



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

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

Herausgeber:
Rolf Sethe, Peter R. Isler

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X

Verantwortlichkeitsprozesse
Tagungsband 2020



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

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

Herausgeber:

Rolf Sethe, Peter R. Isler

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X

Verantwortlichkeitsprozesse

Tagungsband 2020

EIZ  Publishing



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

© 2020 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

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

Verlag: EIZ Publishing

Produktion, Satz und Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

Cover: buch & netz

ISBN:

978-3-03805-353-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-377-4 (PDF)

978-3-03805-378-1 (ePub)

978-3-03805-379-8 (mobi/Kindle)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-353>

Version: 1.02-20210126

Dieses Werk ist als buch & netz Online-Buch und als eBook in verschiedenen Formaten, sowie als gedrucktes Buch verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://buchundnetz.com/werke/verantwortlichkeit-im-unternehmensrecht-x/>.

Vorwort

Die vom Europa Institut Zürich regelmässig durchgeführte „Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht“ fand am 11. Februar 2020 zum zehnten Mal statt. Die Veranstalter haben bei der Themenwahl versucht, die sich aus der jüngeren Rechtsprechung ergebenden Grundsatzfragen des Verantwortlichkeitsrechts aufzugreifen. Ebenfalls behandelt wurden diejenigen gesetzlichen Änderungen, die sich für das Verantwortlichkeitsrecht aus den Reformen des Verjährungsrechts, der Aktienrechtsrevision und des Finanzmarktrechts ergeben haben.

Die in diesem Tagungsband zusammengefassten Beiträge zeigen die grosse Bandbreite des Verantwortlichkeitsrechts. Die gegenüber den Referaten noch vertieften und aktualisierten Aufsätze wollen mithelfen, offene Rechtsfragen zu beantworten und in einen systematischen Kontext zu stellen. Zugleich sollen sie eine Handreichung für Praktiker sein, die vor der konkreten Aufgabe stehen, in einem Fall die zivilrechtlichen Folgen des Verantwortlichkeitsrechts beurteilen zu müssen. In Bezug auf die Aktienrechtsrevision wurde an der Tagung der damalige Diskussionsstand der parlamentarischen Beratungen vorgestellt; die schriftliche Fassung des Referats behandelt die am 19. Juni 2020 verabschiedete endgültige Fassung der Aktienrechtsrevision (BBl 2020, 5573). Aufmerksame Leser dieser Schriftenreihe werden feststellen, dass der letzte, 2016 erschienene Tagungsband zum Verantwortlichkeitsrecht die Nummer VIII trägt. Die Referate der IX. Tagung sind in der ZSR 2/2018 abgedruckt.

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

Zürich, im Oktober 2020

Rolf Sethe/Peter R. Isler

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| <u>Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen</u> | 9 |
| <i>Dr. PETER R. ISLER, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i> | |
| <i>Dr. ERNST F. SCHMID, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i> | |
| <u>Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen</u> | 41 |
| <i>Dr. MARTIN WALDBURGER, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Lehmann & Waldburger, Zürich</i> | |
| <u>Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, insbesondere bei Konkursverschleppung</u> | 123 |
| <i>Dr. STEPHAN MAZAN, Oberrichter am Handelsgericht Zürich</i> | |
| <u>Die Kausalität, ein neues Hindernis im Verantwortlichkeitsprozess? – Zur neueren Praxis des Bundesgerichts</u> | 139 |
| <i>Dr. PETER REICHART, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Wartmann Merker, Zürich</i> | |
| <u>Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen</u> | 165 |
| <i>Prof. em. Dr. PETER FORSTMOSER, Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i> | |
| <i>Lic. iur. MARCEL KÜCHLER, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i> | |
| <u>Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht</u> | 199 |
| <i>Prof. Dr. ROLF SETHE, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i> | |
| <i>Dr. LUKAS FAHRLÄNDER, Rechtsanwalt, Habilitand an der Universität Zürich</i> | |

Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen

Peter R. Isler/Ernst F. Schmid*

Inhalt

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung | 10 |
| II. | Zur Konzernstruktur der Swissair-Gruppe | 10 |
| III. | Die sechs Verantwortlichkeitsprozesse | 12 |
| 1. | Der Fall Roscor | 12 |
| 2. | Der Fall Sabena | 14 |
| 3. | Der Fall Flightlease | 15 |
| 4. | Der Fall Gläubigerschädigung | 18 |
| 5. | Der Fall Air Littoral | 20 |
| 6. | Der Fall Swissair Cash-Pool | 22 |
| IV. | Einige wesentliche Erkenntnisse für Verantwortlichkeitsprozesse | 24 |
| 1. | Die Bedeutung des Strafurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 4. Juni 2007 | 25 |
| 2. | Zur Passivlegitimation der Organpersonen in Konzernverhältnissen | 26 |
| 3. | Die Business Judgment Rule in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit | 28 |
| 4. | Gesellschaftsinteresse und Konzerninteresse | 32 |
| 5. | Das Cash-Pooling im Konzern | 34 |
| 6. | Die Schwierigkeiten des Schadennachweises | 35 |
| 7. | Der Kausalzusammenhang als weitere Hürde | 37 |
| V. | Schlussbemerkungen | 38 |
| | Literaturverzeichnis | 39 |

* Die Autoren haben einen Verwaltungsrat der SAirGroup AG beraten und in einzelnen Verfahren vertreten. Sie danken Rechtsanwältin lic. iur. MIRJAM VÖGELI LL.M. herzlich für ihre Mitwirkung an diesem Beitrag.

I. Einleitung

Mit dem Bundesgerichtsurteil vom 18. November 2019 wurde der sechste und letzte Verantwortlichkeitsprozess von in der Nachlassliquidation befindenden ehemaligen Gesellschaften der Swissair-Gruppe gegen ihre damaligen Organe abgeschlossen und bis im Juni 2020 ist kein neuer Prozess rechtshängig geworden. Dies ist deshalb ein geeigneter Zeitpunkt, um die Geschichte von 15 Jahren Swissair-Verantwortlichkeitsprozesse Revue passieren zu lassen. Nach einem Überblick mit kurzer Zusammenfassung der einzelnen Prozessverfahren sind dann einige wesentliche Erkenntnisse näher zu beleuchten, insbesondere für die Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen.¹

Ursache dieser Prozesse war das *Grounding der Swissair* am 2. Oktober 2001, als wegen Mangel an finanziellen Mitteln der Flugbetrieb eingestellt werden musste und zentrale Gesellschaften des Konzerns um Nachlassstundung ersuchen und schliesslich in einem konkursrechtlichen Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) liquidiert werden mussten. Auf die Vorgeschichte, die Vermeidbarkeit und die Schuldzuweisungen für den Eintritt des Grounding ist hier nicht einzugehen.² Es ist nur festzustellen, dass der vermögens- und reputationsmässige Schaden enorm war und bis heute die Medien beschäftigt.³ Und für die Beschäftigung von Anwälten und Gerichte sah schon damals der Tages Anzeiger klar in die Zukunft: „Jahrelange Streitereien sind zu erwarten“.⁴

II. Zur Konzernstruktur der Swissair-Gruppe

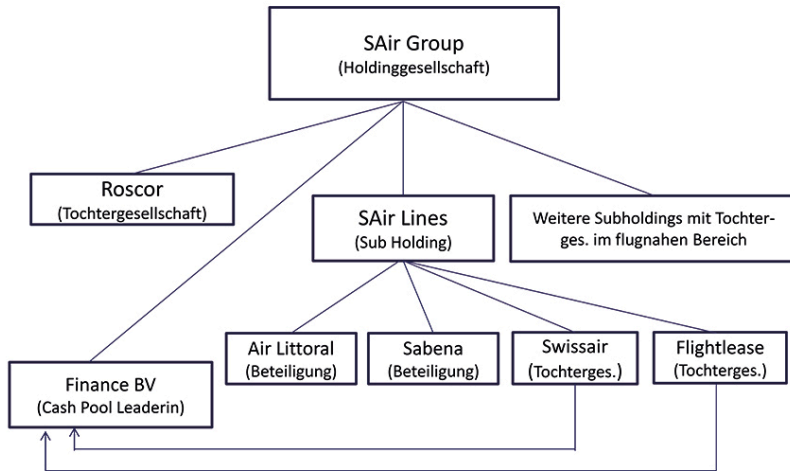
Zum besseren Verständnis der nachfolgend skizzierten Prozess-Sachverhalte ist die Konzernstruktur der Swissair Gruppe in Erinnerung zu rufen, welche in der für die Verantwortlichkeitsansprüche relevanten Zeitperiode bestand:

¹ In der Literatur ist die Verantwortlichkeit von Organpersonen im Konzern von zahlreichen Autoren behandelt worden; vgl. z.B. VON BÜREN, 174 ff.; FORSTMOSER, Haftung, 103 ff.; BÖCKLI, § 11 N 480 ff. In der Gerichtspraxis finden sich dagegen nur wenige Urteile, vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 (vgl. dazu auch hinten, Fn. 37); Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2013 vom 11. November 2013 (mit ausführlicher Begründung der Klageabweisung im Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 7. März 2013, HG 100052-O i.S. A. Trading in Liquidation; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. UBS/Systor, BGE 117 II 570 E. 4, 128 III 92 ff., 130 III 213 ff.

² Vgl. etwa LÜCHINGER, 10 ff., SEIBT, 69 ff.; WEISSBERG, 14 ff.

³ Statt vieler DITTLI, Parallelen.

⁴ Tages-Anzeiger vom 3. Oktober 2001, 31.



Vor dieser Zeitperiode, nämlich Mitte der 90er Jahre, strukturierte sich die damalige Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft um, indem aus der börsenkotierten Obergesellschaft mit dem Flugbetrieb als Stammhaus und diversen Beteiligungsgesellschaften im flughnahen Bereich eine reine Holdinggesellschaft mit dem Namen SAirGroup wurde. Diese hatte diverse Sub-Holdinggesellschaften sowie einzelne direkt gehaltene Beteiligungen. Für die hier behandelten Verantwortlichkeitsprozesse ist nur die Sub-Holding SAir-Lines relevant, welche die für das schweizerische Fluggeschäft zentralen 100%igen Tochtergesellschaften Swissair und Flightlease (welche der Swissair eine Anzahl Flugzeuge auf Leasingbasis zur Verfügung stellte) sowie überdies Minderheitsbeteiligungen an weiteren ausländischen Fluggesellschaften wie Sabena, Air Littoral, AOM, Air Liberté, Volare, Air Europe, SAA, LOT und TAP/Portugalia hielt.

Die weiteren Subholdings der SAirGroup mit ihren Tochtergesellschaften im flughnahen Bereich (z.B. Catering, technischer Unterhalt, Duty-free-Geschäft, Gepäckabfertigung, Immobilien) spielen hier keine Rolle. Sie waren zum grossen Teil überlebensfähig und konnten von den Sachwaltern an Investoren verkauft werden. In den Konkurs- und Nachlassverfahren von Tochtergesellschaften im flughnahen Bereich wurden vereinzelt Verantwortlichkeitsprozesse geführt und erledigt, auf welche hier nicht eingegangen wird.⁵

⁵ Soweit bekannt von Swisscargo AG in Nachlassliquidation (BGE 140 III 533 ff.), von Atrib Switzerland AG in Liquidation sowie von Atrib Management Services AG in Liquidation.

III. Die sechs Verantwortlichkeitsprozesse

I. Der Fall Roscor

Als erster Verantwortlichkeitsprozess wurde im September 2005 von der SAir-Group in Nachlassliquidation gegen zwölf Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder Klage über rund CHF 280 Mio. vor Bezirksgericht Zürich erhoben. Als Sachverhalt wurde geltend gemacht, dass im Dezember 2000 die SAirLines überschuldet gewesen sei und im Hinblick auf den Jahresabschluss rekaptalisiert werden musste. Zu diesem Zweck habe die SAirGroup ihre wertvolle Tochtergesellschaft Roscor AG, über welche die Swissair am elektronischen Reservationssystem Galileo beteiligt war, entschädigungslos in die SAirLines integriert. Damit sei allerdings die Überschuldung der SAirLines in keiner Weise beseitigt worden. Die beklagten Organpersonen hätten ohne klaren Durchblick über die finanziellen Verhältnisse von SAirGroup und SAirLines und ohne Sanierungskonzept die Roscor-Transaktion zum Schaden der SAirGroup in pflichtwidriger Weise durchgeführt.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 8. Januar 2009 vollumfänglich ab.⁶ Auf Berufung der Klägerin hin wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage ebenfalls vollumfänglich ab⁷ und folgte dabei den bereits vom Bezirksgericht angestellten Überlegungen. Danach war massgebender Ausgangspunkt, dass nach Überzeugung des Obergerichts die SAirGroup im Zeitpunkt der Roscor Transaktion am 18. Dezember 2000 sicher nicht überschuldet war, weil in ihren Beteiligungen grosse stille Reserven von mehr als CHF 2 Milliarden enthalten waren. Gestützt darauf wurde die Berufung mit drei separaten Begründungen abgewiesen:

- a) In der Hauptbegründung wurde festgehalten, dass auch die SAirLines unter Berücksichtigung ihrer eigenen stillen Reserven insbesondere aufgrund des ihr zustehenden Wertes der Marke „Swissair“ weder vor noch nach der Roscor-Transaktion überschuldet gewesen sei. Es lag in diesem Fall eine konzerninterne Vermögensverschiebung vor. Die SAirGroup erhielt in dieser Konstellation durch die Transaktion einen entsprechenden Gegenwert und insofern veränderte sich ihre Vermögenslage nicht.⁸

⁶ Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Januar 2009, CG050190, teilweise publiziert in ZR 2009 Nr. 33.

⁷ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023, nicht publiziert.

⁸ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023 E. III.2.2c S. 80.

- b) In der ersten Eventualbegründung nahm das Obergericht an, dass bei einer allfälligen Überschuldung der SAirLines vor der Roscor-Transaktion diese durch die Einbringung der Roscor behoben worden sei. Damit habe für die SAirGroup ein Gegenwert im Umfang des die Überschuldung übersteigenden Betrages resultiert und vor allem habe die Verbesserung der Eigenkapitalbasis der SAirLines deren Überleben kurzfristig gesichert, was durchaus Teil eines Sanierungskonzeptes habe sein können und somit einen geschäftsmässig vertretbaren Entscheid dargestellt habe.⁹
- c) Aber auch im schlechtesten Fall, dass eine Überschuldung der SAirLines durch die Roscor-Transaktion im relevanten Zeitpunkt nicht gänzlich behoben worden wäre, sondern nur erheblich verringert wurde und die SAirGroup nicht sogleich einen entsprechenden Gegenwert erhalten hätte, lag nach Auffassung des Obergerichts keine pflichtwidrige Handlung vor. Für den Konzern war die SAirLines das Herzstück, an dessen Weiterexistenz ein eminentes eigenes Interesse bestand. Durch die Verstärkung ihres Eigenkapitals konnte ein Konkurs abgewendet werden. Dies war ein wesentlicher mittelbarer Vorteil der Roscor-Transaktion für die SAirGroup, denn ein Konkurs der SAirLines hätte für den ganzen Konzern weitreichende Folgen gehabt. Auf diese Weise entstand ein gewisser Zeitgewinn für die Ergreifung weiterer finanzieller Massnahmen zur Verbesserung der finanziellen Situation der SAirLines. Es lag daher auch hier ein rechtmässiger vertretbarer Geschäftsentscheid vor.¹⁰

Die Klägerin zog das Urteil des Obergerichts mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weiter. Jenes Verfahren war bemerkenswert kurz, und bereits ein Jahr später wies das Bundesgericht mit Urteil vom 11. Juli 2012 die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.¹¹ Dieses Urteil ist nicht in materiell-rechtlicher Hinsicht besonders erwähnenswert – der bundesgerichtlichen Überprüfung hielt bereits die Hauptbegründung der Vorinstanz stand¹² –, sondern aus einem anderen Grund: Alle sechs Swissair Verantwortlichkeitsprozesse umfassten zwar sehr umfangreiche Rechtsschriften von stets mehr als 100 Seiten und tausende von Seiten an Beilagen. Aber in allen Verfahren wurde von jeder Instanz ohne ein Beweisverfahren entschieden. Das Roscor-Urteil des Bundesgerichts behandelt geradezu lehrbuchhaft die zahlreichen Rügen der Beschwerdeführerin bezüglich der Verletzung ihres Anspruches auf

⁹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023 E. III. 2.2d S. 111 f.

¹⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023 E. III. 2.2d S. 112 ff.

¹¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 11.

rechtliches Gehör (Urteil E. 4), bezüglich offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz (Urteil E. 5), gestützt auf eine Verletzung von Art. 8 ZGB (Urteil E. 6) sowie hinsichtlich einer Verletzung von Bundesrecht (Urteil E. 7-10). Alle Rügen wurden mit detaillierter Begründung abgewiesen.

