Aspekte sind hierbei für die *Gläubigeransprüche*⁸⁵ oder auch im Zusammenhang mit *Publikumsgesellschaften*⁸⁶ zu berücksichtigen.

Die Pflichtverletzung unterliegt einem *dynamischen Verständnis*, d.h. ein bestimmtes Verhalten (sei es ein Tun oder ein Unterlassen), das ursprünglich unter diesem Aspekt (noch) nicht zu beanstanden war, kann plötzlich durch Zeitablauf – und beispielsweise durch damit verbundene neue Erkenntnisse oder "Medienpräsenz" – zur Widerrechtlichkeit *werden*. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass bei VR-Mitgliedern ein bestimmtes *Bewusstsein geweckt* wird⁸⁷.

Ein Hinweis zur Passiv-Seite bzw. Abwehr von Verantwortlichkeitsklagen. Bei den (i) Haftungsvoraussetzungen *Pflichtverletzung/Kausalität* sieht die "Verteidigungsstrategie" des Beklagten allenfalls anders aus als bei den (ii) Haftungsvoraussetzungen *Schaden/Verschulden*:

Bei den letzteren gibt es im Prinzip nichts "wegzudiskutieren", d.h. ein Schaden bleibt ein Schaden, ein Verschulden bleibt ein Verschulden, zur "Diskussion" kann höchstens die Schadenshöhe oder der Verschuldensgrad stehen; bei den ersteren können diese indes "erfüllt" sein und trotzdem "aufgehoben" werden, nämlich die Pflichtverletzung durch *Rechtfertigungsgründe* und die Kausalität durch *Unterbrechungsgründe*⁸⁸.

In der Praxis zur hier interessierenden *Pflichtverletzung* die grösste Bedeutung hat die *Einwilligung* des Geschädigten ("volenti non fit iniuria")⁸⁹. Der Zusammenhang zur Frage der sog. *Rechtsnatur*⁹⁰ wird in diesem Bereich besonders offensichtlich.

b. Zum Gläubigeranspruch

Nach ständiger Gerichtspraxis in der Schweiz gibt es bei den *Ansprüchen der Gläubiger* eine *zusätzliche Schranke*, indem als Pflichtverletzung *nicht jedes* Gebot oder Verbot der Rechtsordnung als Ansatzpunkt genügen soll⁹¹. Nur die Verletzung einer Norm, die eine *eigentliche Gläubiger-*

schutzbestimmung darstellt, begründet eine "ausreichende" Pflichtverletzung; die "Überschneidung" mit der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis zum *Schadensbegriff* ist ohne weiteres ersichtlich⁹².

Diese zusätzliche Schranke ist heute zumindest anerkannt beim *mittelbaren* Gläubigerschaden⁹³. Ein gewichtiger Teil der Lehre möchte diese Schranke jedoch auch ausdehnen auf die Ansprüche beim *unmittelbaren* Schaden des Gläubigers⁹⁴, ein anderer Teil der Doktrin lehnt dies ab, lässt somit die Verletzung jeglicher Rechtsnorm – nicht bloss einer Gläubigerschutzbestimmung – als Widerrechtlichkeit genügen⁹⁵.

c. Publikumsgesellschaften und Kotierungsreglemente

Als *Publikumsgesellschaften*⁹⁶ werden hier AG bezeichnet, deren *Aktien börsenkotiert*⁹⁷, d.h. zum Handel an der Schweizer Börse zugelassen sind, und auf die u.a. auch das eidgenössische Börsenrecht (z.B. das BEHG) anwendbar

82 Vgl. dazu hinten C.2.b.

83 Bei der *Gründungshaftung* erfüllen nur bestimmte *qualifizierte Sachverhalte* den Tatbestand von Art. 753 OR; allg.: ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Basel 1994, N 6 zu Art. 753 OR.

84 So bereits BGE 91 II 405. Basis ist die sog. *Schutznormtheorie*, die auch in anderen Rechtsbereichen anwendbar ist: WIDMER (FN 38), N 4 bei den Vorbemerkungen zu Art. 754 ff. OR sowie N 10 zu Art. 754 OR; FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 249 ff.; allg.: LORANDI (FN 60), 25 m.w.H.

85 Vgl. dazu hinten C.2.b.

86 Vgl. dazu hinten C.2.c.

87 Beispiel: Einem VR-Mitglied, das sich vor zwei Jahren noch keine Gedanken zum sog. "Jahr 2000-Problem" (auch: "Y2K") im Zusammenhang mit *Computern* gemacht hat, kann künftig bei unterlassenen Vorkehrungen wohl ohne weiteres der Vorwurf gemacht werden, sich der allgemeinen *Bewusstseinsentwicklung verschlossen* zu haben. Gerade die *intensive Medienpräsenz* dieser Thematik "macht" hier eine Pflichtverletzung durch Unterlassung möglich; der Vorwurf würde wohl dahin gehen, dass der VR ein *persönliches "up dating"* unterlassen habe. Statt aller: BEAT MATHYS/VITO ROBERTO, Wer haftet für Jahr-2000-Schäden?, NZZ Nr. 146 (1998) 16.

88 Vgl. dazu hinten C.4.b.

89 Hierzu im Detail: KUNZ (FN 11), 145 ff.

90 Vgl. dazu hinten E.3.

91 Detailliert: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 87/N 258 ff.

92 Vgl. dazu vorne C.1.b./c.

93 BGE 110 II 395 Erw. 2. b; vgl. auch (bei der Haftung einer Kontrollstelle): BGE 112 II 262 Erw. 4. a.

94 In diesem Sinne insbesondere: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 259.

95 Ausführlich diese Ansicht begründend: KUNZ (FN 11), 31 ff.

96 Allg.: PETER V. KUNZ, Publikumsgesellschaften in der Schweiz – theoretische und praktische Ansätze zum Investorenschutz, recht 15 (1997) 136 ff.

97 Grundlegend zur Thematik: HEINRICH HENKEL VON DONNERSMARCK, Die Kotierung von Effekten, Diss. Fribourg, 1996.

ist. Grundlage für die Kotierung ist das vor kurzem revidierte sog. *Kotierungsreglement (KR)*⁹⁸ der Börse, das die "Voraussetzungen für die Zulassung von Effekten zum Handel (...) sowie die Publizitätspflichten für die Aufrechterhaltung der Kotierung" umschreibt.

Dieses KR enthält auch bestimmte *Verhaltenspflichten des VR* einer Publikumsgesellschaft; am bekanntesten ist wohl die *Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen* (sog. *Ad hoc-Publizität*)⁹⁹. Die Schweizer Börse bzw. deren Zulassungsstelle hat die *haftungsrechtlichen* Aspekte der *Ad hoc-Publizität* gutachtlich abklären lassen:

"Diese gutachtlichen Abklärungen kommen zum Schluss, dass eine *Haftung des Emittenten* aus Verletzung von Art. 72 *nicht ausgeschlossen* werden kann. Dem Kotierungsreglement komme im Rahmen der vom Bund geschaffenen Börsenordnung der *Charakter eines Normenkomplexes* zu und die *Ad hoc-Publizität* gemäss Art. 72 müsse als *Schutznorm zugunsten des Vermögens des Anlegers* betrachtet werden. Auch wenn die Qualität von Art. 72 als *Schutznorm des objektiven Rechts* verneint werde, könne eine Haftung des Emittenten aus dem durch das Reglement begründeten *Anschein* und aus der aus Art. 72 abzuleitenden *Handlungspflicht (Garantenpflicht)* jedenfalls *nicht* von vorneherein *ausgeschlossen* werden"¹⁰⁰.

Spezifisch ist die Frage zu stellen, ob eine *Verletzung des KR* beispielsweise im Rahmen einer VR-Verantwortlichkeit als *Pflichtverletzung/Rechtswidrigkeit* "ausreicht" oder nicht. M.E. muss diese Frage jedoch *verneint* werden¹⁰¹, stellt das KR¹⁰² doch *keinen Teil der schweizerischen Rechtsordnung* dar¹⁰³.

Das bzw. die beiden heutigen KR (sc. "Allgemeines KR" sowie "KR für Investmentgesellschaften") sind an sich bloss *private Instrumente der Selbstregulierung*¹⁰⁴, die von der Schweizer Börse "erlassen" und gemäss Art. 4 Abs. 2 BEHG von der Eidgenössischen Bankkommission (EBK) als Aufsichtsbehörde im Börsenbereich sozusagen "von Staats wegen" *genehmigt* werden; doch auch die formelle EBK-Genehmigung¹⁰⁵ konvertiert m.E. die privaten "Erlasse" einer privaten Institution¹⁰⁶ *nicht zu objektivem Recht*.

3. Verschulden

a. Allgemeines

Dritte Voraussetzung, um aus Art. 752 ff. OR haftbar gemacht zu werden, ist das Vorliegen eines *Verschuldens*. Grundsätzlich fällt heute¹⁰⁷ darunter *jedliches* schuldhaftes Verhalten, also nicht etwa bloss *Vorsatz* oder *Grobfahrlässigkeit*, sondern auch *leichte Fahrlässigkeit* erfüllt den Tatbestand¹⁰⁸. Einzig im Rahmen von Art. 753 Ziff. 3 OR ("Gründungs haftung/Annahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen") schadet *Fahrlässigkeit nicht*, ist doch vielmehr ein "*wissentliches*" Beitragen nötig¹⁰⁹.

b. Objektivierung

Der Massstab zur Bestimmung, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, wird in ständiger Praxis *objektiviert*. Es

wird m.a.W. auf die Sorgfalt abgestellt, die "ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würden"¹¹⁰.