2. Der Fall Sabena

Als nach dem EWR-Nein des Schweizervolkes im Jahr 1992 feststand, dass die Swissair nicht gleichberechtigt am stark liberalisierten europäischen Fluggeschäft teilnehmen konnte, erwarb sie im Jahr 1995 eine Minderheitsbeteiligung von 49.5% an der belgischen Fluggesellschaft Sabena. Die Kapitalmehrheit wurde weiterhin von belgischen Aktionären, insbesondere staatlichen Beteiligungsgesellschaften gehalten. Im Rahmen der Umstrukturierung der Swissair übertrug die SAirGroup die Sabena-Beteiligung an die SAirLines.

Im Jahre 2000 verhandelte die SAirGroup mit den belgischen Aktionären über eine Rekapitalisierung der Sabena, welche in finanziellen Schwierigkeiten war. Im Januar 2001 unterzeichnete die SAirGroup eine Rekapitalisierungsvereinbarung, in welcher sie sich gegenüber den belgischen Aktionären verpflichtete, an die Sabena eine Zahlung von EUR 150 Mio. zu leisten gegen Zeichnung von Partizipationsscheinen durch die SAirLines. Im Februar 2001 leistete die SAirGroup die Zahlung und SAirLines erhielt die Sabena-Partizipations-scheine.

Im Februar 2006 klagte die SAirGroup in Nachlassliquidation gegen zehn ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesellschaft auf Zahlung in solidarischer Haftung von EUR 150 Mio., eventualiter CHF 231'267'000 vor Bezirksgericht Zürich. Als Begründung machte sie geltend, durch den Abschluss und Vollzug der Rekapitalisierungsvereinbarung sei das Vermögen der Klägerin mit einem neuen Passivum von EUR 150 Mio. belastet worden, für welches sie keinen Gegenwert erhalten habe. Dass die der SAirLines zugeteilten Partizipationsscheine werthaltig gewesen seien, werde bestritten, sei aber letztlich nicht relevant. Die beklagten Verwaltungsräte hätten ohne sorgfältige Prüfung diese verlustbringende Transaktion genehmigt, was eine Pflichtverletzung darstelle.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 23. Juni 2009 ab.¹³ Auf Berufung hin wies auch das Obergericht des Kantons Zürich die Klage ab.¹⁴

¹³ Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009, CG060040/U, nicht publiziert.

¹⁴ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch>>.

Die Begründung beider Gerichte für die Klageabweisung war übereinstimmend im Wesentlichen folgende:

- a) Die Klägerin habe den Schaden bei der SAirGroup nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Die SAirGroup habe sehr wohl einen Gegenwert für ihre Zahlung von EUR 150 Mio. an die Sabena erhalten, nämlich eine Darlehensforderung gegenüber der SAirLines gemäss einem am 23. Februar 2001 mit der SAirLines abgeschlossenen Darlehensvertrag über CHF 229,92 Mio. Die Klägerin habe nicht substantiiert dargelegt, dass diese Darlehensforderung nicht werthaltig gewesen sei und im Übrigen sei die Darlehensschuld durch Verrechnung am 30. März 2001 getilgt worden.¹⁵
- b) Aber auch eine *Pflichtverletzung* der Beklagten erachteten die beiden Gerichte als nicht gegeben. Der Entscheid zur Rekapitalisierung der Sabena müsse im Zusammenhang der damaligen Umstände gesehen werden. Es bestand ein grosser Zeitdruck wegen der Generalversammlung der Sabena, an welcher ohne Zustandekommen der Rekapitalisierung deren Liquidation hätte beschlossen werden müssen. Ein Konkurs der Sabena hätte für die SAirGroup und ihren Konzern nicht nur negative Geschäftsfolgen, sondern auch Schadenersatzforderungen und Reputationsverluste in erheblichem Ausmass ausgelöst und hätte vor allem auch die Chance verunmöglicht, im Rahmen der begonnenen Strategiediskussion einen geordneten Ausstieg aus der Sabena-Beteiligung zu ermöglichen. Im damaligen Zeitpunkt lag daher ein vertretbarer Geschäftsentscheid vor.¹⁶

Auf eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht verzichtete die Klägerin in der Folge.

3. Der Fall Flightlease

Im November 2005 wurde die dritte der hier dargestellten Verantwortlichkeitsklagen beim Bezirksgericht Bülach eingereicht. Klägerin war die Nachlassmasse der Flightlease AG, einer Tochtergesellschaft der Sub-Holding SAirLines. Ihr Geschäftszweck war die Finanzierung, der Erwerb und die Vermietung von Flugzeugen, Triebwerken und Flugzeugkomponenten haupt-

¹⁵ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. III. 3.2.1 und 3.2.2., Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009, CG060040/U E. IV.A.3.3.

¹⁶ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. IV S. 177 ff.; Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009, CG060040/U E. IV.B.2.5 und 3 S. 109 ff.

sächlich an die Swissair. Beklagte waren elf Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup sowie sechs Personen, welche formelle oder materielle Organstellung bei der Flightlease hatten und die zum Teil auch Mitglieder der Konzernleitung der Swissair Gruppe waren.

Mit der Klageforderung im Betrag von rund CHF 50 Mio. wurde der Verlust in verschiedenen Währungen geltend gemacht, welchen die Klägerin durch ihre Teilnahme am konzernweiten Cash-Pooling erlitten hatte, als Ende September 2001 der Cash-Pool aufgrund der schwierigen finanziellen Situation der Swissair Gruppe (welche sich durch die Terroranschläge vom 11. September 2001 wesentlich verschärft hatte) von der UBS unerwartet beendet wurde. Die Cash-Pool-Führerin Finance BV konnte die Guthaben der Flightlease – wie auch jene anderer Konzerngesellschaften – nicht zurückzahlen und fiel in Konkurs.

Für diesen Schaden machte die Klägerin die 17 eingeklagten Organpersonen verantwortlich. Sie warf ihnen vor, es sei pflichtwidrig gewesen, eine Tochtergesellschaft zu zwingen, durch die Zentralisierung der konzernweiten Liquidität ihre eigenen liquiden Mittel vollständig an die Poolführerin abzugeben. Die Flightlease habe ein enormes liquiditätsmässiges Klumpenrisiko eingehen müssen, ohne eine Bonitätsprüfung oder Besicherung verlangen zu dürfen, und als das finanzielle Ende des Konzerns absehbar war, sei ihr verwehrt worden, noch rechtzeitig aus dem Cash-Pooling auszusteigen.

Das Bezirksgericht Bülach wies die Klage mit Urteil vom 23. Juni 2011 ab.¹⁷ Auf Berufung hin wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 8. September 2014 die Klage ebenfalls ab.¹⁸ Mit Beschwerde in Zivilsachen zog die Klägerin den Prozess ans Bundesgericht weiter, welches mit Urteil vom 11. November 2015 die Beschwerde abwies¹⁹, soweit darauf einzutreten war.

Aus der gerichtlichen Begründung für die Klageabweisung ist folgendes hervorzuheben:

- a) Erstmals in den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen war eine zentrale Frage, ob die Verwaltungsräte der SAirGroup überhaupt passivlegitimiert waren, weil sie keine Organstellung bei der Flightlease hatten. Während das Bezirksgericht Bülach für diese Beklagten die Passivlegitimation

¹⁷ Vgl. Urteil des Bezirksgericht Bülach vom 23. Juni 2011, CG050072-C/U.

¹⁸ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, vom 8. September 2014, LB110046-O/U, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch>>.

¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015. Der Entscheid wurde besprochen von NOBEL, § 4 N 365 ff.

bejahte²⁰, erachtete das Obergericht die Betrachtungsweise der Vorinstanz „prima vista nicht restlos überzeugend“²¹, liess die Frage aber letztlich offen, genauso wie das Bundesgericht.²²

- b) Die Pflichtverletzung der Beklagten hatte die Klägerin vorwiegend damit begründet, mit der Teilnahme am Cash-Pool bzw. deren Nichtbeendigung seien die Beklagten ein enormes liquiditätsmässiges Klumpenrisiko zum Schaden der Flightlease eingegangen. Obergericht und Bundesgericht folgten aber dem Standpunkt der Beklagten, für diese behauptete Pflichtverletzung fehle es an der Haftungsvoraussetzung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen der vorgeworfenen Pflichtverletzung und dem eingeklagten Schaden. Da im Aufsatz von PETER REICHART in diesem Tagungsband ausführlich auf diesen Aspekt eingegangen wird, ist auf jene Ausführungen zu verweisen.²³
- c) Als zweite Pflichtverletzung warf die Klägerin den Beklagten vor, mit der Teilnahme am Cash-Pool bzw. mit deren Nichtbeendigung hätten sie die Flightlease einer übermässigen Gefahr eines Wertverlustes durch Ausfall der Darlehensforderung gegenüber der Poolleaderin Finance BV ausgesetzt. Interessanterweise stand hier die Frage, welche sich das Bundesgericht in einem ein Jahr zuvor gefällten Urteil stellte, nämlich ob die Teilnahme an einem Cash-Pool überhaupt einem nach Art. 680 Abs. 2 OR relevanten Drittmannstest standhielte²⁴, nicht im Mittelpunkt. Das Obergericht befasste sich vielmehr ausführlich mit der Bedeutung, dass die Flightlease eine zu 100% beherrschte Konzerntochtergesellschaft war und in ihrem Zweckartikel festgehalten wurde, dass sie bei der Verfolgung ihres Gesellschaftszweckes angemessen die Interessen der SAirGroup verfolgen solle. Das Gericht gelangte zum Schluss, dass bei der Beurteilung der Pflichten der Organe einer Konzerngesellschaft auch eine Gesamtbetrachtung der Interessen des gesamten Konzerns einbezogen werden könne.²⁵ Die Verneinung des Vorliegens der zweiten behaupteten Pflichtverletzung wurde insofern noch durch die unbestrittene Tatsache begünstigt, dass die Flightlease bis Anfang August 2001 aufgrund ihrer

²⁰ Vgl. Urteil des Bezirksgericht Bülach vom 23. Juni 2011, CG050072-C/U E. IV.5. S. 71 ff.

²¹ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2014, LB110046-O/U E. IV.2.3. S. 45.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 4.2.3.

²³ Vgl. den Aufsatz von PETER REICHART in dieser Publikation.

²⁴ Vgl. BGE 140 III 533 ff. E. 4.5. Die Frage wurde letztlich offengelassen.

²⁵ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2014, LB110046-O/U E. V.2.2.3 und 2.2.4 unter Hinweis auf FORSTMOSER, Haftung, 103 und ZR 1999 Nr. 52.

Teilnahme am Cash-Pool meistens Nettoschuldnerin der Finance BV war und dass auch nachher die Flightlease stets Darlehensschulden bei der SAirGroup hatte, welche höher waren als ihre Cash-Pool Guthaben.²⁶

Das Bundesgericht gelangte bei der Beurteilung der zweiten behaupteten Pflichtverletzung zum gleichen Ergebnis wie das Obergericht. Das Gericht ging auch noch auf die Frage ein, ob die Teilnahme am Cash-Pooling ein Geschäftsentscheid sei, bei dessen nachträglicher Beurteilung die Gerichte gemäss den Grundsätzen der Business Judgment Rule sich Zurückhaltung aufzuerlegen hätten. Da die Klägerin den Beklagten in diesem Zusammenhang lediglich Unterlassungen vorwerfen würde, sei diese Regel nicht auf Fälle zugeschnitten, in denen nicht ein Tätigwerden (Geschäftsentscheid), sondern nur ein pflichtwidriges Unterlassen zu beurteilen sei. Diesfalls sei eine freie Prüfung der Pflichtverletzung gegeben, wobei auch bei freier Prüfung keine Pflichtverletzung vorliege.²⁷

Die rechtliche Beurteilung der Teilnahme einer Konzerngesellschaft an einem Cash-Pool, bei welcher diese Gesellschaft zu Verlust kommt, ist nochmals im Fall Swissair Cash-Pool das zentrale Thema.²⁸

4. Der Fall Gläubigerschädigung

Dieser Prozess war von grosser Tragweite sowohl für die Klägerin SAirGroup wie auch für deren Organpersonen. Durch den Erwerb von Beteiligungen an ausländischen Fluggesellschaften als Folge der Hunter-Strategie war die Verschuldung des Swissair-Konzerns, v.a. der SAirGroup, stark angestiegen. Als im Frühjahr 2001 bekannt wurde, dass die finanziellen Verhältnisse in der Swissair-Gruppe kritisch waren, wurde es schwierig, die fälligen Bankkredite und Anlehensobligationen zu refinanzieren. Vielmehr musste die SAirGroup durch Verkäufe von nicht betriebsnotwendigen Aktiven die nötige Liquidität generieren. Als sich am 11. September 2001 die Terroranschläge auf das World Trade Center in New York ereigneten, wurde die finanzielle Situation über Nacht noch um einiges kritischer, nicht nur bei der Swissair, sondern praktisch bei allen Fluggesellschaften weltweit. Genau in dieser Zeit musste die SAirGroup eine Optionsanleihe von CHF 100 Mio., einen grossen Bankkredit und diverse namhafte Kreditoren zurückzahlen.

²⁶ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2014, LB110046-O/U E. V. 3.3.3.4 und 3.3.5.

²⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1 und 7.1.2.

²⁸ Vgl. unten, Ziff. III.6 und IV.5.

Die SAirGroup in Nachlassliquidation hatte mit Erfolg gestützt auf den Tatbestand der Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) von diversen Gläubigern, an welche die SAirGroup im August und September 2001 erhebliche Summen bei Fälligkeit bezahlte, die Rückzahlung dieser Beträge erreicht.²⁹ Sie glaubte daher, dass sie dieses Ziel auch über eine Verantwortlichkeitsklage gegen die damals amtierenden Verwaltungsräte erreichen könnte. Grundlage für diese Erwartungshaltung war das Urteil des Bundesgerichts im Fall Raichle, in welchem eine Darlehensrückzahlung der Firma an die Verwaltungsratspräsidentin und Hauptaktionärin unmittelbar vor der Eröffnung des Konkurses gemäss Art. 754 OR als pflichtwidrig und schadenersatzpflichtig erachtet wurde.³⁰ Entsprechend reichte die SAirGroup in Nachlassliquidation im Juni 2012 Verantwortlichkeitsklage gegen fünf ehemalige Organpersonen der Gesellschaft beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein.³¹ Die Klageforderung betrug rund CHF 135 Mio.

Das Handelsgericht wies die Klage mit folgenden zwei Begründungen ab:

- a) Zunächst befasste es sich eingehend mit der Frage, ob überhaupt ein Schaden im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts vorliege. Die Beklagten hatten in diesem Prozess mit allem Nachdruck betont, dass zwischen der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein wesentlicher Unterschied bestehe. In der Verantwortlichkeit gehe es um den von der Gesellschaft erlittenen Schaden, bei der Pauliana dagegen um eine allfällige Bevorzugung oder Benachteiligung von Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrates, also der Aktiven der Gesellschaft. Wenn die Gesellschaft aber auch in einer Krisensituation fällige Schulden bezahle, führe das nicht zu einem Gesellschaftsschaden, denn bilanzmässig entsteht keine Verminderung des Netto-Vermögens der Gesellschaft.³² Das Handelsgericht folgte nach eingehender Prüfung der von den Parteien vorgebrachten Argumenten der Auffassung der Beklagten.³³

²⁹ Vgl. BGE 134 III 452 ff. i.S. SAirGroup gegen Zürcher Kantonalbank; Urteil des Bundesgerichts 5A_358/2008 vom 3. August 2010 i.S. Nordea Bank Danmark A/S; Urteil des Bundesgerichts 5A_386/2008 vom 6. April 2009 i.S. SAirGroup gegen Z.; Urteil des Bundesgerichts 5A_116/2009 vom 28. September 2009 i.S. SAirGroup gegen Bank X.

³⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000, insb. E. 4b/c.

³¹ Aufgrund der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung war erstmals das Handelsgericht ausschliesslich für Verantwortlichkeitsklagen sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. Art. 40 lit. b ZH GOG).

³² Diese Auffassung wurde insb. gestützt von FORSTMOSER, Anfechtung, 445 ff.

³³ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. Juli 2015, HG120137-O E. 5.3.-5.7.

- b) Dennoch prüfte das Handelsgericht für den Fall, dass von der Verursachung eines Schadens auszugehen wäre, auch noch ob das den Beklagten zur Last gelegte Verhalten eine Pflichtverletzung darstellen würde. Auch hier gelangte das Handelsgericht nach eingehender Beurteilung der Parteistandpunkte zum Ergebnis, dass die beanstandeten Zahlungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes und des Gesellschaftsinteresses erfolgten, dass mangels einer allgemeinen aktienrechtlichen Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung die blosser Ungleichbehandlung von Gläubigern keine Verantwortlichkeit begründe und dass unter den gegebenen Umständen keine Pflicht zur vollständigen Einstellung von Zahlungen bestanden habe.³⁴

Unter Verzicht auf Einholung einer Stellungnahme der Beklagten wies das Bundesgericht die von der Klägerin erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.³⁵ Ohne von einer Praxisänderung zum Raichle-Entscheid zu sprechen, erklärte es diesen mit der damaligen restriktiven Praxis zur Aktivlegitimation der direkt in ihrem Vermögen geschädigten Gläubigern zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage. Seither seien die Gläubiger bei unmittelbarer Schädigung ohne gleichzeitige Schädigung der Gesellschaft nicht mehr Einschränkungen unterworfen.³⁶ Deswegen rechtfertige es sich nicht mehr, einer Konkursmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen. Demzufolge sei die Beschwerdeführerin als Nachlassmasse nicht aktivlegitimiert, den von ihr eingeklagten Schaden, bestehend aus einer blossen Verminderung des Verwertungssubstrates, mit Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen, und damit ent falle auch eine Prüfung einer Pflichtverletzung.³⁷

5. Der Fall Air Littoral

Als fünften Prozess klagte die SAirGroup in Nachlassliquidation im Juli 2012 gegen 16 Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder der Gesellschaft sowie die Kantone Basel-Stadt, Genf, Zürich und die Schweizerische Eidgenossenschaft (welche gestützt auf Art. 762 Abs. 4 OR als entsendende Körper-

³⁴ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. Juli 2015, HG120137-O E. 6.1.–6.6.

³⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015, auszugsweise publiziert in BGE 142 III 23 ff. Der Entscheid wurde ausführlich besprochen von BAUM/VON DER CRONE, 232 ff.; vgl. auch die Entscheidbesprechung von NOBEL, § 4 N 325 ff.

³⁶ Hinweis auf BGE 131 III 306 E. 3.1.1/3.1.2, 132 III 564 E. 3.1. sowie 141 III 112 E. 5.2.1.

³⁷ BGE 142 III 23 E. 4.2./4.3. Im Übrigen hat das Bundesgericht im Entscheid 4A_623/2017 vom 24. August 2018 zum Ausdruck gebracht, dass es an dieser Rechtsprechung festhalten will.

schaften anstelle ihrer Vertreter im Verwaltungsrat ins Recht gefasst wurden) beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Schadenersatz von rund CHF 124 Mio. Die Klage basierte auf folgendem Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der sog. Hunter-Strategie versuchte sich die Swissair in den 90er Jahren als vierte europäische Fluggesellschaftsgruppe – neben Lufthansa, British Airways und Air France – zu etablieren. Zu diesem Zweck erwarb sie an verschiedenen kleineren europäischen Flugunternehmen substantielle Minderheitsbeteiligungen mit dem Ziel, eine Mehrheit zu erwerben, sobald es die anwendbaren Rechtsvorschriften zulassen würden. Nach der Sabena³⁸ war das nächste Akquisitionsobjekt die französische Regionalfluggesellschaft Air Littoral. An seiner Sitzung vom 11. September 1998 genehmigte der Verwaltungsrat der SAirGroup den Kauf von 49.9% vom Kapital von Air Littoral sowie Darlehen zur Sanierung und für weitere Investitionen dieser Gesellschaft. Die Klägerin warf den Beklagten im Wesentlichen vor, der Verwaltungsrat habe die Akquisition ohne genügende Prüfung, ohne schriftliche Unterlagen und ohne kritische Fragen betreffend Werthaltigkeit, Risiken und Strategiekonformität genehmigt und so pflichtwidrig den eingeklagten Schaden verursacht.

Das Handelsgericht wie die Klage mit Urteil vom 26. Januar 2015 ab³⁹, im Wesentlichen mit folgender Begründung:

- a) Wie bereits im Entscheid des Obergerichts im Fall Sabena⁴⁰ betonte das Handelsgericht, ein Schaden im Rechtssinne könne nur bewirkt werden, wenn das Vermögen der SAirGroup ohne entsprechende Gegenleistung vermindert worden wäre. Dies sei bezüglich des Kaufes der Air Littoral-Aktien nicht der Fall. Die Klägerin anerkenne selbst, dass die erworbenen Aktienpakete (wie im Kaufvertrag vorgesehen) in das Vermögen der SAir-Lines übertragen worden seien und die SAirGroup im Gegenzug Darlehensforderungen von insgesamt rund CHF 70 Mio. gegenüber der SAir-Lines eingeräumt erhielt. Diese Darlehensforderungen seien im Zeitpunkt der Gewährung werthaltig gewesen und in der Folge durch zahlreiche Darlehensablösungen und Verrechnungen – wie von den Beklagten im Detail dargelegt – getilgt worden, was von der Klägerin nicht substantiiert bestritten wurde. Diesbezüglich fehle es bereits an der Voraussetzung eines Schadens.⁴¹

³⁸ Vgl. oben, Ziff. III.2.

³⁹ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149-O, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch>>.

⁴⁰ Vgl. oben Ziff. A.III.2 lit.a.

⁴¹ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149-O E. 5.5.1–5.5.5.

- b) Da bezüglich der von der SAirGroup an Air Littoral überdies geleisteten und nicht zurückbezahlten Sanierungsdarlehen ein relevanter Schaden bestehen könnte, fokussierte sich das Handelsgericht in diesem Teil auf das Thema Pflichtverletzung. Diesbezüglich ist das Urteil ein sehr instruktives Beispiel einer gerichtlichen Beurteilung einer schlecht ausgegangenen Unternehmensakquisition. Unter Anwendung der Business Judgment Rule, des Grundsatzes der richterlichen Zurückhaltung bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden und des Verbotes einer ex-post-Betrachtung wurden der Akquisitionsprozess und die Entscheidungsfindung durch den Verwaltungsrat eingehend analysiert. Obschon die Verwaltungsratssitzung vom 11. September 1998 nur wenige Tage nach dem Absturz der Swissair 111 bei Halifax ins Meer stattfand und die verantwortlichen geschäftsführenden Personen mit dringenden Aufgaben und Problemen konfrontiert waren, konnte das Gericht feststellen, dass ein geordnetes vorgängiges Due Diligence Verfahren stattfand und eine ausreichende Informationsbasis für den Verwaltungsrat bestand. Der Entscheid wurde ohne Interessenkonflikt gefällt und orientierte sich am Gesellschaftsinteresse. Insgesamt erwies sich der Entscheid unter den dannzumal bekannten Umständen zwar als risikobehaftet, aber doch inhaltlich nachvollziehbar und vertretbar und damit nicht pflichtwidrig.⁴²

Gegen dieses Urteil des Handelsgerichts wurde von der Klägerin kein Rechtsmittel ans Bundesgericht ergriffen. Vielmehr schlossen SAirGroup und SAirLines in Nachlassliquidation mit Zustimmung ihrer jeweiligen Gläubigeraus-schüsse im Jahre 2017 mit den 20 Beklagten des Air Littoral-Prozesses und zwei weiteren Personen einen Vergleich über sämtliche Ansprüche aus den weiteren Akquisitionen von Beteiligungen an ausländischen Fluggesellschaften in den Jahren 1998 bis 2000.⁴³

6. Der Fall Swissair Cash-Pool

Der letzte hier zu behandelnde Swissair-Verantwortlichkeitsprozess ist im November 2019 beendet und im Gegensatz zu den anderen Verfahren in den Medien etwas ausführlicher kommentiert worden.⁴⁴ Es handelte sich um die von der Konzerntochtergesellschaft Swissair in Nachlassliquidation im April 2013 bei Handelsgericht des Kantons Zürich eingereichte Klage, wobei die Kla-

⁴² Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149-O E. 78.2-7.3.5.

⁴³ Vgl. Zirkular Nr. 29 der SAirGroup in Nachlassliquidation vom Oktober 2017 S. 2/3 sowie Zirkular Nr. 24 der SAirLines in Nachlassliquidation vom Mai 2018 S. 4/5.

⁴⁴ SCHWARZ; DITTLI, Lehrstück.

geforderung gegen neun Beklagte rund CHF 179 Mio. und gegen fünf Beklagte rund CHF 282 Mio. betrug. Die Swissair war auch wie die Flightlease Teilnehmerin am konzernweiten Cash-Pooling und kam beim Zusammenbruch des Flugbetriebes der SAirGroup gegenüber der Poolleaderin Finance BV zu einem erheblichen Verlust. Zudem gewährte die Swissair der SAirGroup bis im Oktober 2001 laufend Festgeld-Darlehen aus ihrer überschüssigen Liquidität. Den Ausfall aus dem Cash-Pool und den Festgeld-Darlehen machte sie als Schadenersatz geltend.

Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 16. März 2018 ab⁴⁵, und auch das Bundesgericht wies die gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde in Zivilsachen mit Urteil vom 18. November 2019⁴⁶ ab. Da beide Gerichte zu den relevanten Fragen über die Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausführlich und weitestgehend übereinstimmend Stellung nahmen, können die beiden Urteile wie folgt zusammengefasst werden:

- a) Zum ersten Mal wurde die Frage behandelt, ob bei den Verwaltungsräten der SAirGroup, welche keine formelle oder materielle Organstellung bei der Swissair hatten, überhaupt die Passivlegitimation gegeben sei. Handelsgericht wie Bundesgericht haben für diese Beklagten die Passivlegitimation verneint.⁴⁷
- b) Breiten Raum in den gerichtlichen Beurteilungen nahm die Frage der Pflichtwidrigkeit ein, welche für die fünf Beklagten zu beurteilen war, bei denen die Passivlegitimation gegeben war. Im Ergebnis gelangten beide Gerichte zur Feststellung, dass keine Pflichtverletzung vorliege. Das Handelsgericht argumentierte, dass ab dem 1. Januar 2001 die Cash-Pool-Einlagen und Festgeld-Darlehen wegen der verschlechterten Bonität der Schuldner nicht mehr marktkonform waren und deshalb gegen die wichtigen Kapitalschutzbestimmungen von Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 678 Abs. 2 OR verstiesßen, deren Einhaltung zwingend geboten sei und deren Verletzung nicht mit besonderen Umständen und wichtigen Gründen gerechtfertigt werden könne.⁴⁸ Da die Klägerin aber ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen sei, klar anzugeben, welches die rechtmässigen

⁴⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch>>.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019. Vgl. dazu auch die ausführlichen Urteilsbesprechungen von HANSLIN/BRAND, JUTZI/MÜLLER und HÄUSERMANN/KNEUBÜHL. Vgl. auch die Kommentierung in den Entscheidübersichten in GesKR 2020, 162 ff. und SZW 2020 323 f. sowie SJZ 2020, 713 f.

⁴⁷ Auf diesen Aspekt wird hinten in Ziff. IV.2 ausführlich eingegangen.

⁴⁸ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 5.3.3.3.3 sowie die kritischen Ausführungen dazu von ISLER, Abwägung, 203 ff.

Handlungspflichten der Beklagten gewesen wären, sei ein pflichtwidriges Verhalten trotzdem nicht dargetan.⁴⁹

Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, dass auch ein nicht mehr marktkonformes Darlehen an die Muttergesellschaft bzw. die Teilnahme an einem Cash Pool nicht in jedem Fall eine Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organpersonen der Gläubigersellschaft darstelle. Vielmehr sei es im Interesse des Konzerns wie auch der Swissair gewesen, dass diese Darlehen gewährt wurden und dass es für die Fortführung des Flugbetriebes von eminenter Wichtigkeit gewesen sei, dass die SAirGroup und andere Konzerngesellschaften wie die Flightlease nicht in Konkurs fielen. Unter diesen besonderen Umständen seien die beanstandeten Darlehensgewährungen, auch wenn sie gegen Kapitalschutzvorschriften verstieszen, nicht pflichtwidrig im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR gewesen.⁵⁰

- c) Interessant ist auch, dass beide Gerichte im Rahmen der Kausalität dem rechtmässigen Alternativverhalten grosse Bedeutung beimassen. Da es für die Klägerin und die Beklagten unbestritten war, dass der Flugbetrieb der Swissair aufrecht erhalten bleiben musste, hätte dies auch bei einem Ausstieg aus dem Cash-Pool und einer Nichterneuerung der Darlehen an die SAirGroup dazu geführt, dass die Swissair diese liquiden Mittel in den Flugbetrieb hätte investieren müssen, bis diese aufgebraucht worden wären. Deshalb sei ein Schaden nicht hinreichend dargetan, weil es an der Haftungsvoraussetzung der adäquaten Kausalität fehle.⁵¹

Mit den Entscheiden im Fall Swissair Cash-Pool haben Handelsgericht und Bundesgericht wichtige Leitplanken zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen gesetzt.

IV. Einige wesentliche Erkenntnisse für Verantwortlichkeitsprozesse

Bevor auf einzelne wichtige Erkenntnisse für zivilrechtliche Verantwortlichkeitsprozesse – nicht nur, aber vor allem – in Konzernverhältnissen einzugehen ist, lohnt es sich, auch noch einen kurzen Blick auf das den sechs

⁴⁹ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 6.2. c/d. Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von JUTZI/MÜLLER, 1029 ff.

⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4 S. 238 ff.; ISLER, Abwägung, 206 ff. Vgl. auch hinten Ziff. IV.3., 4. und 5.

⁵¹ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. VII.4.3 und 4.4, Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2.

genannten Prozessen vorausgegangene Strafverfahren gegen zahlreiche Swissair-Verantwortliche zu werfen, welches mit einem Urteil des Bezirksgerichts Bülach im Wesentlichen zu Ende gegangen ist.

1. Die Bedeutung des Strafurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 4. Juni 2007

Im offenbar grössten Schweizer Wirtschafts-Strafprozess hatte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich in einem Rundumschlag 19 Angeklagte, darunter zehn Verwaltungsräte und drei Konzernleitungsmitglieder der Swissair-Gruppe, aber auch noch weitere Personen (Juristen, einen Revisor und einen CEO einer ausländischen Airline) angeklagt.

Die eingeklagten Straftatbestände umfassten ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Urkundendelikte (Art. 251-257 StGB), Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) und weitere Vermögensdelikte. Die zur Anklage gebrachten Sachverhalte betrafen insbesondere die Roscor-Transaktion, die Sabena-Zahlung und eine Konzern-Restrukturierung im Frühjahr 2001.

Nach Einreichung einer verbesserten Anklageschrift⁵² und einer Befragung der Angeschuldigten sowie der Plädoyer von Anklägern und Verteidigern im Zeitraum vom 16. Januar bis 9. März 2007 fand am 4. Juni 2007 in der Stadthalle Bülach unter grossem Interesse der Öffentlichkeit und der Medien die Urteilsverkündung statt. Zum grossen Erstaunen vieler Journalisten und der von diesen vorgängig befragten Experten sprach das Bezirksgericht Bülach in einem ausführlichen und abgewogenen Urteil alle 19 Angeklagten frei.⁵³ Kurz zusammengefasst basierte die Urteilsbegründung auf der Leitlinie, dass sich der Strafrichter bei der nachträglichen Überprüfung von Handlungen und Unterlassungen im Bereich Führung der Geschäfte grosse Zurückhaltung auferlegen sollte. Eine Strafverfolgung und Verurteilung lasse sich nur rechtfertigen, wenn Risiken gewagt würden, welche ein umsichtiger Geschäftsmann in derselben Situation *niemals* eingehen würde.⁵⁴

Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach wurde nur bezüglich eines einzigen Angeklagten durch drei Gläubiger (nicht aber die Staatsanwaltschaft) ans

⁵² Eine erste Anklage war wegen verschiedener Mängel zurückgewiesen worden, vgl. Tages-Anzeiger vom 13. Mai 2006.

⁵³ Strafurteile nicht publiziert. Für die Berichterstattung in Medien vgl. etwa NZZ vom 8. Juni 2007, 21 und 23.

⁵⁴ Das Bezirksgericht verwies dabei insbesondere auf die Botschaft des Bundesrates vom 24. April 1991 zur Änderung des Vermögensstrafrechts, BBl 1991 II, 969 ff., 1048.

Obergericht weitergezogen. Einziger Grund für die Berufung war eine Verletzung der Bestimmung von Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe).⁵⁵ Aber auch hier erfolgte ein Freispruch durch das Obergericht.⁵⁶

Die Freisprüche für alle Angeklagten durch das Bezirksgericht Bülach und für den einen betroffenen Angeklagten durch das Obergericht waren zunächst einmal von grosser psychologischer Bedeutung. Sie hatten sich nicht strafbar gemacht und die Öffentlichkeit und die Medien mussten sich mit der Erkenntnis der NZZ abfinden: „Eine grosse Firmenpleite ist nicht a priori ein Kriminalfall“.⁵⁷

Für die nachfolgenden Zivilprozesse war aber auch relevant, was die Bedeutung eines Strafurteils für das Zivilverfahren über denselben Sachverhalt ist. Diese Frage kam vor allem in den Gerichtsurteilen über die Roscor- und die Sabena-Transaktion zur Sprache. Auszugehen ist von Art. 53 Abs. 2 OR, wonach das Zivilgericht nicht an ein freisprechendes Strafurteil und mit Bezug auf ein verurteilendes Strafurteil nicht an strafgerichtliche Erkenntnisse über Schuld und die Bestimmung des Schadens gebunden ist. Auch die ZPO sieht keine Bindung des Zivilrichters an das Strafurteil in Sachverhaltsfragen und in Bezug auf die Widerrechtlichkeit sowie den adäquaten Kausalzusammenhang vor.⁵⁸

Aber es ist auch anerkannte Praxis, dass das Zivilgericht die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung abwarten und mitberücksichtigen kann. Aus Gründungen der Zweckmässigkeit (aber nicht aus rechtlichen Gründen) soll der Zivilrichter nicht grundlos von der Auffassung des Strafgerichts abweichen.⁵⁹

2. Zur Passivlegitimation der Organpersonen in Konzernverhältnissen

In den Prozessen Flightlease und Swissair, bei welchen jeweils eine Tochtergesellschaft des Swissair-Konzerns auch Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup, also der Konzernobergesellschaft, einklagte, obschon diese Personen keine formelle oder materielle Organstellung bei der Klägerin hatten, kam daher nur eine faktische Organschaft in Frage. Wie vorstehend erwähnt, bejahte das Bezirksgericht Bülach im Fall Flightlease die Passivlegitimation,

⁵⁵ NZZ vom 14./15. Juni 2008, 23 und 34.