Dies hat insbesondere zur Folge, dass – an diesem objektiven Massstab gemessen – eine *individuelle Entschuldbarkeit* im Prinzip *ohne Bedeutung* ist¹¹¹; wer also eine Funktion, so z.B. die Mitgliedschaft in einem VR übernimmt, für deren Ausübung ihm oder ihr beispielsweise

98 Das *neue allgemeine KR* "trat in Kraft" am 1. Oktober 1996; Übersicht hierzu: HEINRICH HENKEL VON DONNERSMARCK, Neues Kotierungsreglement der Schweizer Börse, NZZ Nr. 228 (1996) 25; allg.: ANDREAS VON PLANTA, Voraussetzungen und Folgen der Börsenkotierung, SZW/Sondernummer BEHG (1997) 27 ff.; KUNZ (FN 96), 142 m.w.H.

99 Art. 72 KR. Des weiteren publizierte die Schweizer Börse in diesem Zusammenhang: Erläuterungen zur Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen gemäss Art. 72 des revidierten Kotierungsreglements (Ad hoc-Publizität); die Börse hielt hierbei fest, dass diesen "Erläuterungen" *kein verbindlicher Charakter* zukomme. ALEXANDER I. DE BEER, Fairness und Transparenz durch Ad hoc-Publizität, ST 72 (1998) 33.

100 Erläuterungen (FN 99), 19; Hervorhebungen hinzugefügt. Dem Verfasser liegt dieses *Gutachten nicht* vor, so dass eine Auseinandersetzung damit nicht vorgenommen wird. Im Folgenden soll einzig auf die Thematik *Rechtswidrigkeit/VR-Verantwortlichkeit* kurz eingegangen werden.

101 Im Ergebnis gl.M.: MARCEL LIVIO AELLEN, Limitierte Schutzfunktion der Ad-hoc-Publizität, NZZ Nr. 248 (1996) 25; a.M.: CHRISTOPH BRUNNER, Liability of Publicly Held Corporations for a Violation of a Duty to Disclose, in Particular the "Ad Hoc Publicity", Bern 1998, 121 ff., v.a. 127. Damit ist natürlich nicht sogleich bzw. eo ipso eine VR-Verantwortlichkeit gänzlich ausgeschlossen: Ein VR-Verhalten, das *gegen das KR verstösst*, kann – und dürfte wohl in der Praxis nicht selten – *zugleich* einen eigentlichen *Verstoss gegen das Börsenrecht* darstellen; Basis der Pflichtverletzung im Hinblick auf eine VR-Verantwortlichkeit wäre dann aber *nicht das KR, sondern das Börsenrecht*.

102 Dies gilt nicht allein für das *allgemeine KR*, sondern auch für das *spezifische KR für Investmentgesellschaften* ("Zusatzreglement für die Kotierung von Investment-Gesellschaften vom 13. Oktober 1997"), das am 1. März 1998 "in Kraft getreten" ist; dessen Verletzung ist also ebenfalls *keine Pflichtverletzung*.

103 Vgl. dazu vorne C.2.a.

104 KUNZ (FN 96), 142.

105 Ursprünglich sollten die KR nicht von der EBK genehmigt, sondern dieser bloss *zur Kenntnis gebracht* werden.

106 Der *Charakter* der Schweizer Börse/Zulassungsstelle ist allerdings *nicht unumstritten*; hierzu etwa: HENKEL VON DONNERSMARCK (FN 97), 102 ff.; ALBRECHT LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung (...), Diss. Zürich 1993, 254 ff., 292 ff./302.

107 Anders noch unter OR 1883/1912; Vgl. dazu vorne A.3. a.E.

108 Statt aller: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 285 ff.

109 WATTER (FN 83), N 21 zu Art. 753 OR; FORSTMOSER (FN 14), § 4 N 951 ff.

110 Statt vieler: MEIER-WEHRLI (FN 61), 80 m.w.H.; WIDMER (FN 38), N 17 zu Art. 754 OR.

111 FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 295.

die Fähigkeiten abgehen, riskiert zumindest ein sog. *Übernahmeverschulden*¹¹².

Auf die Objektivierung als Verteidigung kann sich indes – sozusagen als "oberer Plafond" – nicht berufen, wer über spezielle Kenntnisse, Erfahrungen etc. verfügt, die "anzurechnen" sind¹¹³. Insofern kann eine solche *negative Individualisierung* für gewisse Personen durchaus die Messlatte der Entschuldbarkeit *erhöhen*¹¹⁴. Besonders "gefährdet" scheinen "Experten" wie beispielsweise Rechtsanwälte sowie andere Juristen, Bücherexperten und Treuhänder¹¹⁵.

c. Kritik

Im Bereich des Verschuldens ist insbesondere die *Beweislast umstritten*. Die wohl noch h.M. geht dahin, zwischen den Ansprüchen der AG bzw. des Aktionärs einerseits und den Ansprüchen des Gläubigers andererseits zu unterscheiden¹¹⁶:

Bei den ersteren als angeblich "vertragsähnlichen" Ansprüchen wird in Analogie zu Art. 97 OR von einer *Verschuldensvermutung*, bei den letzteren als angeblich "deliktischen" Ansprüchen mit Hinweis auf Art. 41 OR nun aber von einer *klägerischen Beweislast* ausgegangen. Als Folge der generellen Objektivierung und der Möglichkeit einer Sonderprüfung wird die Bedeutung dieser Fragestellung erheblich reduziert, nichtsdestotrotz ist m.E. allerdings von einer *generellen Verschuldensvermutung* auszugehen¹¹⁷.

Bei den Verantwortlichkeitsklagen des *Aktionärs* ist es notabene überflüssig, was in aller Regel verkannt wird, die etwas künstliche, wenn auch mit viel Tradition¹¹⁸ verbundene Konstruktion mit "Vertragsähnlichkeit" und Art. 97 OR zu bemühen. Die Verschuldensvermutung in diesem Bereich ergibt sich – nicht zuletzt unter dem Aspekt eines verbesserten Minderheitenschutzes¹¹⁹ – vielmehr aus der *Gesetzesauslegung*¹²⁰, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere *teleologische* Elemente der Auslegung sowie Überlegungen zum *Typus* der AG herangezogen werden müssen.

4. Kausalzusammenhang

a. Allgemeines

Vierte Voraussetzung einer Verantwortlichkeit ist schliesslich der *Kausalzusammenhang* zwischen einerseits der (auslösenden) Pflichtverletzung und andererseits dem gerade *daraus* (resultierenden) Schaden. Auch im Verantwortlichkeitsrecht genügt jedoch nicht jeder Zusammenhang, insbesondere ist der sog. *natürliche Kausalzusammenhang* – also die blosser Beziehung von Ursache und Wirkung¹²¹ – zwar notwendig, aber noch nicht hinreichend. Die Haftungsvoraussetzung ist erst bei einem sog. *adäquaten Kausalzusammenhang* zwischen Pflichtwidrigkeit und Schädigung gegeben:

Bereits mit BGE 93 II 29 wurde für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit die auch in anderen Rechtsbereichen bekannte Definition verwendet, wonach ein Ereignis dann und nur dann "als adäquate Ursache eines Erfolges [gilt],

wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint".

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht bestätigt, dass auch die *Untätigkeit* eines VR-Mitglieds – oder einer Revisionsstelle¹²² – eine adäquate Ursache des Schadens darstellen könne:

"V. ne saurait prétendre à cet égard que le dommage se serait produit même s'il avait fait preuve de la diligence requise. En effet, son absence de réaction à l'endroit de J. au début 1981 a eu des conséquences indubitables sur la suite des événements puisque, selon l'état de fait du jugement attaqué, les pertes des créanciers de P.S.A. sont pratiquement toutes postérieures à janvier 1981"¹²³.

112 Hierzu etwa: "[C]elui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur tout en sachant qu'il ne peut pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence" (BGE 122 III 200 Erw. 3. b. a.E.).

113 In diesem Sinne: KUNZ (FN 11), 15.

114 So beispielsweise: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 292 Anm. 543 sowie N 306.

115 KLAUS HÜTTE, Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Versuch einer Analyse der schweizerischen Rechtsprechung, ZGR 15 (1986) 22 konstatiert in der Praxis eine Haftungsverstärkung bei *Rechtsanwälten*; allg.: ALAIN HIRSCH, La responsabilité de l'avocat, comme administrateur de sociétés (...), SAV-Mitteilungen (1973) 4 ff.; MAX KUMMER, Die Verantwortung des Anwaltes als Verwaltungsrat einer AG, SAV-Mitteilungen (1972) 7 ff.

116 Statt aller: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 131 ff. m.w.H.

117 Details finden sich insbesondere bei: KUNZ (FN 11), 11 ff.; DERS. (FN 13), 138 f. Ziff. 5.

118 Das Bundesgericht ist für den Aktionärsanspruch bereits in BGE 14 693 Erw. 4 von einem "kontraktlichen Verschulden" mit der Folge einer Verschuldensvermutung ausgegangen.

119 KUNZ (FN 11), 22 Ziff. 2; immerhin muss aber wohl die "Analogie" zwischen *Mietern* und *Kleinaktionären* (a.a.O.) relativiert werden.