⁵⁶ Strafurteil nicht publiziert. Für die Medien vgl. etwa NZZ vom 21./22. Juni 2008, 21 und 23.

⁵⁷ NZZ vom 21./22. Juni 2008, 30.

⁵⁸ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023 E. II.4. S. 19; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. II.4. S. 24.

⁵⁹ BGE 125 III 401 ff.

das Obergericht bezweifelte sie, liess die Frage aber offen und das Bundesgericht behandelt sie nicht.⁶⁰ Demgegenüber haben im Fall Swissair sowohl das Handelsgericht wie das Bundesgericht die Passivlegitimation nach eingehender Prüfung verneint.⁶¹

- a) Das *Handelsgericht* erachtete fünf der 14 Beklagten als formelle oder faktische Organe der Swissair und somit als passivlegitimiert. Bei den neun Beklagten, welche nur dem Verwaltungsrat der SAirGroup angehörten und nie der Konzernleitung, verneinte es die Passivlegitimation, weil diese nicht durch Erteilung von Weisungen direkt auf die Willensbildung der Swissair einwirkten und somit auch nicht deren Geschäfte faktisch führten.⁶² Für die faktische Organschaft im Konzern sei notwendig, dass Organe oder Mitarbeiter der Konzernobergesellschaft durch Weisungen direkt auf die Willensbildung oder Entscheide einer Untergesellschaft einwirken und faktisch ihre Geschäftsführung besorgen. Die Schwierigkeit liege in der Abgrenzung zwischen Tätigkeit für die Konzernleitung und der direkten Führung der Geschäfte für die Untergesellschaft. Die *bloße Einflussnahme* der Organe des Konzerns auf die Untergesellschaft reiche für die Annahme einer faktischen Organschaft nicht aus.⁶³
- b) Das Bundesgericht wiederholte unter Bezugnahme auf zahlreiche vorangegangene Entscheide⁶⁴ sein Begriffsverständnis der Organhaftung nach Art. 754 OR. Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut gälten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden seien, sondern auch Personen, die tatsächlich Entscheide, die Organen vorbehalten seien, trafen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgten und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmten. Insbesondere die *bloße Einflussnahme* von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft begründe dagegen regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochter. Ein faktisches Organ müsse vielmehr organtypische Funktionen wahrnehmen, in dem es Kompetenzen eines formellen Organs delegiert

⁶⁰ Vgl. oben, Ziff. III.3 lit. a.

⁶¹ Vgl. oben, Ziff. III.6 lit. a.

⁶² Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 4.3.3.2.3a S. 44 f.

⁶³ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 4.3.2 (S. 41, Hervorhebung auch im Entscheid) mit Hinweisen auf BGE 128 III 92 E. 3a sowie BÖCKLI, § 11 N 484.

⁶⁴ BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 92 E. 3a; 128 III 29 E. 3a; 119 II 255 E. 4; 117 II 570 E. 3 und 107 II 349 E. 5b. Vgl. auch die ausführlichen Literaturhinweise in BGE 128 III 29 E. 3a.

erhalte oder usurpiere. Aufgrund der von der Vorinstanz bundesrechtskonform getroffenen tatsächlichen Feststellungen sei die Passivlegitimation dieser neun Verwaltungsräte zu Recht verneint worden.⁶⁵

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für eine faktische Organschaft eines Verwaltungsrates einer Konzernobergesellschaft bei einer Tochtergesellschaft drei Voraussetzungen gegeben sein müssen:

Erstens: Die organtypische Stellung eines faktischen Organs bedingt eine gewisse organisatorische Eingliederung in den Willensbildungsprozess dieser Gesellschaft in einer Weise, wie sie Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zukommt.⁶⁶

Zweitens: Der Einfluss dieser Person muss eine Intensität erreichen, wie wenn sie tatsächlich Organ wäre, was ein selbständiges und eigenverantwortliches Handeln bedingt.⁶⁷

Drittens: Für eine faktische Organschaft ist überdies notwendig, dass die betreffende Person die Organkompetenzen auf Dauer wahrnimmt.⁶⁸

3. Die Business Judgment Rule in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

In allen sechs Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen haben *sämtliche* Gerichtsstufen, welche sich mit der Frage befasst haben, ob den Beklagten ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden könne, die Voraussetzung einer Pflichtwidrigkeit verneint, wobei die Begründungen aufgrund der vom jeweiligen Sachverhalt her aufgeworfenen Aspekte zum Teil sich unterscheiden. Es darf dazu auf die vorangehenden Ausführungen in Ziff. III. verwiesen werden.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 5 S. 19 f.

⁶⁶ BGE 128 III 92 E. 3b.

⁶⁷ BGE 128 III 29 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.1.

⁶⁸ BGE 128 III 29 E. 3c sowie ISLER, Bank, 294.

⁶⁹ Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Handelsgericht im Fall Swissair Cash Pool zunächst zum Schluss kam, dass die von der Swissair der Finance BV gewährten Cash-Pool-Darlehen und der SAirGroup gewährte Festgeld-Darlehen ab dem 1. Januar 2001 widerrechtlich gewesen seien, aber eine Pflichtwidrigkeit trotzdem nicht gegeben sei, weil die Klägerin keine rechtmässige Handlungspflicht der Beklagten nachgewiesen habe. Diesbezüglich hat das Bundesgericht dann die Begründung zugunsten der Beklagten korrigiert (vgl. oben, Ziff. III.6 lit. b sowie die Ausführungen von HANSLIN/BRAND, 148 f.; ISLER, Abwägung, 206 ff.).

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine aktienrechtliche Pflichtwidrigkeit gegeben waren, hatten die Gerichte immer Geschäftsentscheide der zuständigen Organpersonen der Swissair-Gruppe zu beurteilen, und zwar stets unter schwierigen wirtschaftlichen Umständen und knappen Zeitverhältnissen. Für die Prüfung von Geschäftsentscheiden bestand in der Zeitperiode der Swissair-Verantwortlichkeitsprozesse bereits die gefestigte Gerichtspraxis, dass bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen eine *ex ante Betrachtungsweise* zur Anwendung gelangen müsse, d.h. es müsse auf die Informationen abgestellt werden, über welche die betreffenden Organpersonen im Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung verfügten oder verfügen konnten.⁷⁰

Ebenso entspricht es seit langer Zeit bewährter Lehre und Rechtsprechung, dass sich der Richter in der *normativen Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen soll*, insbesondere, wenn sie frei von Interessenkonflikten getroffen wurden. Gerade bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen, aber auch sonst von Entscheiden mit grosser Tragweite müsse den Organen ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt werden, und das nachträglich festgestellte Misslingen dürfe nicht als natürliche Vermutung einer Pflichtwidrigkeit gelten.⁷¹

Zusätzlich zu diesen beiden etablierten Grundsätzen hat das Bundesgericht im Jahre 2012 eine weitere Regel für die Beurteilung von Geschäftsentscheiden aufgestellt, indem es die aus dem amerikanischen Recht stammende *Business Judgment Rule* als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts anerkannte. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Vorinstanz zum Inhalt dieser *Business Judgment Rule* führte das Bundesgericht aus:

„Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuwerfen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (vgl. Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4; GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 31 f. zu Art. 754 OR; WATTER/PELLANDA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 6 zu Art.

⁷⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2010 vom 5. Januar 2010 E. 3.3; BGE 139 III 24 E. 3.2; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31c.

⁷¹ Vgl. BGE 117 II 290 E. 6a; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4; GLANZMANN, 165 f.; BÖCKLI, § 18 N 401; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31.

Bei dieser erweiterten Betrachtungsweise der vorgenannten beiden Grundsätze legt der Richter das Gewicht auf den Entscheidungsfindungsprozess und, wenn dieser nicht zu beanstanden ist, prüft er den Entscheid selbst in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob dieser als vertretbar erscheint.⁷³

Die bundesgerichtliche Anerkennung der Business Judgment Rule hat sogleich auch Eingang in mehrere Entscheide zu Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen gefunden:

- a) Schon im Fall Sabena kann die Business Judgment Rule im Urteil des Zürcher Obergerichts zur Sprache. Thematisiert wurden zunächst die zahlreichen Argumente der Klägerin, weshalb die formellen Vorgaben im Entscheidungsfindungsprozess durch die Beklagten verletzt worden seien. Das Gericht stellte sich jedoch auf den Standpunkt, dass die abschliessende Prüfung einer Pflichtverletzung im Entscheidungsfindungsprozess unterbleiben und die Frage letztlich offengelassen werden könne, sofern sich der prozessgegenständliche Entscheid inhaltlich als pflichtgemäss erweise, was das Obergericht in der Folge auch bejahte.⁷⁴
- b) Im Fall Flightlease bezog sich das Bundesgericht ausführlich auf diesen neuen Grundsatz, um aber zugleich auch hervorzuheben, dass die Business Judgment Rule nicht auf Fälle zugeschnitten sei, in denen Organen ein pflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen werde. Wenn den Organen Untätigkeit trotz bestehender Handlungspflichten vorgeworfen werde, gehe es nicht um Prüfung eines aktiv getroffenen Geschäftsentscheides, bei welchem Zurückhaltung ausgeübt werden könne. Dies wäre höchstens möglich, wenn sich ein Organ bewusst zu einem Untätig-Bleiben

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1.; bestätigt seither insb. in BGE 139 III 24 E. 3.2. Vgl. die ausführlichen Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung bei BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31 und 31a, VON DER CRONE, § 4 Rz. 277 f., WATTER/BÄNZIGER, 767 ff.

⁷³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015 E. 4.2.1. Diese gerichtliche Nachkontrolle wird allerdings z.T. in der Lehre kritisiert, vgl. BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a.

⁷⁴ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. 4.3.4.4 und E. IV.

- entscheiden würde. Dazu müssten aber keine weiteren Abklärungen getroffen werden, weil unter den gegebenen Umständen auch bei freier Prüfung keine Pflichtverletzung erblickt werden könne.⁷⁵
- c) Im Fall Air Littoral erwog das Handelsgericht ausführlich die Frage, ob der Entscheid des Verwaltungsrates der SAirGroup nach der (neuen) Regel der Business Judgment Rule zu beurteilen sei. Wie vorn in Ziff. III. 5. lit. b dargelegt, gelangte das Gericht nach gründlicher Prüfung der klägerischen Argumente und der Grundsätze der Business Judgment Rule zum Fazit, dass keine Pflichtverletzung gegeben war.⁷⁶
 - d) Im Fall Gläubigerschädigung kam die Business Judgment Rule im Urteil des Handelsgerichts nur relativ kurz zur Sprache, nämlich im Zusammenhang mit der Frage, ob es pflichtwidrig war, dass der Verwaltungsrat der SAirGroup nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 weiterhin die Sanierung des Konzerns als Ganzes anstrebte und nicht den Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR anrief oder zumindest einen generellen Zahlungsstopp anordnete. Unter Betonung, dass gerade bei der Überprüfung von Sanierungsmassnahmen die Gerichte sich Zurückhaltung auferlegen müssen und dass keine Pflicht bestand, die Gläubiger bei Zahlungen gleich zu behandeln, wurde eine Pflichtverletzung verneint.⁷⁷
 - e) Im Fall Swissair Cash-Pool hatte schliesslich das Bundesgericht Gelegenheit, die Auffassung der Vorinstanz zu korrigieren, dass die Gewährung nicht mehr marktkonformer konzerninterner Darlehen ab dem 1. Januar 2001 wegen Verstosses gegen die Kapitalschutzvorschriften von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR in jedem Fall widerrechtlich gewesen seien und nicht durch Berufung auf besondere Umstände hätten gerechtfertigt werden können. Das Bundesgericht erachtete die Gewährung dieser Darlehen unter den besonderen Umständen des konkreten Falles als nicht pflichtwidrig, weil mit der hier gebotenen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden die Interessen des Swissair-Konzerns gewahrt wurden, welche nicht im gegengesetzten Interesse zur Swissair standen. Das Bundesgericht verwies hier auf ein kurz vorher gefälltes Urteil⁷⁸ über die Gewährung eines ungesicherten Darlehens und betonte, dass in jenem Entscheid das Gericht „mangels Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen eine volle und keine zurückhaltende

⁷⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1 und 7.1.2.

⁷⁶ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149-O E. 7.3 bis 7.3.4.11.

⁷⁷ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149-O E. 6.5.3, 6.5.4 und 6.6.

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017. Vgl. dazu ISLER, Abwägung, 213 f.

Überprüfung gemäss Business Judgment Rule vornahm...“ und jenen Geschäftsentscheid über die Gewährung des ungesicherten Darlehens nicht als pflichtwidrig erachtete.⁷⁹

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Swissair-Verantwortlichkeitsprozesse gutes Anschauungsmaterial für die neue gerichtliche Anwendung der Business Judgment Rule bieten.

4. Gesellschaftsinteresse und Konzerninteresse

Bei der Beurteilung der Pflichtverletzung in den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen spielte auch mehrfach die Frage eine Rolle, ob nur die Interessen der betroffenen Gesellschaft oder auch Konzerninteressen von den Entscheidungsträgern berücksichtigt werden durften.

In BGE 130 III 213 ff. wurde der Geschäftsführer einer schweizerischen Tochtergesellschaft einer Firmengruppe zur Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft verpflichtet, weil dieser zulasten der Gesellschaft eine Zahlung an eine Schwestergesellschaft leistete, um den Verlust auszugleichen, welcher jener Gesellschaft aus einem vom Beklagten vermittelten Geschäft entstanden war. Das Bundesgericht begründete, dass der Beklagte als Organ der Klägerin verpflichtet gewesen wäre, allein deren Interesse und nicht diejenigen einer anderen Konzerngesellschaft zu wahren, und betonte, dass ein strenger Massstab anzulegen sei, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern von Aktionären oder Drittpersonen handle.⁸⁰ Das wurde als Absage an die Berücksichtigung des Konzerninteresses verstanden.⁸¹

In den Swissair-Prozessen wurde diese Sichtweise von den Gerichten differenzierter vorgenommen:

- a) Im Strafurteil des Bezirksgerichts Bülach wurde betont, dass es immer auf die konkreten Verhältnisse ankomme und im Konzern müsse dann vom Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit jeder Gesellschaft abgewichen werden, wenn die Muttergesellschaft oder eine andere konzernverbundene Gesellschaft nach Treu und Glauben eine Verantwortung für eine andere Konzerngesellschaft treffe.
- b) Dieser Gedanke wurde vom Obergericht Zürich im Flightlease-Prozess ausführlich weiterverfolgt. Es wurde betont, dass die Flightlease in ihrem

⁷⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4 S. 29 sowie HANSLIN/BRAND, 152 ff.

⁸⁰ Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2. und 2.2.2.

⁸¹ Vgl. die Entscheidbesprechung von EUGSTER/VON DER CRONE, 439 f.

statutarischen Zweckartikel u.a. die Aufgabe hatte, die Konzerninteressen zu fördern. In einem solchen Fall lasse sich keine klare Abgrenzung der Interessen der Einzelgesellschaft von derjenigen der Obergesellschaft mehr vornehmen. Das Ausrichten des Handelns der Flightlease bzw. ihrer Organe auf die Gesamtinteressen des Konzerns sei daher zulässig gewesen.⁸²

- c) Im Flightlease-Verfahren hatte das Bundesgericht für die Begründung der Abweisung der Beschwerde keinen Anlass, auf diese Überlegungen der Vorinstanz einzugehen. Im Prozess Swissair-Cash-Pool nahm es jedoch die Gelegenheit wahr, seine Auffassung zum Verhältnis Gesellschaftsinteresse vs. Konzerninteresse wie folgt darzulegen:

(aa) Dass die Swissair dem Konzern Darlehen zur Verfügung stellte, war zweifellos im Interesse des Konzerns, aber auch der Swissair selbst, denn diese konnte in der kritischen Zeit vom Sommer/Herbst 2001 ihren Flugbetrieb nur weiterführen, wenn die SAirGroup und die für den Flugbetrieb zentralen Konzerngesellschaften nicht in Konkurs fielen.

(bb) Mit Blick auf die Vorteile einer Konzernzugehörigkeit könne das Gesellschaftsinteresse der Swissair nicht einfach den einzig relevanten Massstab bilden, sondern es müsse in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse berücksichtigt werden.

(cc) Da die Swissair auch nach Auffassung ihres Sachwalters den Flugbetrieb um jeden Preis aufrecht erhalten sollte und dies bei einem Konkurs der SAirGroup unmöglich gewesen wäre, seien die Darlehensgewährungen in den Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der Swissair gestellt worden und in der Verantwortlichkeitsklage in diesem Kontext zu würdigen.⁸³

Zum Schluss wurde die Pflichtverletzung der Beklagten vom Bundesgericht verneint unter Hinweis, dass der vorliegende Fall in verschiedener Hinsicht aussergewöhnlich sei.⁸⁴

⁸² Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2014, LB110046-O/U E. 2.3.3. und 2.3.4.