120 Diese bis anhin kaum wahrgenommene Ansicht findet sich näher begründet bei: KUNZ (FN 11), 21–24.

121 Entsprechende Hinweise sind aufgeführt bei: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 267.

122 In der Praxis wird oftmals gerade gegenüber *Revisionsstellen* der Vorwurf der Untätigkeit erhoben: WIDMER (FN 38), N 14 zu Art. 755 OR. Immerhin sei folgendes "caveat" für potentielle und allzu hoffnungsfrohe Verantwortlichkeitskläger vorgebracht: "Nicht jede Überschuldung, sondern bloss die *offensichtliche* berechtigt und verpflichtet die Revisionsstelle zur Anzeige, womit der Druck auf diese unter dem Damoklesschwert der Verantwortlichkeit nicht unerheblich reduziert wurde": KUNZ (FN 29), 508; *Offensichtlichkeit* ist nur dann gegeben, wenn *keine Zweifel* an einer Überschuldung bestehen können (a.a.O.).

123 BGE 122 III 200 Erw. 4.

b. Unterbrechung

Ein Verantwortlichkeitsbeklagter kann sich trotz eines prinzipiellen Bestehens der notwendigen Kausalität dadurch verteidigen, dass er eine *Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges* geltend macht. Die Stichworte in diesem Zusammenhang sind dieselben wie in anderen Rechtsbereichen¹²⁴: (i) krasses *Selbstverschulden*, (ii) grobes *Drittverschulden*, (iii) *Zufall* sowie (iv) *höhere Gewalt*.

Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang kürzlich festgehalten, dass ein *schwerer Fehler der delegierten Person* im Hinblick auf die Haftungsvoraussetzung der adäquaten Kausalität diese ganz grundsätzlich *nicht unterbrechen* könne:

"En effet, la responsabilité de l'administrateur à la suite d'une délégation de compétences est une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui. Or, lorsqu'une personne répond en raison d'un manque de diligence dans le choix, la surveillance ou l'enseignement d'un subordonné, celui-ci n'est pas un tiers par rapport à celle-là; par définition, la faute grave du délégué ne peut pas constituer un facteur d'interruption de la causalité adéquate entre le comportement reproché à l'administrateur et le dommage"¹²⁵.

c. Kritik

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Bereich der *Delegation* gemäss Art. 716b OR das Argument der *Kausalitätsunterbrechung ausgeschlossen* sein sollte. Aus der Perspektive eines VR-Mitglieds sind ein *VR-Delegierter* oder ein *Direktor* durchaus "*Dritte*". Insbesondere für den Fall, dass z.B. ein Delegierter einen pflichtgemäss nachfragenden Verwaltungsrat *belügt* oder allenfalls *gefälschte Unterlagen* vorlegt, sollten solche Umstände bereits als *kausalitätsunterbrechend* (sc. "grobes Drittverschulden") und nicht erst im Rahmen von Art. 754 Abs. 2 OR berücksichtigt werden.

Zu einem weiteren Kritikpunkt. Mit im allgemeinen gutem Grund wird in der Lehre oft bemängelt, dass die Gerichte *keine hohen Anforderungen* an den Nachweis eines Kausalzusammenhanges stellen¹²⁶, und es wird von der Doktrin gefordert, dass *keine "Vermutung der Kausalität"* angenommen werden dürfe¹²⁷. Die *Beweislast* muss somit – zumindest grundsätzlich – beim Kläger liegen¹²⁸.

Diesen Meinungen ist bei sog. *privaten AG* zwar zuzustimmen, *nicht* aber bei sog. *Publikumsgesellschaften*: Bei *AG* mit kotierten Aktien hat ein potentieller Kläger verschiedene "klagefeindliche" Probleme, so insbesondere *Informationsdefizite* und ein zumeist enormes *Kostenrisiko*¹²⁹, die sich von denjenigen bei privaten *AG* unterscheiden. Die Ursache bzw. die Ursachen für bestimmte schädigende *Kursschwankungen* nachzuweisen, ist faktisch unmöglich; ein Aktionär, der einen solchen Kausalzusammenhang nachweisen müsste, bliebe wohl *a priori* ohne jegliche Chance.

M.E. sollte deshalb gerade unter dem Aspekt des Investoren- bzw. Minderheitenschutzes nur, aber immerhin bei Publikumsgesellschaften die bisherige eher "lasche" Praxis – entgegen den Stimmen aus der Lehre – zulasten des po-

tentiellen Klägers nicht nur nicht verschärft, sondern es sollte in diesem Bereich sogar von einer *Beweislastumkehr* bzw. einer *Vermutung der Kausalität* ausgegangen werden.

D. Angriff und Verteidigung

1. Aktiv- und Passivlegitimation

a. Klägerseite

Wer in einem Verantwortlichkeitsprozess jeweils als *Kläger* auftreten kann, ist zumindest *prima vista* schnell entschieden. Die Antwort findet sich meistens unmittelbar in den anwendbaren aktienrechtlichen Bestimmungen. So ist beispielsweise bei der Gründungshaftung (Art. 753 a.A. OR) oder bei der Geschäftsführungshaftung (Art. 754 Abs. 1 OR) die *Gesellschaft*, der einzelne *Aktionär* und – nur, aber immerhin für Ansprüche im Konkurs (Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR) – der *Gläubiger* aktivlegitimiert, bei der Prospekthaftung (Art. 752 a.E. OR) hingegen der *Erwerber* der ausgegebenen Titel¹³⁰.

Kompliziertere Probleme, auf die hier nur hingewiesen werden soll, werden jedoch bald aufgeworfen durch die *Prioritäten-Ordnung* zwischen verschiedenen "Klägerkategorien" (z.B. "Konkursverwaltung gegen Aktionäre" oder "Aktionäre gegen Gläubiger") bzw. generell durch das Auftreten einer *Mehrzahl von Klägern* (z.B. möchten drei verschiedene Gesellschafter klagen), d.h. durch *personale Konkurrenz-Fragen*¹³¹.

Bei *mittelbarer* Schädigung interessiert auf der Klägerseite schliesslich noch die wohl weiterhin strittige Thematik der bereits erwähnten *Rechtsnatur* des geltend gemachten Verantwortlichkeitsanspruchs, auf die noch einzugehen sein wird¹³². Es geht um die gerade hinsichtlich möglicher Einreden des Beklagten zentrale Frage, ob der jeweilige – notabene als Folge eines Gesellschaftsschadens bloss mittelbar geschädigte – Kläger entweder *seinen eigenen* materiellen Anspruch geltend macht¹³³, d.h. sozusagen "*aus eigenem*

124 Statt aller: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 279 ff. m.w.H.

125 BGE 122 III 200 f. Erw. 4. a. (Hervorhebungen hinzugefügt).

126 In der Praxis *implizieren* die Schadens- und Verschuldensnachweise das Bestehen des erforderlichen Kausalzusammenhanges. Immerhin wird in jüngerer Zeit durch die Gerichte besser differenziert: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 14), § 36 N 93 ff.; FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 277; WIDMER (FN 38), N 29 a.A. zu Art. 754 OR.

127 WIDMER (FN 38), N 28 a.E. zu Art. 754 OR.

128 KUNZ (FN 13), 138 FN 85 m.w.H.

129 Vgl. dazu hinten E.2.a.

130 Hierzu: WATTER (FN 83), N 6 ff. zu Art. 752 OR.

131 Hierzu: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 125 ff. m.w.H.; KUNZ (FN 13), 121 ff. m.w.H.

132 Vgl. dazu hinten E.3.

133 In diesem Fall kann der Beklagte dem Kläger nur, aber immerhin diejenigen *Einreden* entgegenhalten, die ihm *gegen den Kläger persönlich* zustehen.

Recht" klagt, oder vielmehr bloss den *Gesellschaftsanspruch* erhebt¹³⁴, d.h. "aus dem Recht der AG" vorgeht¹³⁵.

b. Beklagtenseite

Je nach der im konkreten Einzelfall in Frage stehenden Form der Verantwortlichkeit gibt es, wie aus dem Gesetzestext ersichtlich, *verschiedene* mögliche Beklagte: Bei der Prospekthaftung etwa ist derjenige verantwortlich, der u.a. an unrichtigen oder irreführenden Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen "mitgewirkt" hat (Art. 752 OR), bei der Gründungshaftung insbesondere der *Gründer*, aber auch *andere Mitwirkende* (Art. 753 OR)¹³⁶, und bei der Revisionshaftung in erster Linie die *Revisionsstelle* (Art. 755 OR)¹³⁷.

Bei der Geschäftsführungshaftung (Art. 754 OR) kann schliesslich nur haftbar sein, wer ein *Organ* der AG ist¹³⁸. Der zentrale, nicht aber der einzige Ansatzpunkt ist hierbei der sog. *formelle Organbegriff*¹³⁹. Jedes *VR-Mitglied* – ob nach seiner Wahl im Handelsregister eingetragen oder nicht¹⁴⁰ – ist unter diesem Titel somit passivlegitimiert und "gefährdet". Die Verantwortlichkeit beruht zusätzlich auf dem sog. *faktischen Organbegriff*.

Eine faktische Organanstellung wird etwa durch Kompetenzen begründet, die "wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten", so dass eine Zugehörigkeit zur "oberste[n] Schicht der Hierarchie" gegeben ist¹⁴¹. Insofern ist damit grundsätzlich *jedermann* passivlegitimiert, der materiell eine Organfunktion wahrnimmt. Das zentrale Problem beim faktischen Organ liegt in der *Grenzziehung* (z.B. "Ist ein *Prokurist* ein Organ oder nicht?"¹⁴²); allgemeine, von einem konkreten Einzelfall losgelöste Aussagen nützen wenig¹⁴³.

2. Einreden bei der Geschäftsführungshaftung

a. Entlastung

Nicht alle, aber *gewisse Verantwortlichkeitsansprüche* können dadurch verhindert bzw. abgeblockt werden, dass den potentiell verantwortlichen Personen, insbesondere den VR-Mitgliedern, anlässlich einer Generalversammlung der AG (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR) die *Entlastung* bzw. die *Décharge* erteilt wird.

Art. 758 Abs. 1 OR macht in diesem Zusammenhang unzweifelhaft klar, dass eine Entlastung nur für "bekannt-gegebene Tatsachen" wirksam sein kann; insofern lohnt es sich beispielsweise für VR-Mitglieder nicht, unangenehme Fakten *geheimhalten* zu wollen, ganz im Gegenteil¹⁴⁴. Ausserdem "nützt" ein Entlastungsbeschluss höchstens gegen Ansprüche der *Gesellschaft* sowie des *mittelbar geschädigten Aktionärs*, ohne Bedeutung ist die *Décharge* hingegen in jedem Fall bei Ansprüchen des *Gläubigers* oder des *unmittelbar geschädigten Aktionärs*¹⁴⁵.

Hinsichtlich des Entlastungsbeschlusses und des entsprechenden gesetzlichen Stimmrechtsausschlusses nahm

das Bundesgericht vor einigen Jahren eine Präzisierung vor. Bekanntlich kommt "Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben", *kein Stimmrecht* für den GV-Beschluss als solchen zu (Art. 695 Abs. 1 OR). Heute steht nunmehr – entgegen der früheren

134 In diesem Fall kann der Beklagte dem Kläger nur, aber immerhin diejenigen *Einreden* entgegenhalten, die ihm *gegen die Gesellschaft als solche* zustehen.

135 Detaillierter: PETER V. KUNZ, Zur "doppelten Klagegrundlage" des Gläubigers bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SJZ 90 (1994) 5–7; DERS. (FN 11), 28 ff.

136 Gerade unter dem letzteren Aspekt sollten sich *Treuhänder, Rechtsanwälte und weitere Berater* zumindest in Acht nehmen. Selbst wenn kein Vertragsverhältnis (z.B. Auftrag) bestehen sollte, sondern eine bloss *Gefälligkeit* gegeben wäre, würde dies m.E. *keine wirksame Verteidigung* bedeuten.

137 Unter dem geltenden Aktienrecht ist nunmehr eindeutig, dass nicht allein die *formelle*, sondern auch die *faktische* Revisionsstelle haftbar sein kann; allg.: EGGMANN (FN 49), 29 ff.; ERICH FREY, Regress auf eine faktische Kontrollstelle?, ST 65 (1991) 357; KUNZ (FN 11), 188. Zum aOR bereits: BGE 119 II 255.

138 Im Folgenden wird nur auf die *formellen* sowie auf die *faktischen* Gesellschaftsorgane eingegangen. Nicht zu vergessen ist schliesslich aber auch noch das sog. *Organ infolge Kundgabe*; ausführlich hierzu: KUNZ (FN 11), 173 f. sowie 188 ff. Die *Haftung der Organe* darf *nicht verwechselt* werden mit der sog. *Organhaftung*, bei der es um die *Haftung der AG* für ein Verhalten ihrer Organe geht (vgl. Art. 722 OR); zur letzteren: BGE 121 III 176. Des weiteren: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 611 ff.

139 Noch immer lesenswert: PETER FORSTMOSER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff.

140 Wer in der GV als VR-Mitglied gewählt, anschliessend indes – aus welchen Gründen auch immer (z.B. Versehen) – nicht im Handelsregister eingetragen wurde, ist ein sog. *stilles VR-Mitglied*, das nicht zu verwechseln ist mit dem sog. *verdeckten VR-Mitglied*; zur Thematik im Detail: KUNZ (FN 11), 178 m.w.H.; allg.: THOMAS SAUBER, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Zürich 1987; ERIC HOMBURGER, Verantwortlichkeit des "stillen" Verwaltungsrates, SAG 54 (1982) 160 ff.

141 BGE 117 II 573 Erw. 3. a.E.

142 Zum *Prokuristen* etwa: FORSTMOSER (FN 14), § 2 N 672; KUNZ (FN 11), 183 Anm. 116 sowie 185 ff.

143 Ausführlicher zum *faktischen Organ*, insbesondere mit Hinweisen zur Lehre und Praxis, statt aller: KUNZ (FN 11), 182 ff.

144 Es sei nicht zuletzt aus "*Verteidigungs-Überlegungen*" hiermit *Offenheit* gegenüber der GV empfohlen, dürften doch in den meisten Fällen sowohl die AG als auch die Aktionäre geneigt sein, dem VR zumindest eine "*zweite Chance*" zu geben, ohne eine Verantwortlichkeitsklage einzureichen; mit dieser "*Nachsichtigkeit*" vergeben sich diese potentiellen Kläger die Möglichkeit, in Zukunft für die *offengelegten* Tatsachen die VR-Mitglieder zu belangen.

145 KUNZ (FN 11), 156 ff., 162 (Fazit).

h.M.¹⁴⁶ – fest, dass auch *Erben* eines VR-Mitgliedes¹⁴⁷ bzw. eine *Erbengemeinschaft*, die ein Mitglied im VR hat¹⁴⁸, in einer solchen GV *nicht stimmen* dürfen¹⁴⁹.

Abschliessend noch kurz zu einem mit der *Décharge* "verwandten" Institut, nämlich zur sog. *Beschlussdelegation*¹⁵⁰. Ein "vorsichtiger" VR könnte geneigt sein, sich sozusagen eine "*vorgezogene Einzelfall-Décharge*" erteilen zu lassen, indem er gewisse "unangenehme" Geschäfte, bei denen er sich nicht die Hände verbrennen will, freiwillig der GV vorlegt. M.E. ist dies aber nur zulässig bzw. haftungsbefreiend bei (i) sog. *wichtigen Geschäften*, die sich (ii) *ausserhalb* des Bereichs der *unübertragbaren VR-Aufgaben* (Art. 716a OR) befinden¹⁵¹.

b. Delegation

Die VR-Mitglieder können ihr *Haftungsrisiko reduzieren*, indem sie eine sog. *Delegation* der Geschäftsführung (Art. 716b OR) vornehmen¹⁵². Die Verantwortlichkeit wird damit – wie bereits unter dem früheren Aktienrecht – beschränkt auf die Sorgfalt in den Bereichen "*Auswahl, Unterrichtung und Überwachung*" des Delegierten (Art. 754 Abs. 2 OR)¹⁵³; auf einen vor kurzem ergangenen, umstrittenen Bundesgerichtsentscheid wurde im Zusammenhang mit der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bereits hingewiesen¹⁵⁴.

Nebst den *materiellen* Aspekten der drei "*curae*", auf die hier nicht eingegangen wird, müssen auch noch zwei *formelle* Voraussetzungen erfüllt sein, um nicht haftbar zu werden bzw. eine entsprechende Einrede geltend machen zu können. Für die haftungsbeschränkende Wirksamkeit einer Delegation braucht es nämlich (i) eine entsprechende *Regelung in den Statuten* der Gesellschaft¹⁵⁵ sowie ausserdem (ii) ein *Organisationsreglement* zur Geschäftsführung etc. (Art. 716b Abs. 1/Abs. 2 OR). Die Lehre neigt dazu, diese beiden Formalien zu *relativieren*:

So wurde zum ersten Aspekt – sc. zur statutarischen Grundlage – beispielsweise vorgebracht, dass aus Gründen der zeitlichen Dringlichkeit *kurzfristig* auf eine solche Statutenbestimmung verzichtet werden könne¹⁵⁶. Jüngst wird nun des weiteren zum zweiten Fragenbereich – sc. zum Organisationsreglement – vorgebracht, dass einer Delegation auch dann eine haftungsbeschränkende Wirkung für den VR zukommen müsse, wenn diese *nicht* in einem Organisationsreglement geregelt sei¹⁵⁷; für diese jüngste Ansicht werden nebst Argumenten, die auf die Materialien abgestützt werden, beispielsweise praktische Bedürfnisse geltend gemacht¹⁵⁸.

E. Spezialfragen

1. Informationsdefizite

a. Sonderprüfung und Orientierungsanspruch zur Organisation

Eines der zentralen Probleme für das Ergreifen von Verantwortlichkeitsklagen war – so zumindest unter dem früheren

Recht – das weitverbreitete *Informationsdefizit* gegenüber dem Verhalten beispielsweise der VR-Mitglieder oder auch der Revisionsstelle. Aus diesem Grund führte das Parlament bei der letzten Revision des Aktienrechts ein im Ausland, beispielsweise in Deutschland, schon länger bekanntes Institut ein, das dieses Defizit ausgleichen oder zumindest relativieren soll¹⁵⁹. Die Rede ist von der *Sonderprüfung* (Art. 697a ff. OR)¹⁶⁰.