⁸³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4. S. 28 ff.

⁸⁴ Vgl. den entsprechenden Hinweis im Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4. S. 30. Vgl. auch die Urteilsbesprechung von HANSLIN/BRAND, 148 f.

5. Das Cash-Pooling im Konzern

Ausserhalb der Swissair-Verantwortlichkeitsprozesse gab es auch einen Prozess einer weiteren Gesellschaft der Swissair-Gruppe, der Swisscargo AG in Nachlassliquidation, welche ihre Revisionsgesellschaft auf Schadenersatz im Betrag von rund CHF 4.5 Mio. einklagte, weil diese pflichtwidrig die Rechtmässigkeit der um rund CHF 21.7 Mio. zu hohen Dividende bestätigte, welche die Swisscargo im Frühjahr 2001 an ihre einzige Aktionärin SAir Logistics ausschüttete. In diesem Prozess spielte der Cash Pool des Swissair Konzerns eine indirekte Rolle, weil auch hier die Darlehen von Swisscargo an die Poolleaderin Finance BV im Zeitpunkt der Jahresrechnung 2000 als nicht mehr marktkonform erachtet wurden. In seinem Urteil vom 16. Oktober 2014 erwog das Bundesgericht unter Hinweis auf die Kapitalschutzvorschriften von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR, es sei „bereits im Ansatz fragwürdig, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin über ihre Liquidität verfügt, als solche überhaupt einem Drittmannstest standhält“.⁸⁵

Dieser Entscheid, welcher auch noch weitere interessante aktienrechtliche Fragen behandelte⁸⁶, warf die Frage auf, ob nach Ansicht des Bundesgerichts das – weit verbreitete – Cash Pooling im Konzern überhaupt zulässig sei, soweit die gepoolte Liquidität bei den einzelnen Teilnehmern nicht ausschliesslich den freien Reserven zugeordnet werden kann.⁸⁷

Im Fall Flightlease erfolgte keine wesentliche Neubeurteilung bezüglich der allgemeinen Rechtmässigkeit eines Cash Pooling im Konzern zu nicht marktkonformen Bedingungen (insbesondere ohne Besicherung der Poolgelder). Immerhin wies das Bundesgericht darauf hin, dass aus BGE 140 III 533 E. 4.5 nichts abgeleitet werden dürfe für die Frage „ob die hier streitbetroffene unbesicherte Gewährung von Darlehen durch die Flightlease AG im Rahmen des Cash Pool-Systems einen Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht der Gesellschaftsorgane darstellt“.⁸⁸

Im Urteil zum Swissair-Cash Pool präziserte nun das Bundesgericht sein obiter dictum aus dem Swisscargo Urteil unter dem Aspekt der aktienrechtlichen Pflichtverletzung. Unter Hinweis auf die kritischen Literaturmeinungen

⁸⁵ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4.5. S. 544.

⁸⁶ So das Verhältnis zwischen Art. 754 ff. OR zu Art. 678 Abs. 2 OR (vgl. dazu ISLER/SOMMER, 180 f.) sowie die Auslegung von Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3 OR bezüglich der Ausschüttbarkeit des Agio als freie Reserve.

⁸⁷ Vgl. statt vieler die kritischen Bemerkungen von Druey, 68 ff.; GLANZMANN/WOLF, 269; Brand, 144 f.

⁸⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2.1.3 a.E.

zum Swisscargo Urteil kam es zum Schluss, dass auch eine Gewährung von Darlehen an die Muttergesellschaft bzw. eine Teilnahme am Cash Pool, welche nicht marktkonform ist, nicht zwingend eine Pflichtverletzung der verantwortlichen Organe der Gläubigersellschaft darstelle. Im konkreten Fall lag es nach Ansicht des Gerichts im Interesse der Swissair und nicht nur des Konzerns, dass mit diesem Darlehen der Fortbestand des Flugbetriebes gesichert wurde.⁸⁹

Damit kann heute wohl die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Entscheid, ein Cash Pooling in einem Konzern einzuführen und insbesondere auch in einer Krisensituation beizubehalten, nach schweizerischem Aktienrecht ein Geschäftsentscheid darstellt, welcher mit richterlicher Zurückhaltung zu beurteilen ist. Selbst wenn eine Verletzung von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR nachgewiesen werden kann, sind die Umstände des Einzelfalles und die Interessen der betroffenen Gesellschaften allenfalls massgebende Rechtfertigungsgründe dafür, dass trotzdem keine Pflichtverletzung der verantwortlichen Organe gegeben ist.⁹⁰

6. Die Schwierigkeiten des Schadennachweises

Zum Thema Schaden im Verantwortlichkeitsprozess befasst sich ausführlich der Beitrag von Stephan Mazan in diesem Tagungsband. Insbesondere erläutert er auch ausführlich die schwierigen Anforderungen an einen Nachweis des Fortführungsschadens bei behaupteter Konkursverschleppung (Art. 725 Abs. 2 OR).⁹¹ Dies mag ein Grund dafür gewesen sein, dass in keinem der sechs Swissair-Verantwortlichkeitsklagen die Klägerinnen einen Fortführungsschaden geltend machten, obschon in den Fällen Roscor, Sabena, Gläubigerschädigung und Swissair Cash Pool mit Nachdruck behauptet wurde, die SAirGroup sei im Zeitpunkt der pflichtwidrigen Handlungen überschuldet gewesen.⁹²

Interessant ist aber auch, dass nach Ansicht der Gerichte bei einzelnen Prozessen aus den eingeklagten Sachverhalten ganz oder teilweise gar kein Schaden nachgewiesen werden konnte:

⁸⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4.

⁹⁰ Vgl. dazu auch HANSLIN/BRAND, 154.

⁹¹ Vgl. Aufsatz von STEPHAN MAZAN Kapitel V in dieser Publikation.

⁹² Vgl. für Roscor Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.2.1, für Sabena Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. 4.5.2, für Gläubigerschädigung Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. Juli 2015, HG120137-O E. 6.2.2 und für Swissair Cash Pool Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 5.2.2.2.1.d.

- a) In den Fällen Sabena und Air Littoral fehlte es an einem Schaden, weil die SAirGroup der SAirLines für die Sabena-Partizipationsscheine bzw. für den Kauf der Air Littoral-Beteiligung bei genauer Betrachtungsweise jeweils ein Darlehen gewährt hatte, welches im Zeitpunkt der Gewährung werthaltig war und in der Folge durch die SAirLines mittels Verrechnung zurückbezahlt wurde.⁹³
- b) Im Fall Roscor stellte die Übertragung dieser Beteiligung an die SAirLines eine rein interne Vermögensverschiebung im Konzern dar, bei welcher die SAirLines durch die Transaktion einen entsprechenden Gegenwert in Form einer Wertzunahme der SAirLines erhielt, weil man unter Berücksichtigung der stillen Reserven der SAirLines diese Gesellschaft als nicht überschuldet betrachten durfte.⁹⁴
- c) Im Fall Gläubigerschädigung stellte das Bundesgericht wie auch die Vorinstanz fest, dass die Zahlung fälliger Schulden durch die Gesellschaft auch in einer Krisensituation keinen Gesellschaftsschaden bewirkt.⁹⁵
- d) Im Fall Swissair Cash-Pool stimmte das Bundesgericht der Auffassung des Handelsgerichts zu, dass die Klägerin keinen Schaden nach der anzuwendenden Differenztheorie dargetan habe. Insbesondere sei die Auffassung des Handelsgerichts nicht zu beanstanden, dass die Klägerin die hypothetische Höhe der Cash Pool und Festgeld-Guthaben bei rechtmässigem Handeln der Beklagten und damit den Nachweis des Schadens nicht hinreichend dargetan habe. Weil nämlich auch die Klägerin der Auffassung war, dass die Swissair im Interesse der Gläubiger den Flugbetrieb aufrecht erhalten musste und sie dafür zusätzliche Liquidität benötigte, hätte die Klägerin auch bei Rückforderung der Cash Pool Guthaben von der Finance BV und Nichterneuerung der Festgelder bei der SAirGroup diese Gelder für die Finanzierung des Flugbetriebes aufgebraucht, bevor sie vom Bund die notwendigen Darlehen erhalten hätte⁹⁶.

Damit haben die Gerichte einmal mehr gezeigt, dass die Substantiierung des Schadens nach der Differenztheorie in einem Verantwortlichkeitsprozess hohe Anforderungen stellt und nicht mit dem Argument beiseite gewischt werden kann – wie dies eine der Klägerinnen in einer Rechtschrift versuchte –, dass wenn ein Dieb einen Griff in die Firmenkasse mache, der Schaden auch nicht nach der Differenztheorie nachgewiesen werden müsse.

⁹³ Vgl. vorn Ziff. III. 2. lit. a) sowie Ziff. 5 lit. a).

⁹⁴ Vgl. vorn Ziff. III. 1. lit. a).

⁹⁵ Vgl. vorn Ziff. III. 4. lit. a) sowie letzter Abs.; vgl. auch Aufsatz von STEPHAN MAZAN Ziff. III.1 – III.5. in dieser Publikation.

⁹⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2 und Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, 130073-O E. 5.2.1 – 5.2.4.

7. Der Kausalzusammenhang als weitere Hürde

Eine weitere von der Klägerschaft zu beweisende Voraussetzung für einen Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist, dass zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss. In der älteren Rechtsprechung wurden an diesen Nachweis keine hohen Anforderungen gestellt. Es genügte, dass eine allgemeine Eignung der fraglichen Ursachen bestand, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen.⁹⁷ In der späteren kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte dann aber die Differenzierung in der Beurteilung der Kausalität und Adäquanz, indem zwischen der als Tatfrage zu bestimmenden natürlichen Kausalität (nämlich ob ohne die pflichtwidrige Handlung der Schaden nicht entstanden wäre) und der als Rechtsfrage zu beurteilenden Adäquanz (nämlich ob die pflichtwidrige Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen) unterschieden werden muss.⁹⁸

Mit der neuesten Rechtsprechung zur Kausalität bei Verantwortlichkeitsklagen befasste sich eingehend der Beitrag von Peter Reichart in diesem Tagungsband, insbesondere auch bezüglich ihrer Relevanz für die Prozesse Flightlease und Swissair Cash Pool. Deshalb sei nur kurz auf folgendes hingewiesen:

- a) Im Fall Flightlease machte die Klägerin unter anderem als Pflichtwidrigkeit geltend, die beklagten Organe seien mit der Teilnahme am Cash Pool ein enormes liquiditätsmässiges Klumpenrisiko eingegangen. Die Gerichte wiesen diese Klagebegründung wegen fehlender *natürlicher* Kausalität für den geltend gemachten Schaden ab. Der Forderungsausfall sei nicht durch ein Klumpenrisiko entstanden, sondern durch den Konkurs der Poolleaderin Finance BV. Das Bonitätsrisiko sei daher Ursache des Schadens gewesen.⁹⁹
- b) Im Fall Swissair Cash Pool, aber auch schon in den Fällen Roscor und Sabena zeigten die Gerichte Verständnis für das Argument der Beklagten, der behauptete Schaden wäre auch eingetreten, wenn sie sich nach Auf-

⁹⁷ Vgl. BGE 93 II 22 E. 6.

⁹⁸ Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rz 369 ff.; BÖCKLI, § 18 Rz 418 ff.

⁹⁹ Vgl. oben, Ziff. III.3 lit. b). Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2014, LB110046-O/U E. 3.2.3, Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 6.

fassung der Klägerin rechtmässig verhalten hätten.¹⁰⁰ Mit dem Argument des *rechtmässigen Alternativverhaltens* wird nach überwiegender (aber nicht unbestrittener) Auffassung die natürliche Kausalität zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und der Schädigung bestritten.¹⁰¹

Die Voraussetzungen der natürlichen Kausalität und des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen pflichtwidriger Handlung und geltend gemachtem Schaden waren zwar in keinem der *Swissair*-Verantwortlichkeitsprozesse allein entscheidend für die Abweisung einer Klage. Aber die genannten Gerichtsentscheide zeigen doch, dass auch die Anforderungen an den Nachweis der Kausalität heute in Verantwortlichkeitsprozessen mit der nötigen Sorgfalt zu behandeln sind.

V. Schlussbemerkungen

Die Gerichtsentscheide über die sechs Verantwortlichkeitsprozesse im Zusammenhang mit dem *Grounding* der *Swissair* bieten ein vielfältiges Anschauungsmaterial mit präjudizieller Wirkung für andere Verantwortlichkeitsprozesse – nicht nur, aber insbesondere bei Konzernverhältnissen oder verbundenen Unternehmensgruppen. Neben der Beurteilung von Geschäftsentscheiden für die behauptete Pflichtwidrigkeit sind vor allem auch die Klarstellung bezüglich der Passivlegitimation und einer durchaus möglichen Berufung auf ein Konzerninteresse bei einem arbeitsteiligen Konzern sehr nützlich.

Als Gesamteindruck können aber auch gewisse Verhaltensregeln für die verantwortlichen Organe in Krisensituationen abgeleitet werden. Die Organe sind im Rahmen des Gesellschaftsinteresses zu einem unternehmerischen Handeln verpflichtet, welches auch das Eingehen vertretbarer Risiken umfasst. Dies gilt auch in einer schwierigen finanziellen Situation, in welcher Geschäftsentscheide unter den damaligen Umständen vom Richter nachträglich mit Zurückhaltung zur beurteilen sind, selbst wenn sie mit Kapitalschutzvorschriften des Aktienrechts wie Art. 678 Abs. 2, Art. 680 Abs. 2 oder Art. 725 Abs. 2 OR in Konflikt stehen könnten. Solange die Organe der Überzeugung sind, dass den vorhandenen Risiken auch Chancen gegenüberstehen, sollten diese im Gesellschaftsinteresse (und bei Konzernen auch im Interesse von Angestellten, Lieferanten und einer regionalen oder gar nationalen Volkswirtschaft) weiterverfolgt werden dürfen.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. VII. insb. 4.3/4.4; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011, LB090023 E. III.2.3., S. 115 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013, LB090080/U E. III.4.4. f).

¹⁰¹ Vgl. BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 42b.

Mitte Oktober 2020 haben 28 ehemalige Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder verschiedener Gesellschaften des Swissair-Konzerns sowie die bis im Frühjahr 2001 amtierende Revisionsgesellschaft mit den Nachlassmassen der SAirGroup, SAirLines, Flightlease und Swissair einen Gesamtvergleich unterzeichnet. In dieser Vereinbarung werden die durch die vorangegangenen sechs Prozessverfahren noch nicht erledigten Forderungen zwischen den Parteien per Saldo aller Ansprüche gegen Bezahlung einer Vergleichssumme als erledigt erklärt. Die Gläubigerausschüsse dieser vier Nachlassmassen müssen den Gesamtvergleich noch genehmigen. Wenn dies geschehen und der Vergleich vollzogen ist, gehört die fast 20 Jahre andauernde rechtliche Auseinandersetzung über die Folgen des Swissair Groundings der Vergangenheit an.

Die daraus entstandene Rechtsprechung wird aber für zukünftige aktienrechtliche Verantwortlichkeitsprozesse wegweisend sein.

Literaturverzeichnis

- BAUM OLIVER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232 ff.
- Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II- BEARBEITER).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BRAND PATRIC A., Swissair Cash Pool, AJP 2015, 135 ff.
- DITTLI MARK, Swiss versus Swissair: Viele Parallelen, ein entscheidender Unterschied, The Market vom 5. Mai 2020 (zit. DITTLI, Parallelen).
- DITTLI MARK, Ein Lehrstück für mehr als 50 Millionen Franken, The Market vom 12. Dezember 2019 (zit. DITTLI, Lehrstück).
- DRUEY JEAN NICOLAS, Cash-Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 215, 68 ff.
- EUGSTER KARIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 2004, 434 ff.
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2.A. Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff. (zit. FORSTMOSER, Haftung).
- FORSTMOSER PETER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 445 ff. (zit. FORSTMOSER, Anfechtung).
- GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 2000 II, 135 ff.
- GLANZMANN LUKAS/WOLF MARKUS, Cash-Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, 264 ff.

- HANSLIN MARC/BRAND PATRIC A., Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats für Konzerndarlehen – Besprechung des Urteils 4A_268/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 18. November 2019, GesKR 2020 146 ff.
- HÄUSERMANN DANIEL M./KNEUBÜHL OLIVER, Swissair: Pflichtgemässe Verletzung von Kapital-schutzvorschriften?, dRSK vom 30. April 2020.
- ISLER PETER, Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: FS für DIETER ZOBL, Zürich 2004, 287 ff. (zit. ISLER, Bank).
- ISLER PETER, Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheidungen, in: Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, 203 ff. (zit. ISLER, Abwägung).
- ISLER PETER/SOMMER CHRISTA, Das Konkurrenzverhältnis der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Rechtsbehelfen, ZSR 2018 I, 179 ff.
- JUTZI THOMAS/MÜLLER JANINE, Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil HG130073-OU/ei vom 16. März 2018, Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Verwaltungsräte und faktische Organe (Beklagte 1-14), Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR wegen Ausfall der Cash-Pool-Forderung und wegen Ausfall mehrerer Festgeld-Darlehen, AJP 2018, 1023 ff.
- LÜCHINGER RENÉ, Swissair: Mythos und Grounding, Zürich 2006.
- NOBEL PETER, Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017.
- SCHWARZ GERHARD, Ungeschorene Sündenböcke, NZZ vom 7. Dezember 2019, 11.
- SEIBT CONSTANTIN, Der Swissair-Prozess, Basel 2007.
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, 2. A., Basel 2005.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL, Die Business Judgment Rule in Theorie und Praxis, in: Festschrift für Lukas Handschin, Zürich 2020, 767 ff.
- WEISSBERG BERNHARD, Wie die Swissair die UBS rettete, Baden 2019.

Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen

Martin Waldburger*

Inhalt

| | | |
|-----|--|----|
| I. | <u>Ausgangslage</u> | 44 |
| 1. | <u>Prozesse gewinnt man mit dem Sachverhalt – und das ist gut so!</u> | 44 |
| 2. | <u>Bei Verantwortlichkeitsprozessen liegt der Sachverhalt oft zeitlich weit zurück – warum eigentlich?</u> | 46 |
| a) | <u>In der Regel kein Zeitdruck aufgrund drohender Verjährung (in der Insolvenz)</u> | 46 |
| aa) | <u>Relative Verjährungsfrist in der Insolvenz praktisch bedeutungslos</u> | 47 |
| bb) | <u>Absolute Verjährungsfrist wirkt faktisch nur in die Vergangenheit („Periode Suspecte“)</u> | 48 |
| cc) | <u>Fazit zur Verjährungssituation in der Insolvenz</u> | 49 |
| dd) | <u>Pro Memoria: Die Décharge als (oft lediglich vermeintlicher) zeitlicher Schutz</u> | 49 |
| b) | <u>Insolvenzverfahren oft als Vorbedingung eines Prozesses</u> | 51 |
| c) | <u>Abwarten des Strafverfahrens durch die Klägerin</u> | 54 |
| d) | <u>Prioritäre Aufgaben der Masse und komplexe Aufarbeitung des Sachverhaltes</u> | 54 |
| e) | <u>„Tranchenweises“ Einklagen von Sachverhaltskomplexen</u> | 56 |
| f) | <u>Bei aufrechtstehenden Unternehmen: Kontrollwechsel, Entlassung, interne Untersuchung</u> | 57 |
| 3. | <u>Zwischenfrage: Wem nützt der lange Zeitablauf mehr? Der Klägerin oder dem Beklagten?</u> | 58 |
| 4. | <u>Bei Verantwortlichkeitsprozessen ist der Sachverhalt oft ungewöhnlich komplex</u> | 60 |
| 5. | <u>Vor diesem Hintergrund: Die drei Hauptaufgaben des Prozessanwalts</u> | 61 |

* Erweiterte und überarbeitete Fassung des am 11. Februar 2020 an der 10. Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht gehaltenen Referats. Der Verfasser dankt Herrn Dr. iur. MANUEL BLATTER für die wertvolle Unterstützung.

| | | |
|------|---|-----|
| II. | <u>Aufgabe 1: Etablierung des Sachverhaltes</u> | 61 |
| 1. | <u>Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler</u> | 61 |
| a) | <u>Zu frühe Selbst-Beschränkung auf Aufgabe 2 (Beweisbares) und Rechtliches</u> | 61 |
| b) | <u>Bei Beklagten-Vertretern: Zu frühe Fokussierung auf die Geschichte der Klägerin</u> | 63 |
| c) | <u>Zu starke zeitliche Eingrenzung</u> | 63 |
| 2. | <u>Die vier grundlegenden Erkenntnisquellen und deren ungleiche Verteilung</u> | 65 |
| 3. | <u>Exkurs: Neue und unbefriedigende Situation betreffend Aktenzugang für potentiell Beklagte in der Insolvenz</u> | 69 |
| a) | <u>Traditionelle Sichtweise (Verantwortlichkeitsprozess begründet Aktenzugang)</u> | 69 |
| b) | <u>BGE 135 III 503 (Prüfung im Einzelfall)</u> | 71 |
| c) | <u>Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2014 (PSI40053) (ZPO verdrängt SchKG)</u> | 72 |
| d) | <u>BGE 141 III 281 (keine Einsicht in Konkursakten aufgrund Prozess)</u> | 73 |
| e) | <u>Einschränkende Lesart von BGE 141 III 281?</u> | 76 |
| aa) | <u>Einschränkung auf eigentliche Konkursakten?</u> | 76 |
| bb) | <u>Einschränkung auf laufende Prozesse?</u> | 76 |
| cc) | <u>Einschränkung auf die reine „Nicht-Gläubigerstellung“</u> | 77 |
| dd) | <u>Einschränkung auf die Revisionsstelle?</u> | 79 |
| f) | <u>Mögliche Alternativen in einer Welt nach BGE 141 III 281?</u> | 79 |
| aa) | <u>Prozessuale Editionsspflicht als Alternative?</u> | 79 |
| bb) | <u>Vorsorgliche Beweisaufnahme als Alternative?</u> | 81 |
| cc) | <u>Datenschutzrechtliche Ansprüche als Alternative?</u> | 83 |
| dd) | <u>Materiellrechtlicher Anspruch aus Art. 715a OR als Alternative?</u> | 87 |
| ee) | <u>Vertragliche Ansprüche (Verwaltungsratsvertrag) und „Handakten“?</u> | 91 |
| ff) | <u>Beilagen des Prozessgegners (Klägerin)</u> | 91 |
| gg) | <u>Weitere Linderungsmöglichkeiten: „Kriegstagebuch“ und „Bericht des Klienten“</u> | 92 |
| hh) | <u>Die Strafuntersuchung als „Segen“ für den Beklagten</u> | 93 |
| 4. | <u>Die oft grosse Bedeutung der Rechnungslegung (Expertise)</u> | 93 |
| 5. | <u>Die vorgelagerte Strafuntersuchung</u> | 94 |
| III. | <u>Aufgabe 2: Beweismittel suchen, prüfen und evaluieren</u> | 98 |
| IV. | <u>Aufgabe 3: Darlegung der für den Klienten günstigen Sachverhaltselemente vor Gericht</u> | 99 |
| 1. | <u>Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler</u> | 99 |
| 2. | <u>Grundregel für mehrere Beklagte: Im Kern eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung</u> | 100 |
| 3. | <u>Darstellung aus damaliger Sicht</u> | 102 |

| | | |
|----|---|-----|
| 4. | Nur Beweisbares und nur rechtlich (offensichtlich) Relevantes?..... | 105 |
| a) | Was ist „relevant“?..... | 106 |
| b) | Auf der Suche nach rechtlicher Relevanz | 107 |
| c) | Beispiele | 109 |
| d) | Alternative Möglichkeit: Beilagen | 110 |
| 5. | Lange und kurze Rechtsschriften – der Kampf mit der Informationsmasse | 111 |
| a) | Ausgangslage | 111 |
| b) | Kurze Klageschrift? | 113 |
| c) | Kurze Klageantwort? | 115 |
| d) | Substantiierung und Gutachten-Inhalt in separaten Modulen? | 117 |
| V. | Aufgabe 4: Auf das Geschehen Einfluss nehmen | 118 |
| | Literatur | 119 |

I. Ausgangslage

1. Prozesse gewinnt man mit dem Sachverhalt – und das ist gut so!

Es ist eine von Prozessanwälten über Generationen gepredigte Binsenweisheit, dass man Prozesse „mit dem Sachverhalt gewinnt“:¹ Indem man ihn umfassend evaluiert und die günstigen Punkte verständlich und überzeugend präsentiert und beweist.

Das mag für manchen hoffnungsvollen Studienabgänger, der schliesslich fünf Jahre „Recht“ studiert hat, und nicht „Sachverhaltsaufbereitung“ oder „Archivdurchforstung“, etwas ernüchternd sein. Es entspricht aber natürlich durchaus der Lenkungs- und Gleichbehandlungsfunktion des Rechts, dass ein Urteil im wesentlichen nur davon abhängen soll, was sich zutrug („da mihi factum, dabo tibi ius“), und dass gleiche oder vergleichbare Sachverhalte auch gleich beurteilt werden – unabhängig von den vorgetragenen Rechtstheorien. Entsprechend ist auch der eng damit zusammenhängende Grundsatz „iura novit curia“ in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition tief verwurzelt,² und gilt seit 2008 vor Tatsacheninstanzen als eidgenössisches Recht (Art. 57 ZPO³).

Vielleicht, so mein Verdacht, gibt es in der Schweiz sogar eine besonders grosse richterliche Skepsis gegenüber Anwälten, die sich in geschliffener juristisch-dogmatischer Scharfsinnigkeit üben, und es „besser wissen wollen“ als das Gericht.⁴ Es ist kaum ein Zufall, dass es in unserem Land bis vor kurzem kantonale Zivilprozessordnungen gab, welche es den Anwälten ausdrücklich *untersagten*, sich zum Rechtlichen überhaupt schriftlich zu äussern.⁵ Natürlich haben rechtliche Ausführungen aus heutiger Sicht oft eine wichtige Funktion in anwaltlichen Rechtsschriften, auch bereits vor Tatsacheninstanzen. Und ohne umfassende Rechtskenntnis ist es ja auch nicht möglich, die für den

¹ Oder ihn – auch das ist eine wichtige Funktion des Prozessanwalts – vermeidet, wenn man erkennt, dass der Sachverhalt keinen für den Mandanten günstigen Ausgang erhoffen lässt.

² WIEGAND, 128 ff.

³ Vgl. bereits für die Zeit vor Erlass der eidgenössischen ZPO: Art. 63 Abs. 1 und 3 OG, BGE 109 II 260 E. 3d S. 262; Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2010 vom 30. August 2011 E. 2.3; vgl. auch Art. 16 IPRG.

⁴ Zu den „Anwälten, die alles besser wissen“ auch HAFTER, N 203 f.

⁵ Art. 159 Abs. 2 Satz 2 aZPO-SG: „Rechtliche Erörterungen sind nicht zulässig“. Während etwa in Deutschland die Zivilprozessordnung seit jeher gesetzlich fordert, dass die anwaltlichen Ausführungen „[d]as Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen“ haben (§ 137[2] ZPO; Hervorhebung beigelegt).

Standpunkt des Mandanten günstigen Sachverhaltselemente überhaupt zu erkennen und herauszuschälen – und die ungünstigen soweit möglich zu entkräften.

Aber es bleibt doch dabei: Während das Gericht über das Recht in aller Regel viel weiss, weiss es über den Sachverhalt zunächst nichts.⁶ Diese Lücke zu schliessen, ist die Hauptaufgabe des prozessierenden Anwaltes. Und davon soll dieser Beitrag handeln.

Beleuchtet wird dieser eher handwerkliche Aspekt der anwaltlichen Tätigkeit, zu dem es hierzulande erstaunlich wenig Literatur gibt,⁷ vor dem besonderen Hintergrund weit zurückliegender und komplexer Sachverhalte in Verantwortlichkeitsprozessen. Dabei werden die allgemeinen Spielregeln des Zivilprozesses als bekannt vorausgesetzt.⁸

Um seine Aufgabe erfüllen zu können, muss der prozessierende Anwalt natürlich zuerst einmal selbst herausfinden, was überhaupt passiert ist. Jedenfalls, und hier trifft er bereits auf die erste nachfolgend zu behandelnde Schwierigkeit, soweit dies die vorhandenen juristischen Instrumente und die Gegenseite zulassen. Denn man kann die Parömie „da mihi factum, dabo tibi ius“ selbstverständlich auch umkehren: „Wenn ich dir den Zugang zu den Fakten verwehre, wirst du auch keinen Zugang zum Recht haben“. Anschliessend muss der Anwalt diese Fakten dem Gericht in einer Art und Weise präsentieren, welche die Position seines Klienten stärkt.

Als Ausgangspunkt ist es m.E. hilfreich, zunächst zu überlegen, weshalb im Verantwortlichkeitsrecht oft speziell weit zurückliegende und komplexe Sachverhalte zur Beurteilung stehen. Und zu fragen, welche der dazu beitragenden Faktoren unabänderlich sind, und welche zur taktischen Disposition der Parteien stehen. Und inwieweit sie eher der Klägerin oder dem Beklagten nützen.

⁶ Oder in öffentlichkeitsträchtigen Fällen manchmal *Falsches* (vgl. dazu unten, IV.3).

⁷ Immerhin seit einigen Jahren das bahnbrechende Werk von PETER HAFTER. Empfehlenswert (und über weite Strecken sehr unterhaltend geschrieben) ist – trotz der vielen amerikanischen Spezialitäten, die nicht ungeprüft übernommen werden können – auch das Buch, welches der Sprachwissenschaftler BRYAN A. GARNER zusammen mit dem ehemaligen Supreme Court Justice ANTONIN SCALIA verfasste.

⁸ Also insbesondere die allgemeinen Anforderungen an die Sachverhaltspräsentation nach den Regeln der ZPO (behaupten, beweisen, bestreiten, substantiieren) und den Ablauf eines Zivilprozesses, ebenso wie die sich allgemein und in allen Zivilprozessen nach der Verhandlungsmaxime stellenden praktischen Fragen und Probleme.

2. Bei Verantwortlichkeitsprozessen liegt der Sachverhalt oft zeitlich weit zurück – warum eigentlich?

Es ist eine Tatsache: Bei Verantwortlichkeitsprozessen, insbesondere solchen, bei denen es um mehr geht als um den simplen „Griff in die Kasse“ durch den Patron in KMU-Verhältnissen⁹ oder eine verspätete Bilanzdeponierung,¹⁰ liegt der Sachverhalt oft bereits weit zurück, wenn die Organe *erstmal*s zivilprozessual mit konkreten Vorwürfen konfrontiert werden.

Als (extremes) Beispiel kann der in BGer 4A_268/2018 beurteilte Sachverhalt dienen: Die Klage wurde am 26. April 2013 eingereicht. Die Klägerin stützte ihren Anspruch unter anderem auf angebliche Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit einer konzerninternen Umstrukturierung in den Jahren 1996/97 sowie dem Erlass eines Finanzierungshandbuchs im Jahr 1999. Die Klage wurde somit 17 Jahre, nachdem diese angeblichen Pflichtverletzungen stattgefunden haben sollen, eingereicht. Das letztinstanzliche Urteil erging dann am 18. November 2019, also 23 Jahre nach der gerügten Umstrukturierung. Die Gründe für diese Ausgangslage sind unter anderem folgende:

a) *In der Regel kein Zeitdruck aufgrund drohender Verjährung (in der Insolvenz)*

Gemäss Art. 760 Abs. 1 OR verjähren Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit binnen fünf Jahren von dem Tage an, an welchem die geschädigte Person¹¹ Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflich-

⁹ Diese Verfahren machen einen nicht unerheblichen Teil der publizierten Fälle aus. Der vorliegende Beitrag befasst sich aber schwerpunktmässig mit Konstellationen, in denen es um die eigentliche Unternehmensführung geht.

¹⁰ Auch bei den relativ häufigen Fällen des Verspätungsschadens liegt der umstrittene Sachverhalt im übrigen aber oft weit zurück: Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2015 vom 19. April 2016 zur Frage, ob in einem Revisionsbericht vom 6. Juni 1997 auf eine angebliche Überschuldung hätte hingewiesen werden müssen. Die Klage wurde am 5. August 2007, also mehr als zehn Jahre später, eingereicht. Das letztinstanzliche Urteil erging am 19. April 2016, also fast 20 Jahre später. Ähnlich Urteil des Bundesgerichts 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016: Vorgeworfen war die unterlassene Bilanzdeponierung am 12. Februar 2004, die Klageeinreichung erfolgte am 20. Januar 2012, also fast acht Jahre später, und das letztinstanzliche Urteil erging am 6. Januar 2016, zwölf Jahre später.

¹¹ Zur Geschlechterbezeichnung in diesem Aufsatz: Im Interesse der Lesbarkeit wird in der Regel nur entweder das Maskulinum oder das Femininum verwendet, wobei Personen des jeweils anderen Geschlechts mit gemeint sind. Im Interesse der gleichmässigen Berücksichtigung und vor dem Hintergrund der heute bestehenden statistischen Ausgangslage (Klägerinnen sind meistens Gesellschaften oder Konkurs- bzw. Nachlassmassen, Beklagte noch immer überwiegend männliche Organe), wird im Normalfall von „der Klägerin“ und „dem Beklagten“ gesprochen.

tigen erlangt hat („relative Verjährungsfrist“), jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet („absolute Verjährungsfrist“).