146 Hinweise hierzu: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 423.

147 BGE 118 II 498 Erw. 5 a: "Par conséquent, dès lors que, en raison de l'universalité de la succession, ils sont solidairement responsables des dettes du défunt (...), les héritiers d'un membre du conseil d'administration doivent être exclus du vote donnant décharge à ce dernier".

148 BGE 118 II 499 ff. Erw. 5. b.

149 Darin ist ein Element des *Minderheitenschutzes* zu sehen: Vgl. dazu hinten F.3.d.

150 MARIE-THERESE MÜLLER, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP/PJA 1992 784 ff., v.a. 785.

151 KUNZ (FN 11), 161 f. m.w.H. Aber a.M. betreffend dem Erfordernis von "wichtigen Geschäften": ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP, Der Verwaltungsrat, Zürich 1994, 283 FN 504.

152 Ausführlich hierzu: KUNZ (FN 11), 192 ff.; vgl. auch: FELIX HORBER, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG..., Diss. Zürich 1986; IRENE BUSCH, Die Übertragung der Geschäftsleitung auf den Delegierten des Verwaltungsrates, in: FS Forstmoser, Zürich 1993, 69 ff.

153 Die Rede ist von den drei sog. *curae in eligendo, in instruendo et in custodiendo*.

154 Vgl. dazu vorne C.4.b./c.

155 Eine gängige Statuten-Bestimmung lautet etwa wie folgt: "Der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung oder einzelne Teile derselben an eine oder mehrere Personen, Mitglieder des Verwaltungsrates oder Dritte, die nicht Aktionäre sein müssen, übertragen. Er erlässt das Organisationsreglement und ordnet die entsprechenden Vertragsverhältnisse".

156 In diesem Sinne: KUNZ (FN 11), 198 f.; diese Aussagen stiessen, soweit ersichtlich, bis anhin kaum auf Widerhall, was vermutlich damit zusammenhängen dürfte, dass solche Bestimmungen in den Statuten heute fast schon zum Standard aller AG gehören.

157 Übersicht zum Stand der Lehre: ADRIAN W. KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, 87 ff. m.w.H.

158 Allg. hierzu: URS BERTSCHINGER, Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, SZW 69 (1997) 185 ff., v.a. 189 ff. "Das Organisationsreglement ist (...) weder notwendige noch hinreichende Bedingung für eine Haftungsbeschränkung beim delegierenden Organ" (a.a.O. 191); Hervorhebungen hinzugefügt.

159 Damit sollte insbesondere auch der *Minderheitenschutz verbessert* werden; so auch: BGE 120 II 396 Erw. 4 a.A.

160 Allg.: ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991; GRAZIANO PEDROJA, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP/PJA 1992 774–783.

Die Sonderprüfung kann zwar nicht nur, aber *insbesondere* auch nutzbar gemacht werden im Hinblick auf eine später allenfalls zu ergreifende *Verantwortlichkeitsklage*. Die Sonderprüfung leistet m.a.W. eine wichtige *Vorarbeit* in diesem Bereich.

Auf die Sonderprüfung und das Klageverfahren zu ihrer Durchsetzung soll hier nicht weiter eingegangen werden. Es sei bloss angemerkt, dass trotz erster Gerichtsurteile auf höchster Ebene¹⁶¹ heute noch einige wichtige *Fragen offen* sind, von deren Beantwortung künftig die Wirksamkeit der Sonderprüfung wesentlich abhängen dürfte; genannt seien bloss zwei Themen: (i) Die Abklärungsmöglichkeit von *stillen Reserven* der AG¹⁶² sowie (ii) die sog. *Subsidiarität* der Sonderprüfung¹⁶³.

Das Gesetz sieht ausserdem einen *Orientierungsanspruch* für Aktionäre und Gläubiger über die *Organisation der Geschäftsführung* vor (Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR). Dieser Anspruch kann sich zu einem "griffigen Instrument für Verantwortlichkeitskläger"¹⁶⁴ entwickeln. Obwohl das Gesetz – anders als etwa bei Art. 697 Abs. 4 OR – nichts dazu sagt, kann m.E. dieser Anspruch *gerichtlich durchgesetzt* werden¹⁶⁵, d.h. eine Klagbarkeit ist gegeben¹⁶⁶.

Auf der Ebene des Aktionärsanspruchs besteht der Unterschied zwischen der Sonderprüfung einerseits und dem Organisations-Orientierungsanspruch andererseits darin, dass der erste als *Gruppenklage* und der zweite als *Einzelklage* ausgestaltet ist. M.a.W. kann jeder Aktionär als solcher seinen Orientierungsanspruch beim VR vorbringen und allenfalls gerichtlich einklagen; gemäss h.M.¹⁶⁷, der sich dieser Beitrag anschliesst, bezieht sich die Klageerschwerung des *Relativsatzes* (sc. "die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen"/Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR) ausschliesslich auf die Gläubiger, *nicht* aber auf die *Aktionäre*¹⁶⁸.

b. Spezialproblem: Informationen innerhalb des Verwaltungsrates

Die Informationsdefizite sind nicht bloss für potentielle *Verantwortlichkeitskläger* – also auf der "*Aktivseite*" – ein Problem, sondern sie stellen auch für potentielle *Verantwortlichkeitsbeklagte* – also auf der "*Passivseite*" – eine ernsthafte Bedrohung dar, insbesondere für die VR-Mitglieder. Etwas nicht zu wissen, ist bekanntlich *keine wirksame Verteidigung*. So hat ein VR-Mitglied die Pflicht, sein Informationsdefizit zu beseitigen; unterlässt es dies, so dürfte dies in den meisten Fällen eine relevante Pflichtverletzung durch Unterlassung sein, die schliesslich zu seiner Verantwortlichkeit führen kann¹⁶⁹:

"Nur ein orientierter Verwaltungsrat hat eine Chance, Handlungsbedarf zu erkennen, seiner Erkenntnis entsprechend weiterzufragen und vor allem einzugreifen. Die Kongruenz von Informationsanspruch, Verhaltenspflichten und Verantwortlichkeit ist ein tragender Grundgedanke im Aktienrecht"¹⁷⁰. Das revidierte Aktienrecht hat hier nun mit der Regelung von Art. 715a OR ("Recht auf Auskunft und Einsicht") eine Verbesserung gebracht, die aber auch genutzt werden muss¹⁷¹.

2. Kostentragung

a. Verantwortlichkeitsprozess

Die Verfahrenskosten beruhen im allgemeinen auf dem *Streitwert* eines Prozesses. Weil sich der Streitwert in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess aber – ähnlich

161 So etwa BGE 120 II 395 f. Erw. 3 zur *Zulässigkeit der Sonderprüfung* für Sachverhalte, die sich *vor Inkrafttreten* des revidierten Aktienrechts ereignet haben bzw. BGE 120 II 396 ff. Erw. 4 betreffend dem Erfordernis des *Glaubhaftmachens* eines Schadens sowie der sonstigen Voraussetzungen.

162 Hierzu insbesondere: ROLF H. WEBER, *Stille Reserven und Sonderprüfung*, SJZ 89 (1993) 301–304 m.w.H.

163 Bei dieser Thematik geht es um die Pflicht zur *vorgängigen* Ausübung des Auskunfts-/Einsichtsrechts (Art. 697a Abs. 1 OR). Hierzu nun jüngst: BGE 123 III 261, v.a. 264 ff. Erw. 3. Allg.: FELIX HORBER, *Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts*, SJZ 91 (1995) 165 ff.; PETER V. KUNZ, *Zur Subsidiarität der Sonderprüfung*, SJZ 92 (1996) I ff.; FABRIZIO GABRIELLI, *Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung*, Diss. Basel 1997, 155 ff.

164 BERTSCHINGER (FN 158), 188.

165 GLM. bereits: WÄTTER (FN 83), N 17 zu Art. 716b OR; BERTSCHINGER (FN 158), 188.

166 Nicht jeder Anspruch ist klagbar ("Anspruchsordnung gegen Klageordnung"); ausführlicher hierzu: KUNZ (FN 13), 149 ff.

167 ERIC HOMBURGER, *Zürcher Kommentar, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat*, Art. 707–726 OR (Zürich 1997) N 724 zu Art. 716b OR; FELIX HORBER, *Die Informationsrechte des Aktionärs*, Zürich 1995, N 337; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 14), § 11 N 27; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2. A. Zürich 1996, N 1552. A.M. aber jüngst: BERTSCHINGER (FN 158), 187.

168 Zwar sprechen die *Materialien* tatsächlich weder für die eine noch für die andere Ansicht, der *Wortlaut* scheint aber doch eher der h.M. den Vorzug zu geben. Zu berücksichtigen ist – sozusagen unter einem *teleologischen* Aspekt – m.E. des weiteren, (i) dass der Aktionär als Risikokapitalgeber naturgemäss gegenüber dem Gläubiger in verschiedener Hinsicht "*benachteiligt*" ist, und dass eine gewisse "*Kompensation*" gerechtfertigt erscheint, (ii) dass er als Gesellschafter mit verschiedenen *Mitwirkungsrechten* etc. in die Gesellschaftsangelegenheiten *stärker "involviert"* ist bzw. sein muss als ein Gläubiger, und (iii) dass ein *verbessertes Aktionärsschutz* ein allgemeines Revisionsanliegen darstellt, und (iv) dass Art. 716b Abs. 2 OR wohl *Art. 697h Abs. 2 OR* "nachgebildet" wurde; aus allen diesen Gründen ist es angebracht, den *Relativsatz nicht* auf den Aktionär zu beziehen.