Diese Bestimmung wirkt auf den ersten Blick unspektakulär. Ihre konkrete gerichtliche Handhabung in der Insolvenz, kombiniert mit der Möglichkeit der potentiellen Klägerin, die Verjährung relativ einfach, risikolos und beliebig oft zu unterbrechen, führen im Ergebnis aber zu einer Situation, welche das Einklagen von sehr lange zurückliegenden Sachverhalten ausserordentlich begünstigt:

aa) Relative Verjährungsfrist in der Insolvenz praktisch bedeutungslos

Lehre und Rechtsprechung sind einhellig der Auffassung, dass die fünfjährige, relative Verjährungsfrist bei Konkursen frühestens mit der Konkurseröffnung (bzw. sogar erst mit der Auflage von Kollokationsplan und Inventar)¹² und bei Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung mit der gerichtlichen Bestätigung des Nachlassvertrages¹³ zu laufen beginnt.

Das heisst, dass in der Insolvenz das Gedächtnis der Gesellschaft für Verjährungszwecke quasi „gelöscht“ wird: Alle Sachverhalte, die sich in der *Vergangenheit* zutrugen (im Prinzip bis in die Ewigkeit zurück), können aus Sicht der relativen Verjährungsfrist noch während fünf Jahren nach der Insolvenz eingeklagt werden. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁴ ausdrücklich auch für die Abtretungsgläubiger im Konkurs nach Art. 260 SchKG.¹⁵ Und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob die entsprechenden Tatsachen der Gesellschaft, dem Aktionariat oder sogar einer breiteren Öffentlichkeit bereits seit Jahren bekannt waren.

Da die relative Verjährungsfrist zudem für die *Zukunft* beliebig oft unterbrochen werden kann (durch einfache Betreuung, Schlichtungsgesuch oder Ein-

¹² BGE 136 III 322 E. 4.4 S. 331; BGE 122 III 195 E. 9c S. 202 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 5; BÄRTSCHI, 328 f.; BÖCKLI, 328 f., § 18 N 470.

¹³ Urteil des Handelsgericht Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149 E. 2.4.2; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 5; BÖCKLI, § 18 N 470.

¹⁴ BGE 136 III 322 E. 4.4 S. 331 mit Hinweis auf BGE 122 III 195 E. 9c: „Keinesfalls aber kann die fünfjährige (relative) Verjährungsfrist für Verantwortlichkeitsansprüche der Gesamtheit der Gläubiger, welche einem Gesellschaftsgläubiger nach Art. 260 SchKG abgetreten wurden, einsetzen, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde.“

¹⁵ Den Abtretungsgläubigern wird allerdings im Rahmen der Abtretung der Ansprüche mit dem Formular 7 K von der Konkursverwaltung eine (üblicherweise erstreckbare) Frist zur Klageeinreichung angesetzt.

holen eines Verjährungsverzichts),¹⁶ führt diese Sichtweise dazu, dass diese Verjährungsfrist ab der Insolvenz auch gegen „vorne“, in die Zukunft, keine finale zeitliche Limite setzt.

Im Resultat entfaltet die *relative Verjährungsfrist* in der Insolvenz und bei einer sorgfältig handelnden Klägerin somit *keinerlei zeitliche Begrenzungswirkung*.¹⁷ Um es drastisch auszudrücken: Aus Sicht der relativen Verjährungsfrist könnten, wenn man die heute herrschende Auffassung in jedem Fall zum Nennwert nimmt, Sachverhalte, die einhundert Jahre vor der Insolvenz geschahen, noch einhundert Jahre nach der Insolvenz eingeklagt werden.

bb) Absolute Verjährungsfrist wirkt faktisch nur in die Vergangenheit („Periode Suspecte“)

Einen gewissen Schutz der Beklagten gegen „hinten“, in die Vergangenheit, bietet lediglich die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren. Sie beginnt mit dem Tag der schädigenden Handlung zu laufen, bzw. – bei vorgeworfenen Unterlassungen – am Tag, an dem *letztmals* hätte pflichtgemäss gehandelt werden müssen, um die Entstehung des Schadens zu vermeiden.¹⁸

Haben die Organe für mehrere Handlungen oder Unterlassungen einzustehen, beginnt für jede dieser Handlungen/Unterlassungen die absolute Verjährung gesondert zu laufen.¹⁹ Bei den – in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen

¹⁶ Vgl. Art. 135 und Art. 141 OR.

¹⁷ Daran dürfte auch die auf 1. Januar 2020 in Kraft getretene Änderung im Wortlaut von Art. 760 OR nichts geändert haben, ebenso wenig wie die mit der Aktienrechtsreform bevorstehende Verkürzung der relativen Verjährungsfrist von 5 auf neu 3 Jahre (Art. 760 Abs. 1 E-OR).

¹⁸ BÖCKLI, § 18 N 471 vgl. auch BÄRTSCHI, 330; FORSTMOSER, N 514; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 4.2, zur Bestimmung des Zeitpunkts einer pflichtwidrigen Unterlassung, dort im Zusammenhang mit der zeitlichen Wirkung einer Décharge. Seit dem 1. Januar 2020 beginnt die Frist auch gemäss Gesetzestext nun ausdrücklich „vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.“

¹⁹ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 513.

häufigen – Fällen von fortgesetzten Handlungen oder Unterlassungen beginnt die absolute Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, an dem das fehlerhafte Verhalten geendet hat.²⁰

Auch die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren kann – was im übrigen nicht immer als selbstverständlich galt²¹ – für die Zukunft beliebig oft unterbrochen werden, und es ist davon auszugehen, dass eine diligente Konkurs- oder Nachlassverwaltung dies ziemlich bald nach der Insolvenzeröffnung tun wird. Im Resultat schützt die absolute Verjährungsfrist die Organe in der Insolvenz daher lediglich, wenn der entsprechende Sachverhalt mehr als zehn Jahre vor der Insolvenz abgeschlossen war.

cc) *Fazit zur Verjährungssituation in der Insolvenz*

Man kann somit etwas vereinfacht sagen, dass die zivilrechtlichen²² Verjährungsregeln in der Regel lediglich eine Art „Periode Suspecte“²³ von zehn Jahren vor der Insolvenz etablieren. Die Klägerin kann sich – bei korrekter Verjährungsunterbrechung – für das Einklagen aller Handlungen und Unterlassungen, welche innerhalb dieses Zeitraumes geschahen, beliebig lange Zeit lassen.

dd) *Pro Memoria: Die Décharge als (oft lediglich vermeintlicher) zeitlicher Schutz*

Auf den ersten Blick einen gewissen Schutz gegen lange zurückliegende Klagen bietet Art. 758 Abs. 2 OR (Décharge): Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet eine gültige Décharge einen materiellrechtlichen Verzicht der Gesellschaft auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprü-

²⁰ Urteil des Bundesgerichtes 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichtes 4A_67/2008 vom 27. August 2009 E. 7.3; Urteil des Bundesgerichtes 4A_65/2008 vom 3. August 2009 E. 9.2; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073, E. 2.2; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 4; BÖCKLI, § 18 N 472. Seit dem 1. Januar 2020 nimmt Art. 760 Abs. 1 OR nun ausdrücklich auf das Ende des pflichtwidrigen Verhaltens Bezug.

²¹ Vgl. BGE 112 II 231 E. 3e/aa S. 232 f., wo das Bundesgericht die damals umstrittene Möglichkeit zur Unterbrechung der absoluten Verjährungsfrist nach der im wesentlichen parallelen Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 OR bejahte (bestätigt in BGE 123 III 213 E. 6/a S. 219).

²² Die Frist kann sich bei strafrechtlich relevanten Vorwürfen noch verlängern: Art. 760 Abs. 2 OR; vgl. dazu BÄRTSCHI, 330 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 9; FORSTMOSER, N 498 und 523.

²³ In freier Anlehnung an die Terminologie bei den Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG).

chen.²⁴ Damit wären Klagen auf Ersatz des Gesellschaftsschadens ab dem Zeitpunkt der Décharge (bzw. für die nicht zustimmenden Aktionäre nach Ablauf einer 6-Monatsfrist²⁵) an sich ausgeschlossen.

Das soll aber nach der herrschenden²⁶ – wenn auch nicht ganz unbestrittenen²⁷ – Auffassung gerade im häufigsten Fall nicht gelten, in welchem ein Gesellschaftsschaden²⁸ eingeklagt wird: nämlich bei einer Klage der Gläubigersamtheit oder einzelner Abtretungsgläubiger in der Insolvenz. Damit verliert die Décharge ausgerechnet in jener Konstellation, in welcher (a) die Gefahr einer Klage in der Praxis besonders gross ist, und in der (b) die Verjährungssituation den Beklagten am wenigsten Schutz vor der Geltendmachung lange zurückliegender Sachverhalte bietet (vgl. vorstehend, I.2.a), weitestgehend ihre Schutzwirkung: nämlich in der Insolvenz.

Auch in den übrigen Konstellationen verspricht die Décharge im übrigen oft mehr, als sie hält: Sie wirkt überhaupt nicht bei einem direkten Schaden von Gläubigern²⁹ und gegenüber der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären nur für „bekanntgegebene Tatsachen“ (Art. 758 Abs. 1 OR).³⁰ Ausserdem wirkt sie nur für Pflichtverletzungen im Zeitraum, für den die Décharge erteilt wurde (unabhängig vom Auswirkungszeitraum).³¹ Und schliesslich haben Personen, welche „in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben“ (Art. 695 OR), kein Stimmrecht bei der Décharge – was der gültigen Déchargeerteilung in kleineren Verhältnissen sowie bei Konzern-Untergesell-

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2014 vom 5. August 2014 E. 6.3; vgl. auch BGE 131 III 640 E. 4.2.1 S. 644.

²⁵ Diese Frist soll mit der laufenden Aktienrechtsrevision auf zwölf Monate ausgedehnt werden und künftig während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung sowie während deren Durchführung stillstehen (Art. 758 Abs. 2 E-OR).

²⁶ BGE 142 III 23 E. 4.4 S. 34; BGE 136 III 148 E. 2.5 S. 151; BGE 132 III 342 E. 4.1 S. 349; BÄRTSCHLI, 323 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 135; OULEVEY, 226; VON DER CRONE, § 12 N 124; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Verantwortlichkeit, 69.

²⁷ Vgl. die Kritik bei GRAF, 391 f.; ISLER/SCHOTT, 218 und 224.

²⁸ Gläubigersamtheit und Abtretungsgläubiger klagen in der Insolvenz nicht den Schaden der Gläubigersamtheit ein, sondern jenen der Gesellschaft: BGE 142 III 23 E. 4.3 S. 32; BGE 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570.

²⁹ BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 4; FORSTMOSER, N 29.

³⁰ Wobei im einzelnen umstritten ist, ob die Aktionäre von den Tatsachen tatsächlich Kenntnis haben mussten, oder ob es reicht, dass diese *erkennbar* waren (siehe dazu BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 3; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, Déchargebeschluss, 337).

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2014 E. 6.3 vom 5. August 2014 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 6.3, BÖCKLI, § 18 Rz 451c.

schaften oft enge Grenzen setzt.³² In Konzernverhältnissen, in denen nicht selten argumentiert wird, die formellen und materiellen Organe der Obergesellschaft hätten als faktische Organe der Tochtergesellschaften auch für den dort entstandenen Schaden einzustehen, sind zudem die Schwierigkeiten der Déchargeerteilung an faktische Organe zu beachten.³³

b) Insolvenzverfahren oft als Vorbedingung eines Prozesses

Ein weiterer Grund für den oft langen Zeitraum, der zwischen den tatsächlichen Ereignissen und der Klageeinleitung verstreicht, liegt darin, dass Pflichtverletzungen der Organe regelmässig überhaupt erst nach Eintritt der Insolvenz geltend gemacht werden (können).

Verantwortlich dafür sind verschiedene rechtliche und tatsächliche Eigenarten der schweizerischen Ausgangslage, welche den Klagewillen oder die Klagemöglichkeit der drei Anspruchsgruppen (Aktionäre, Gläubiger, Gesellschaft) ausserhalb der Insolvenz stark hemmen. Darunter die folgenden: Weil Aktionäre bei aufrechtstehenden Gesellschaften in aller Regel³⁴ nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen können (Art. 756 OR), fehlt ihnen im Normalfall der ökonomische Anreiz zur Einreichung einer Klage.³⁵ Die Gläubiger entfallen bei aufrechtstehenden Gesellschaften aus rechtlichen Gründen praktisch voll-

³² Rechtsfolge der Mitwirkung von gemäss Art. 695 OR nicht stimmberechtigten Personen am Déchargebeschluss ist zwar grundsätzlich lediglich dessen Anfechtbarkeit (BÖCKLI, §18 N 455b). Einige Stimmen in der Lehre gehen jedoch unter gewissen Voraussetzungen von dessen Nichtigkeit aus (BaK-GERICKE/WALLER, Art. 695 OR, N 8; FORSTMOSER, N 430 und Fn. 834; ISLER/SCHOTT, 211).

³³ Die Décharge kann zwar nach der wohl herrschenden Lehrmeinung grundsätzlich auch einem faktischen Organ erteilt werden (BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 2; HINSEN, 543; VON DER CRONE, § 12 N 121). Dazu müssten die faktischen Organe sowie ihre Organtätigkeit jedoch der Generalversammlung bekannt gegeben werden, was in der Praxis regelmässig zu Schwierigkeiten führen dürfte (so ISLER/SCHOTT, 201; vgl. auch FORSTMOSER, N 455 und Fn. 893a, welcher die Entlastung faktischer Organe „in der Regel“ ablehnt, da deren Verwaltungstätigkeit der Generalversammlung nicht bekannt sein dürfte; ebenso OULEVEY, 107 f.). Was dieses „Bekanntgeben“ im Konzern, in welchem die Generalversammlung (Muttergesellschaft) ja üblicherweise über die Konzernorganisation im Bilde ist, genau voraussetzt, ist aber soweit ersichtlich ungeklärt.

³⁴ Die in der Bundesgerichtspraxis erwähnten Ausnahmen (unmittelbarer Aktionärsschaden ohne Gesellschaftsschaden, vgl. etwa BGE 142 III 23 E. 4.2.2 S. 31 f.; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311) fristen bisher ein eher akademisches Dasein.

³⁵ Der klagende Aktionär trägt direkt und allein die Aufwendungen und Risiken einer Klage, profitiert aber beim Obsiegen *nicht direkt* – und bei mehreren Aktionären auch *nicht allein* („Trittbrettfahrer“-Problem) – vom möglichen Erfolg. Entsprechend selten sind solche Klagen.

ständig als mögliche Kläger.³⁶ Und die *Gesellschaft* selbst könnte zwar den durch ein Fehlverhalten der Organe bei ihr eingetretenen Schaden bereits vor Eintritt einer Insolvenz einklagen, aber traditionell waren solche Klagen bisher in der Schweiz aus einer Reihe von – teilweise wohl auch kulturellen – Gründen³⁷ selten.

Auch wenn sich bezüglich des letzten Punktes mit Blick auf jüngere Vorkommnisse vielleicht eine gewisse Trendwende abzeichnen könnte (vgl. unten, I.2.f)), wird das typische Verantwortlichkeitsverfahren in der Schweiz nach wie vor von der Insolvenzmasse oder von einzelnen Abtretungsgläubigern (Art. 260 SchKG) gestartet, *nachdem* die Gesellschaft in die Insolvenz fiel.³⁸ Erst dann ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlich überhaupt möglich, dass die Gläubiger (bzw. die Gläubigergesamtheit handelnd durch die Insolvenzmasse) Klage auf Ersatz des *Gesellschaftsschadens* erheben.³⁹

Man könnte daher in Anlehnung an die Strafrechtsterminologie der „objektiven Strafbarkeitsbedingung“⁴⁰ sagen, dass die *Insolvenz* rein faktisch (aber natürlich nicht rechtlich) betrachtet bisher weitgehend eine „objektive Haft-

³⁶ Vgl. Art. 756 OR. Was das Klagerecht der Gläubiger für ihren eigenen, unmittelbaren Schaden ohne Gesellschaftsschaden betrifft, gilt praktisch dasselbe wie für den unmittelbar geschädigten Aktionär (vgl. oben, Fn. 34).

³⁷ Vgl. dazu etwa VON DER CRONE/BAUM, 290 ff. Ins Feld geführt wird z.B. oft, dass es für die Gesellschaft und ihre Aktionäre (und den Aktienkurs) ungünstig sein könne, wenn mögliches Fehlverhalten der Organe öffentlich prozessual ausdiskutiert wird. Weil damit oft auch ein Fehlverhalten der Gesellschaft selbst (als juristischer Person) verbunden ist, könnten solche Prozesse zudem zu Klagen und Aufsichtsverfahren (auch in anderen Jurisdiktionen, z.B. in den USA) führen, welche für die Gesellschaft und die Gesamtheit der Aktionäre Risiken bergen, welche den möglichen Gewinn aus einem Verantwortlichkeitsverfahren nicht aufwiegen. Zudem stellt sich dann die Frage der Verletzung einer Aufsichtspflicht (und der solidarischen Haftung) jener Exekutiv-Organe, welche in das Fehlverhalten nicht direkt involviert waren – und welche nun die Klage anstrengen sollten. Darüber hinaus besteht aber gemäss meinem subjektiven Eindruck wohl auch eine ganz allgemeine, oft unausgesprochene Hemmung, „schmutzige Wäsche“ (auch betreffend die Vorgänger-Organe) in der Öffentlichkeit zu waschen.