169 Dies kann durchaus als *Demissions-Obiegenheit* verstanden werden.

170 BÖCKLI (FN 33/SZW), 276.

171 Im Detail: PETER V. KUNZ, *Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds*, AJP/PJA 1994 572 ff.; nunmehr auch: THOMAS CHRISTIAN BÄCHTOLD, *Die Information des Verwaltungsrates*, Diss. Bern 1997. Künftig dürfte *Art. 715a OR* einen zentralen Ansatzpunkt für angebliche *Pflichtverletzungen* von VR-Mitgliedern darstellen; mit diesen *zusätzlichen Rechten* wird insofern die *Haftbarkeit* verschärft.

wie bei einem Anfechtungsprozess – in ständiger Praxis und der h.M. folgend gestützt auf den *Gesamtschaden* der AG und nicht etwa auf den klägerischen Einzelschaden bemisst, kann ein solches Verfahren für einen am Ende nicht obsiegenden Kläger *sehr teuer* werden¹⁷². Dass diese Aussicht einen potentiellen Kläger geradezu *abschrecken* kann, ist offensichtlich.

Das neue Aktienrecht versucht, diese Problematik mit der Bestimmung von Art. 756 Abs. 2 OR (sc. "Kostenverteilung bei begründetem Anlass zur Klage") zumindest zu relativieren. Ob diese Regelung tatsächlich zu *mehr Prozessen* führen wird, was Vor- und Nachteile haben kann, wird sich in den nächsten Jahren erst noch weisen müssen. Urteile hierzu gibt es m.W. noch keine, und verschiedene Fragen sind heute offen¹⁷³.

b. Spezialproblem: Prozess gegen mehrere Beklagte

Einen zumindest im Ergebnis vergleichbaren *Kostenminderungseffekt* wie Art. 756 Abs. 2 OR bringt die neue Bestimmung gemäss Art. 759 Abs. 2 OR (sc. "Solidarität und Rückgriff") hinsichtlich der Solidarität *mehrerer Beklagter* mit sich. Diese neue Regelung sieht nämlich vor, dass ein Verantwortlichkeitskläger "mehrere Beteiligte *gemeinsam* (...) einklagen" und in diesem *einen* Prozess verlangen kann, dass das zuständige Gericht "im gleichen Verfahren" für jeden einzelnen Beklagten die Ersatzpflicht festlegt.

Es stellt sich hierbei die Frage, ob ein *nicht obsiegender Kläger* in einem solchen *einzigem* Verantwortlichkeitsverfahren gegen mehrere Beklagte bei jedem Einzelnen – im Ergebnis somit *mehrfach* – "zur Kasse" gebeten werden kann oder nicht:

Das Bundesgericht hat sich mit *BGE 122 III 324* nunmehr für die letztere Variante ausgesprochen¹⁷⁴, d.h. ein Verantwortlichkeitskläger sieht sich hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfragen nur *einer* Gegenpartei gegenüber, was sein *finanzielles Risiko vermindert* und zumindest diese Schwelle zur Einleitung eines Verfahrens herabsetzen dürfte¹⁷⁵.

3. Ceterum censeo: Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage

a. Allgemeines

Bei der sog. *Rechtsnatur*, wie sie hier verstanden wird, geht es um die Frage, ob der *jeweilige* Verantwortlichkeitskläger, sei es ein Aktionär, sei es ein Gläubiger, entweder (i) "*aus eigenem Recht*" oder aber (ii) "*aus dem Recht eines Dritten*" – insbesondere "aus dem Recht der Gesellschaft" – klagt. Nur diejenigen Abwehrmittel – auch *Einreden* genannt – können gegen den Kläger vorgebracht werden, die sich gegen den Anspruch des *konkret Berechtigten* – nicht notwendigerweise identisch mit dem Kläger – wehren; zur Verdeutlichung:

Eine *Einwilligung* kann nur gegeben sein hinsichtlich der Verletzung des *eigenen* Anspruchs. Klagt also bei-

spielsweise ein *Aktionär* "aus dem Recht der AG" – sozusagen als blosser "Prozessführungsbefugter" der AG – und hat nur, aber immerhin die *Gesellschaft* der Verletzung zugestimmt, so wirkt diese Einwilligung *auch* gegen den *klägerischen Gesellschafter*, der in diesem Fall ja bloss den *Gesellschaftsanspruch* geltend macht; klagt der Aktionär hingegen "aus eigenem Recht", so braucht ihn diese Einwilligung der Gesellschaft nicht zu interessieren, zumindest solange und sofern er nur *selber nicht* in diese Verletzung eingewilligt hat.

b. Kontroverse: Ansprüche aus mittelbarem Gläubigerschaden

Lange Zeit ist das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der h.M.¹⁷⁶ beim *mittelbaren Gläubigerschaden* von einer sog. *doppelten Klagegrundlage* ausgegangen¹⁷⁷:

Der *Gläubiger* konnte in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung einerseits einen *eigenen Anspruch* gestützt auf Art. 757 aOR geltend machen, gegen den der Beklagte nur diejenigen Einreden vorbringen konnte, die dem Gläubiger persönlich entgegengehalten werden konnten (z.B. die Einwilligung des Gläubigers). Ausserdem konnte er sich andererseits gemäss Art. 260 SchKG den *Gesellschaftsanspruch* abtreten lassen, dem in diesem Bereich

172 Allg.: KUNZ (FN 13), 86 ff.

173 Eine Übersicht geben: ERNST F. SCHMID, Zur prozessualen Umsetzung der Kostenpflicht der Gesellschaft im vom Aktionär eingeleiteten Verantwortlichkeitsprozess, in: FS Forstmoser, Zürich 1993, 341 ff.; ANDREAS CASUTT, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: FS Forstmoser, Zürich 1993, 79 ff.; KUNZ (FN 13), 89 ff. m.w.H.; DERS. (FN 11), 122 ff.

174 Der Entscheid und gerade auch seine *praktischen* Folgen werden ausführlich besprochen bei: OSCAR VOGEL, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge (...), SZW 70 (1998) 146 ff.

175 VOGEL (FN 174), 148 gibt eine nützliche "*Check-Liste*" je nach Situation einer bloss *teilweisen* oder einer *gänzlichen* Niederlage des Verantwortlichkeitsklägers mit entsprechenden Unterscheidungen bei den *Gerichtskosten* einerseits und den davon zu unterscheidenden *Parteientschädigungen* andererseits.

176 So insbesondere: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 106 ff., N 207 ff. sowie N 223 ff.; GEORG RAUBER, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Forstmoser, Zürich 1993, 157 ff.; a.M. etwa: STEPHEN V. BERTI, Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im Schweizerischen Aktienrecht, ZSR 109 (1990) I 439 ff. Umfassende Übersicht zu den Lehrmeinungen unter aOR: KUNZ (FN 11), 74 ff. Von *allg. Interesse* zu dieser Thematik (in Französisch): PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Essai d'interprétation du nouvel article 757 CO, SZW 66 (1994) 12–22; FRANÇOIS DESSEMONTET, La double nature de l'action en responsabilité contre les organes de la société, in: FS Bär (Bern 1998) 63–73.

177 Statt aller: BGE 111 II 182; BGE 111 II 373.

die Einreden gegen die AG entgegengehalten werden konnten (z.B. die Décharge)¹⁷⁸.

Diese Rechtsprechung gab das Bundesgericht völlig überraschend mit *BGE 117 II 432*¹⁷⁹ auf, indem es nunmehr im Fall eines Konkurses von einem einheitlichen Verantwortlichkeitsanspruch "aus dem Recht der Gläubigergesamtheit" ausging, der den Gesellschaftsanspruch "ablösen" sollte¹⁸⁰. Trotz teils heftiger Kritik in der Lehre¹⁸¹ hielt das Bundesgericht bis anhin an dieser neueren Praxis fest bzw. bestätigte diese gerade kürzlich¹⁸², wenn es sich auch noch nicht zum revidierten Aktienrecht geäußert hat.

c. Kritik

Es ist nötig, bei der Frage der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche die heute nun anwendbaren Art. 752 ff. OR auszulegen¹⁸³. Hierbei müssen nun aber verschiedene, insbesondere vier Elemente der Auslegung berücksichtigt werden:

- *Historisches* Element: Den Materialien kommt gerade dann ein besonderes Gewicht zu, wenn es – wie beim revidierten Aktienrecht – um ein neues Gesetz geht¹⁸⁴. Während der *Bericht Gautschi* sowie die Protokolle der *Arbeitsgruppe Tschopp* noch kaum etwas zur Erhellung der Fragestellung beitragen, ergibt sich aus der *Arbeitsgruppe von Greyerz*, aus der *Botschaft*¹⁸⁵ sowie gerade auch aus den Beratungen der *ständerätlichen Kommission*¹⁸⁶ ohne weiteres, dass der Gesetzgeber jeweils verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche "aus eigenem Recht" legisferieren wollte¹⁸⁷.
- *Grammatikalisches* Element: Der Gesetzestext erweist sich als eindeutig und stellt das Individuum als Ansatzpunkt ins Zentrum. Es geht um die Verantwortlichkeit gegenüber "den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern" (Art. 754 Abs. 1 OR); schliesslich erwähnt das Gesetz – notabene unter Genitiv-Verwendung – den "Anspruch des Aktionärs" (Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR) bzw. die "Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern" (Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR). Dieses Auslegungselement spricht ebenfalls für Ansprüche "aus eigenem Recht"¹⁸⁸.
- *Systematisches/institutionelles* Element: Die aussergewöhnliche Kostenverteilungsregelung (Art. 756 Abs. 2 OR)¹⁸⁹ sowie das Institut der AG als Klagedestination (Art. 756 Abs. 1 Satz/Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR)¹⁹⁰ sprechen nicht etwa – wie zumindest prima facie allenfalls argumentiert werden könnte und teils auch wird – für ein Prozessführungsrecht¹⁹¹; vielmehr gibt es Indizien, die genau auf das Gegenteil, also auf einen materiellen Anspruch hinweisen. Dass beispielsweise die durch die AG erteilte *Décharge* gemäss Art. 758 OR grundsätzlich den *Aktionär nicht bindet*, ist ein Hinweis auf einen Aktionärsanspruch "aus eigenem Recht"¹⁹².
- *Teleologisches* Element: Das Befürworten eines Anspruchs "aus eigenem Recht" ist schliesslich ein "goldener Mittelweg" zwischen den klägerischen und den beklagten Interessen hindurch und steht im Einklang mit den Zielen eines verbesserten Gläubiger- und Aktionärsschutzes¹⁹³.

Als Ergebnis einer die erwähnten Elemente berücksichtigenden *Gesetzesauslegung* unter dem geltenden

- 178 Beim *Aktionär* als Kläger kann es niemals um eine sog. doppelte Klagegrundlage gehen, weil er eine Abtretung der Gesellschaftsansprüche gemäss Art. 260 SchKG nicht verlangen kann.
- 179 Diese Praxisänderung basiert auf dem Aufsatz eines Mitglieds des urteilenden Richterkollegiums: ROLF RASCHEIN, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.
- 180 BGE 117 II 439 ff. Erw. 1. b. ee.–hh. Konsequenz daraus sei, dass auch die *Einredenordnung ändere*, d.h. dem Kläger können insbesondere die *Einreden gegen die AG* nunmehr nicht mehr entgegengehalten werden, weil der Gesellschaftsanspruch durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst wurde. So nun auch BGE 122 III 189 f. Erw. 7. a: "Nach der neuen Rechtsprechung wird (...) der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft mit der Konkurseröffnung abgelöst durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit. Betragsmässig sind die beiden Ansprüche deckungsgleich. Sie stimmen auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen überein, unterscheiden sich aber hinsichtlich der Einreden, die ihnen entgegengehalten werden können".
- 181 Zu BGE 117 II 432: KUNZ (FN 11), 71 ff.; zu den späteren, bestätigenden Entscheiden kritisch und mit einer umfassenden Übersicht zum gegenwärtigen Meinungsstand: ROLF WATTER/ROLAND A. TRUFFER, (Rezension), AJP/PJA 1996 1573 ff., v.a. 1577 ff.; des weiteren: ROLF BÄR, [Rezension], ZBJV 134 (1998) 275 ff. Selbstverständlich gab und gibt es für die Praxisänderung des Bundesgerichts auch Unterstützung, so etwa: STEPHEN V. BERTI, (Rezension), SZW 64 (1992) 74–79; nicht wirklich klar: EGGMANN (FN 49), 51 f.
- 182 BGE 122 III 168 ff. Erw. 3; BGE 122 III 179 ff. Erw. 5 (den beiden Entscheiden liegt *derselbe Sachverhalt* zugrunde, das eine Verfahren fand indes in Luzern, das andere in Zürich statt). Allg. hierzu auch: PIERRE TERCIER/WALTER A. STOFFEL, Le droit des sociétés 1996/97, SZW 69 (1997) 234 f.
- 183 Ausführlich hierzu: KUNZ (FN 11), 92 ff.
- 184 Statt aller: BGE 117 II 447 Erw. 3 m.w.H.
- 185 "Dabei wird klargestellt, dass Aktionäre und Gläubiger *aus eigenem Recht* handeln" (Botschaft zum OR: BBl 1983 II 937, Sonderdruck: 193); Hervorhebung hinzugefügt.
- 186 StR-Kom. zum OR (1. Lesung): 423 ff.; gemäss Art. 757 OR mache der Gläubiger *sein eigenes* Recht geltend, gemäss Art. 260 SchKG dasjenige der *Gesellschaft*. A.M.: BÖCKLI (FN 167), N 2018 FN 258.
- 187 Zu den *Plenumsdiskussionen* im Parlament: KUNZ (FN 11), 94 f.
- 188 KUNZ (FN 11), 95. A.M.: BÖCKLI (FN 167), N 2018 a.E.
- 189 Vgl. dazu vorne E.2.a. sowie hinten F.3.b.
- 190 Vgl. dazu hinten F.3.c.
- 191 Hierzu: KUNZ (FN 11), 96 m.w.H.
- 192 Würde der Gesellschafter nur ein Prozessführungsrecht der Gesellschaft wahrnehmen, so wäre er *in jedem Fall* an die Entlastung durch die AG gebunden. Des weiteren auch: KUNZ (FN 11), 96 Ziff. 1; auch Art. 757 Abs. 2 Sätze 2/3 OR weisen auf das Bestehen eines Anspruchs "aus eigenem Recht" hin (a.a.O. 96 Ziff. 2). Die *Nicht-Bindung* des nicht zustimmenden *Aktionärs* wird teils auch als "Element des Minderheitenschutzes" verstanden: FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 471.
- 193 In diesem Sinne bereits: KUNZ (FN 11), 97 m.w.H.

Recht (Art. 752 ff. OR) steht m.E. somit eindeutig fest, dass es beim aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruch jeweils "um einen materiellen Anspruch – m.a.W. um einen Anspruch 'aus eigenem Recht' – geht, und nicht um ein Prozessführungsrecht ('aus dem Recht der AG' oder 'aus dem Recht der Gläubigersamtheit')"¹⁹⁴.

F. Verantwortlichkeitsklage und Minderheitenschutz

1. Grundlagen

Die Verantwortlichkeitsklage nimmt unter einem rechts-historischen Aspekt eine *Surrogatsfunktion* im Rahmen des Übergangs vom Konzessionssystem zum Normativsystem wahr¹⁹⁵. Diese Aspekte des Minderheitenschutzes haben heute allerdings naturgemäss fast jegliche Bedeutung verloren. Der momentane Ansatz beim Schutz von Minderheiten ist ein anderer:

Der Minderheitsaktionär wird im allgemeinen von *zwei Seiten potentiell bedroht*, nämlich einerseits von der sog. *Mehrheitsmacht* (sc. GV) und andererseits von der sog. *Verwaltungsmacht* (sc. VR). Die Verantwortlichkeitsklage nützt an sich – immerhin unter Vorbehalt der Regelung gemäss Art. 695 Abs. 1 OR¹⁹⁶ – nichts gegen die *erste* potentielle Bedrohung¹⁹⁷, sehr wohl aber gegen die *zweite*.

2. Fünf Punkte-Untersuchung

Die aktienrechtlichen Klagen erweisen sich als absolut zentral für den Schutz von Gesellschaftern, insbesondere von Minderheiten, und stellen insofern *Betrachtungsobjekte* dar. Hierbei interessieren jeweils *fünf Aspekte* der jeweiligen Klagen¹⁹⁸:

(i) *Klagbarkeit als solche*¹⁹⁹; (ii) *Kreis der möglichen Kläger*²⁰⁰; (iii) *Ausgestaltung als Einzelklagen bzw. Gruppenklagen*²⁰¹; (iv) *vorsorglicher/einstweiliger Rechtsschutz*; (v) *Besonderheiten*; während die ersten vier Aspekte im Folgenden ausser Betracht bleiben, sollen zumindest kurze Hinweise zu einigen Besonderheiten²⁰² der konkreten Ausgestaltung der Verantwortlichkeitsklage gemacht werden.

3. Zu ausgewählten Besonderheiten

a. Beweislastumkehr

Wenn der klagende Aktionär die *Beweislast nicht* zu tragen hat, dient dies offensichtlich seinem Schutz. Bei der Verantwortlichkeitsklage gelangt der Aktionär nach der hier vertretenen, zweifelsohne nicht unbestrittenen Ansicht in *zwei Bereichen* in den Genuss einer Beweislastumkehr, nämlich beim *Verschulden*²⁰³ sowie – dies zumindest bei den Publikumsgesellschaften – beim *adäquaten Kausalzusammenhang*²⁰⁴.

b. Kostenverteilung

Mit *Art. 756 Abs. 2 OR* wird zwar nicht bei der "klagefeindlichen" Streitwertberechnung angesetzt, sehr wohl

aber im Bereich der *Kostenverteilung*, und dies nimmt dieser Prozesshürde zumindest für die Verantwortlichkeitsklage des mittelbar geschädigten Aktionärs immerhin eine gewisse "Schärfe"²⁰⁵. Diese Regelung wurde denn auch in erster Linie unter dem Aspekt eines verbesserten Schutzes der Aktionäre eingeführt.

c. AG als Leistungsdestinatärin

Dass der mittelbar geschädigte Aktionär neben der AG überhaupt klagen kann, erfüllt einen "minderheitenfreundlichen" Auffangtatbestand. In Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR sowie in Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR ist dann aber vorgesehen, dass die Klage "*auf Leistung an die Gesellschaft*" gerichtet sein muss. Diese Klagedestination ist rechts-historisch begründbar²⁰⁶.

Nichtsdestotrotz verlieren solche Aktionärsklagen gerade als Folge dieser Klagedestination erheblich an Reiz. Mit der AG als Leistungsdestinatärin ist – im Rahmen eines gesetzlichen "checks and balances" – geradezu eine *institutionalisierte Relativierung* des Minderheitenschutzes verbunden²⁰⁷.

194 KUNZ (FN 11), 99; Hervorhebung im Original.

195 Vgl. dazu vorne A.3.

196 Vgl. dazu hinten F.3.d.

197 Der *GV-Teilnehmer als solcher* kann nämlich mittels Verantwortlichkeitsklage überhaupt *nicht* belangt werden: KURT MEYER, Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946, 57; KUNZ (FN 11), 173 FN 22 m.w.H.

198 Hierzu im Detail: KUNZ (FN 13), 37 ff.

199 Nicht jeder Aktionärsanspruch ist gerichtlich durchsetzbar; z.T. fallen also die *Anspruchsordnung* sowie die *Klageordnung* auseinander.

200 Gerade bei der Verantwortlichkeitsklage erfüllt die *Ausgestaltung als Aktionärsklage* einen eigentlichen *Auffangtatbestand* gegenüber der *Gesellschaftsklage*, was dem *Schutz der Minderheiten dient*; dass dann aber die AG zur Klagedestinationärin wird, stellt eine *institutionelle Relativierung* des Minderheitenschutzes dar; vgl. dazu hinten F.3.c.

201 Die Verantwortlichkeitsklage ist als *Einzelklage* ausgestaltet, was die "minderheitenfreundlichste" Form ist.

202 Vgl. dazu hinten F.3.

203 Vgl. dazu vorne C.3.c.

204 Vgl. dazu vorne C.4.c. a.E.

205 Vgl. dazu vorne E.2.a.

206 KUNZ (FN 11), 77 ff.

207 Selbstverständlich kann diese Ordnung auch anders erklärt bzw. begründet werden; so etwa bei FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 37 m.w.H.: "Diese Ordnung wird *praktisch* damit motiviert, sie verhindere schikanöse und erpresserische Klagen und eine ungerechtfertigte Bereicherung klagender Aktionäre; sie stelle eine gleichmässige Befriedigung aller Geschädigten sicher und verhindere, dass die Verantwortlichen zweimal Ersatz leisten müssten. *Rechtlich* wird sie damit begründet, die zu erbringende Ersatzleistung sei unteilbar, und es müsse der primär geschädigten Gesellschaft auch der Schadenersatz primär zufallen"; Hervorhebungen im Original.

d. Stimmrechtsausschluss

Ein vorerst letztes Element des Minderheitenschutzes sieht die konkrete Regelung zur Verantwortlichkeitsklage in Art. 695 Abs. 1 OR vor, die auch die sog. *Mehrheitsmacht* betrifft²⁰⁸, nämlich einen *Stimmrechtsausschluss*²⁰⁹ beim Décharge-Beschluss der GV für alle "Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben".

Dies wird gerade auch vom Bundesgericht anerkannt, das infolgedessen den Stimmrechtsausschluss *relativ breit* – insbesondere auch die *Erben* bzw. die *Erbengemeinschaft* umfassend – versteht: "[C]ette exclusion tend, d'une certaine façon, à la protection des minorités"²¹⁰.

4. Fazit

Die Verantwortlichkeitsklage in der Ausgestaltung als *Aktionärsklage* stellt nicht bloss auf praktischer, sondern gerade auch auf theoretischer Ebene eine *absolut zentrale* Klage im Rahmen des Minderheitenschutzes dar; drei Aspekte sind hierbei zu erwähnen:

(i) Die Grundlage der Verantwortlichkeitsklage ist *zwingendes Recht*²¹¹, das sich als solches als ein Instrumentarium des Minderheitenschutzes erweist. (ii) Mit der Verantwortlichkeitsklage erfolgt des weiteren im Bereich der vermögensmässigen Schädigung ein *Vollzug* des Minderheitenschutzes. (iii) Schliesslich dient die Verantwortlichkeitsklage, wie aufgezeigt²¹², aber auch noch als *Betrachtungsobjekt* des Minderheitenschutzes.

208 Vgl. dazu vorne F.1.

209 *Gesetzliche Stimmrechtsausschlüsse* sind wichtige *Elemente des Minderheitenschutzes*; hierzu etwa: PATRICK SCHLEIFER, *Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht*, Diss. Zürich 1992, 77 f.; KUNZ (FN 15), 419.

210 BGE 118 II 498 Erw. 5. a.

211 FORSTMOSER (FN 14), § 1 N 593 m.w.H.

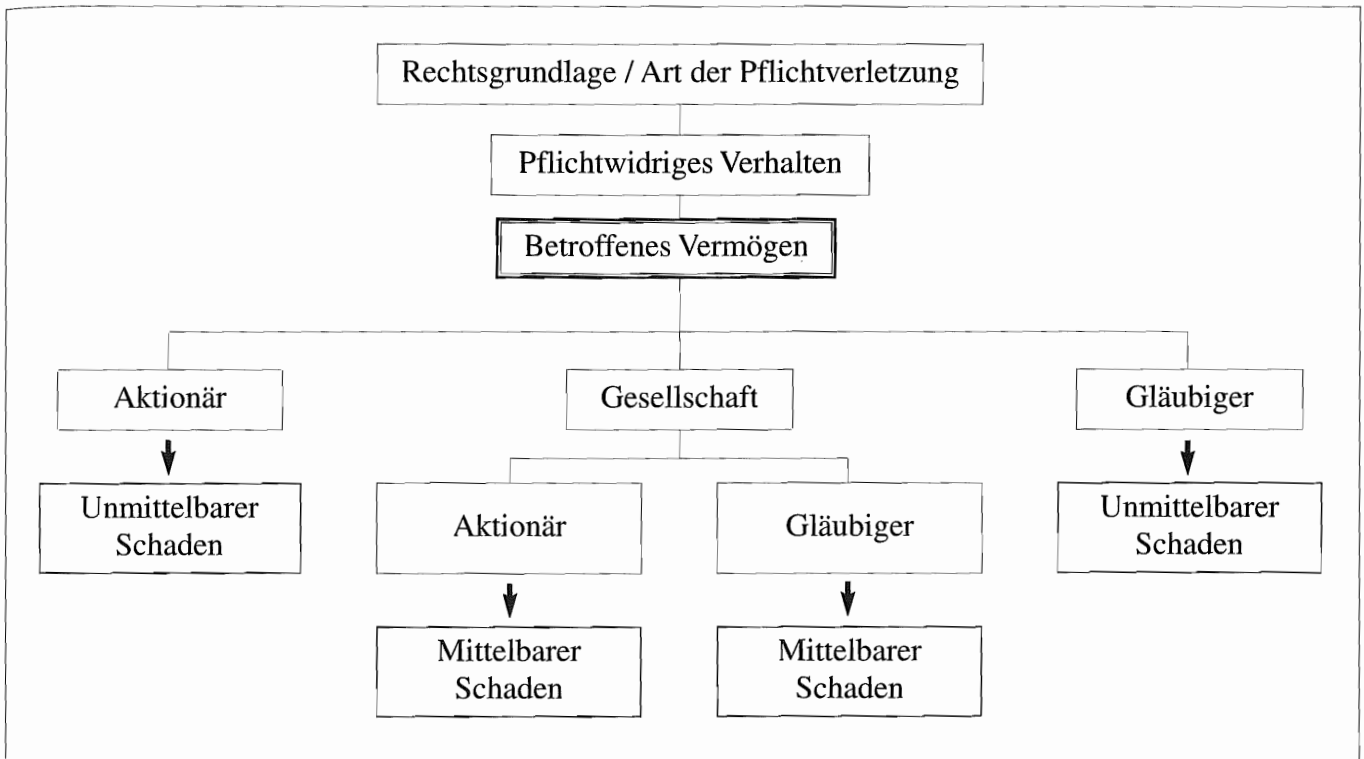
212 Vgl. dazu vorne F.2./3.

L'auteur se penche sur les récents développements de la jurisprudence concernant la responsabilité dérivant du droit de la société anonyme, en particulier sous l'angle du dommage: un changement de la pratique est à constater, qui donnera encore matière à discuter. L'auteur jette également un regard critique sur la nature juridique et des exceptions, toutes deux toujours controversées lors d'actions en responsabilité; les questions n'ont pas encore trouvé de réponses, notamment du point de vue de la loi révisée sur les SA. Ensuite, l'auteur aborde quelques sujets choisis issus de l'action en responsabilité, notamment lors d'une déficience d'information (contrôle spécial etc.) et la responsabilité en matière de frais. Finalement, dans une partie théorique, l'auteur essaie de classer l'action en responsabilité dans un concept de protection de la minorité. L'auteur traite notamment les questions du renversement du fardeau de la preuve, de la possible société prestataire et de l'exclusion du droit de vote.

(Flurin von Planta)

Anhang I.

Frühere Praxis / heutige Lehre



Anhang II.

BGE 122 II 176