³⁸ Vgl. etwa die Darstellung der grösseren Verantwortlichkeitsklagen der letzten 20 Jahre bei FABIAN AKERET.

³⁹ BGE 142 III 23 E. 4.3 S. 32. Die vom Bundesgericht daneben noch einen Spalt weit offen gelassene Möglichkeit einer Klage der Gläubiger aus eigenem Recht in der Insolvenz (für den von ihnen unmittelbar erlittenen Schaden; 142 III 23 E. 4.3 S. 33) ist bisher eher Futter für Lehrbücher als für Gerichtsverfahren.

⁴⁰ So wie die Konkurseröffnung (bzw. der ausgestellte Verlustschein) eine bildet, für die Mehrheit der Konkursdelikte (vgl. dazu und zum Begriff: BaK-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} StGB, N 8 ff.).

barkeitsbedingung“ der Organe bildet(e). Und zwar eben nicht nur – wie man erwarten würde – für einen möglichen Schaden, den die Gläubiger als Folge der Insolvenz erlitten, sondern auch für den *lange vor Eintritt der Insolvenz gestifteten Gesellschaftsschaden*.

Das führt dazu, dass in vielen Gesellschaften fragwürdiges Organverhalten „schlummert“, das nie gerichtlich überprüft wird, allein deshalb, weil die Gesellschaft nicht in die Insolvenz fällt.⁴¹ Fällt sie dann aber – vielleicht aus einem *völlig anderen Grund* – in die Insolvenz, geraten diese alten Tatsachen ins grelle Scheinwerferlicht: Denn sie werden nun zur Quelle möglicher Verlustminderung der Gläubiger in der Insolvenz.⁴² Jetzt beugen sich klagewillige Juristenköpfe über manchmal längst vergessen geglaubte Protokolle, Strategiepräsentationen und Rechnungslegungsdokumente der vergangenen zehn Jahre vor dem Konkurs (vgl. zu dieser „Periode Suspecte“ oben, I.2.a)cc)).

Dabei setzt die bloss *Eröffnung* der Insolvenz die Klägerinnen faktisch und rechtlich meistens noch nicht in eine genügende Ausgangslage, um eine Klage anzuheben.⁴³ Die Höhe des Schadens etwa, den die Insolvenzmasse geltend machen kann, ist oft abhängig von Ereignissen nach der Insolvenz (vgl. dazu I.2.d) unten) sowie vom Ausgang des Kollokationsverfahrens und der Verwertung gewisser Aktiven.⁴⁴ Das Insolvenzverfahren muss somit vor der Klage nicht nur eröffnet, sondern oft auch schon ein gutes Stück weit *durchgeführt* sein. Auch das nimmt Zeit in Anspruch.

⁴¹ So ist es zum Beispiel bemerkenswert, dass im Gefolge der Finanzkrise von 2007 und der Unruhen im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis, in deren Zusammenhang das Organverhalten bei einzelnen Instituten in der Öffentlichkeit und teilweise auch vom Regulator heftig gerügt wurde, und in deren Rahmen Schweizer Banken zu Verlusten in zweistelliger Milliardenhöhe gelangten, soweit ersichtlich keine Organe zivilrechtlich eingeklagt wurden, unter Schweizer Recht. Es fehlte (auch aufgrund des Eingreifens der öffentlichen Hand mit Steuergeldern) schlicht an der Insolvenz.

⁴² Speziell günstig ist die Anreizsituation für die Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG. Sie sind für den erhofften Klagebetrag gegen die Organe im Erfolgsfall noch vor den Erstklass-Gläubigern privilegiert, und bilden im Konkurs quasi eine „nullte Klasse“, bis zum Betrag ihrer kollozierten Forderung, indem sie den Prozessorlös bis zu jenem Betrag zu 100% behalten dürfen (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Und zwar auch für Schäden, welche mit ihrer Stellung als Gläubiger nichts zu tun haben.

⁴³ Und Eile ist nach dem unter I.2.a) Gesagten in der Regel nicht geboten.

⁴⁴ Zwar erlaubt die in BGE 111 II 164 E. 1b–c S. 167 f. begründete Praxis es der Masse in gewissen Konstellationen, einen Schaden auch bereits einzuklagen, bevor feststeht, wie hoch dessen definitive Höhe nach erfolgter Verwertung der Aktiven dereinst sein wird. Auch hier dürfte bei richtiger Betrachtung aber zumindest gefordert sein, dass das Kollokationsverfahren abgeschlossen ist.

Auch die einzelnen Gläubiger, welche ohne Mitwirkung der Insolvenzmasse, auf eigene Faust losziehen wollen, sind für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens darauf angewiesen, dass das Insolvenzverfahren zunächst durchgeführt (und finanziert!) wird: Das Bundesgericht legt Art. 757 Abs. 2 OR, wonach jeder Gläubiger⁴⁵ zur Klage berechtigt sei, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche „verzichte“, so aus, dass dieser „Verzicht“ im Rahmen eines durchgeführten Konkursverfahrens mit Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG erfolgen muss – und nicht etwa, wie der Wortlaut durchaus auch nahe legen könnte, durch einen Verzicht auf die Durchführung des Konkursverfahrens (mangels Aktiven).⁴⁶ Zur sicheren Etablierung der Aktivlegitimation und um zu wissen, bis zu welchem Betrag die entsprechende Klägerin bei der Abrechnung eines möglichen Prozessgewinns privilegiert ist (und es sich also zu klagen lohnt), ist zudem faktisch eine definitive Kollokation der entsprechenden Gläubigerin erforderlich.⁴⁷

c) *Abwarten des Strafverfahrens durch die Klägerin*

Häufig stehen bei komplexen Verantwortlichkeitsklagen auch strafrechtlich relevante Vorwürfe im Raum. In der Regel entscheiden sich potentielle Klägerinnen, den Ausgang dieses Strafverfahrens – welches bei Wirtschaftsstraffällen jahrelang dauern kann – abzuwarten (und soweit rechtlich möglich daran teilzunehmen), bevor sie zivilrechtliche Klage erheben (vgl. zur Rolle des Strafverfahrens bei der Aufarbeitung des Sachverhaltes unten, II.5). Auch das führt zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen.

d) *Prioritäre Aufgaben der Masse und komplexe Aufarbeitung des Sachverhaltes*

Ein weiterer Grund für die lange Zeit, die in der Insolvenz oft zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und einer Klage (und damit auch zwischen den relevanten Ereignissen und einer Klage) verstreicht, liegt darin, dass die

⁴⁵ Und zumindest dem Buchstaben nach auch jeder Aktionär.

⁴⁶ BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 9.3.4; BaK-BERTI, Art. 260 SchKG, N 26.

⁴⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann zwar jeder kollozierte Gläubiger die Abtretung verlangen, solange seine Forderung nicht aufgrund einer Kollokationsklage (Art. 250 SchKG) definitiv aus dem Kollokationsplan entfallen ist (BGE 145 III 101 E. 4.1.1 S. 104; BGE 138 III 628 E. 5.3.2 S. 634; BGE 128 III 291 E. 4c/aa S. 293). Bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Zulassung des Abtretungsgläubigers ist die Abtretung aber auflösend bedingt (BGE 128 III 291 E. 4c/aa S. 293; BGE 111 II 81 E. 3a S. 83; Entscheid der Chambre de surveillance Genf vom 3. Mai 2018, E. 2.2, zitiert in: BLSchK 2019, 74; BaK-BERTI, Art. 260 SchKG, N 28), was die Konkursverwaltung in der Abtretungsverfügung ausdrücklich anordnen kann (Urteil des Bundesgerichts 7B.206/2005 vom 2. Februar 2006 E. 4).

Insolvenzmasse gerade in grösseren und komplexen Fällen ihre hauptsächlichste und dringendste Aufgabe zunächst nicht in der Führung von Verantwortlichkeitsklagen sieht, und auch nicht in der zur Vorbereitung notwendigen Erstellung von Inventar und Kollokationsplan:

Oft muss in solchen grossen Fällen am Anfang primär das „Unternehmen“ operativ weitergeführt werden und der Insolvenzverwalter sieht sich zunächst eher in der Rolle eines CEO. Es müssen die Beteiligungen überwacht, Rechte und Bewilligungen gewahrt, mögliche Käufer für Unternehmensteile gefunden und evaluiert und die ganzen aufwendigen M&A-Arbeiten mit Verkäufer-Due Diligence und Vertragsverhandlungen erledigt werden. Verträge müssen abgewickelt, neu abgeschlossen, gekündigt oder geändert, Vergleiche über umstrittene Forderungen geschlossen werden, etc. Dies alles, um die Werterhaltung im Interesse der Gläubiger sicherzustellen und unter einem gewissen Zeitdruck, da der Zeitraum unter der Kuratel einer Insolvenzmasse üblicherweise nicht dazu geeignet ist, den Wert eines Unternehmensteils oder anderer Aktiven (zu denen auch die Immaterialgüterrechte, insbesondere die sensiblen Markenrechte gehören) zu steigern. In Konzernverhältnissen ist zudem das Konzern-Geflecht zu „entwirren“ und die verschiedenen Insolvenzmassen – die nun oft von unterschiedlichen Insolvenzverwaltern geführt werden, manchmal in unterschiedlichen Jurisdiktionen – müssen sich gegenseitig über ihre Forderungen auseinandersetzen und es müssen einzelne Konzerngesellschaften, welche bisher am Nabel des Konzerns hingen, faktisch und vertraglich auf eine Basis gestellt werden, welche sie „stand-alone“ an Dritte verkäuflich machen. All das absorbiert die Insolvenzverwaltung in einer ersten Phase üblicherweise weit mehr und ist dringlicher als mögliche Verantwortlichkeitsverfahren – auch wenn die Erwartung der Öffentlichkeit manchmal eine andere sein mag.⁴⁸

Weiter gibt es aus Sicht der Insolvenzmasse auch oft Aktiv- und Passivprozesse, die wesentlich dringender zu führen sind (etwa Kollokationsverfahren oder Eigentumsansprüchen) oder Ansprüche – wie insbesondere früher die paulianischen Anfechtungsklagen⁴⁹ – die mit Verwirkungsfristen belegt sind, welche anders als die Fristen im Zusammenhang mit den Verantwortlichkeitsansprüchen nur durch gerichtliche Klage unterbrochen werden können.

⁴⁸ Oft ergibt auch erst das Resultat dieser Bemühungen den relevanten Sachverhalt, namentlich die Höhe des Schadens, für einen später anzustrebenden Verantwortlichkeitsprozess (ein Punkt, der von entscheidender Bedeutung ist; vgl. dazu unten, I.2.f) a.E.).

⁴⁹ Diese Konstellation wurde mit der Revision von Art. 292 SchKG im Jahr 2013 (in Kraft getreten am 1. Januar 2014), welche die dortige Verwirkungsfrist in eine Verjährungsfrist umwandelte, allerdings erheblich entschärft.

Und schliesslich erfordert jene Aufgabe, welche Thema dieses Beitrags ist, die Aufarbeitung und Evaluierung von Sachverhalten, welche Anlass zu einer Verantwortlichkeitsklage geben könnten, aufgrund der Komplexität der Verhältnisse ebenfalls erhebliche Zeit.

Die Dringlichkeit und Fülle dieser Massnahmen wird ergänzt durch die Gewissheit, dass aus Verjährungssicht wie gesehen (oben, I.2.a)) praktisch kein Zeitdruck zur Einreichung von Verantwortlichkeitsklagen besteht (vgl. aber unten, II.3, zu den taktischen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Zeitablauf).

e) „Tranchenweises“ Einklagen von Sachverhaltskomplexen

Die geschilderte Verjährungssituation erlaubt es der Klägerin zudem – wie etwa in den *Swissair*-Verfahren – nicht einen grossen Verantwortlichkeitsprozess zu führen, sondern mehrere, zeitlich hintereinander gestaffelte Klagen gegen (teilweise) identische Beklagte, aber betreffend unterschiedliche Sachverhaltskomplexe.

Dieses Vorgehen ermöglicht es einerseits, die einzelnen Verfahren schlanker zu halten, und auf eine dem Gericht einfacher zu vermittelnde, isolierte Grundlage zu stellen. Andererseits kann so bei ähnlichen Ausgangslagen zunächst im Sinne eines Pilot-Prozesses abgeklärt werden, wie die Prozesschancen stehen (auch im Hinblick auf Vorfragen, die sich im Zusammenhang mit verschiedenen Sachverhaltskomplexen identisch stellen, wie etwa die Frage der Überschuldung einer Gesellschaft zu einem gegebenen Zeitpunkt). Und es besteht die Möglichkeit, aus den früheren Klagen für spätere lernen zu können. Teilweise kann damit auch das Ziel verfolgt werden, mit den ersten, starken Klagen eine günstige Ausgangslage für einen Gesamtvergleich auch im Hinblick auf unsicherere Sachverhaltskomplexe zu schaffen. Diese Vorteile bedingen zumindest teilweise, dass das rechtskräftige, letztinstanzliche Urteil betreffend die jeweils frühere Klage bekannt ist, bevor die nächste eingereicht wird.

Falls sich die Klägerin zu diesem Vorgehen entschliesst, und die verschiedenen Klagen wie an einer Perlenkette zeitlich hintereinander aufreiht, führt dies – aufgrund der Verfahrensdauer für die einzelnen Klagen von mehreren Jahren – zusätzlich zu den vorstehend genannten Punkten natürlich zu einer enormen zeitlichen Verzögerung betreffend der am hinteren Ende der Perlenkette aufgereihten Klagen.

f) *Bei aufrechtstehenden Unternehmen: Kontrollwechsel, Entlassung, interne Untersuchung.*

Während die bisher aufgezählten Punkte primär den (typischen und häufigen) Fall der Verantwortlichkeitsklage in der Insolvenz beschlagen (mit Ausnahme des Abwartens des Strafverfahrens), liegt der Grund für die zeitlichen Verzögerungen für die immer noch relativ seltenen Klagen gegen die Organe aufrecht stehender Gesellschaften typischerweise in einem anderen Bereich:

Aufgrund der vorstehend geschilderten Rechts- und Interessenlage (oben, I.2.b)) kommt ausserhalb der Insolvenz faktisch beinahe nur die Gesellschaft selbst als Klägerin in Frage. Diese handelt im Normalfall durch den Verwaltungsrat.⁵⁰ Dessen Mitglieder werden aber in der Regel davor zurückschrecken, Verantwortlichkeitsklagen im Zusammenhang mit Sachverhaltskomplexen, die sich während ihrer eigenen Amtszeit zutragen, anzustrengen. Damit es zur ernsthaften Prüfung von möglichen Ansprüchen kommt, ist, wenn man die Fälle in der Praxis betrachtet, daher in aller Regel zunächst ein (beinahe) vollständiger Wechsel in der Zusammensetzung des Verwaltungsrates notwendig. Diese Entwicklung braucht Zeit, und die neuen Führungskräfte haben oft vordringliche Prioritäten, so dass auch hier der kritische juristische Blick oft erst mit einer gewissen Verzögerung auf Ereignisse in der Vergangenheit fällt.

Aus einer Vielzahl von Gründen haben Gesellschaften zudem auch nach einer solchen Auswechslung der Organe gewisse Hemmungen, wenn es darum geht, den Streit mit ihren *ehemaligen* Organen vor Gericht und in der Öffentlichkeit auszutragen.⁵¹

In der Regel braucht es daher neben dem Wechsel in der personellen Zusammensetzung des Verwaltungsrates auch noch einen zusätzlichen, aussergewöhnlichen Impuls, damit Gesellschaften eine solche Klage ernsthaft prüfen. Beispiele sind etwa:

⁵⁰ Vgl. zur Ausnahme Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR, welcher gemäss BGE 132 III 707 E. 3 S. 711 ff. auch für die Ernennung des Prozessbeistands gelten soll, so dass in seltenen Konstellationen auch Aktionäre, welche nur über die Minderheit der Stimmen verfügen, die Gesellschaft zu einer Verantwortlichkeitsklage „zwingen“ können, handelnd durch andere Personen als den Verwaltungsrat. Diese Möglichkeit ist allerdings, wie der Verfasser aus eigener Anschauung weiss, mit zahlreichen praktischen Hürden versehen und spielt in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle.

⁵¹ Vgl. dazu oben Fn. 37.

- Ein erneuertes Aktionariat, im Rahmen einer M&A Transaktion (Beispiel: Arbonia);⁵²
- Regulatorischer Druck (Beispiel: UBS);
- Das Ende einer Ära, mit einem Kulturwechsel (Beispiel: Raiffeisen);
- Politischer/öffentlicher Druck (Beispiel: Postauto AG);
- Unerwartete und einschneidende wirtschaftliche Schwierigkeiten.⁵³

Aufrechtstehende Gesellschaften entscheiden sich zum schwerwiegenden Schritt einer Klageeinleitung aber selbst dann oft nur zögerlich und oft nur auf der Basis von umfangreichen internen (oder regulatorischen) Untersuchungen und Gutachten, welche das Handeln der klagenden (neuen) Organe absichern sollen. Dazu kann auch das Abwarten eines Strafverfahrens gehören. All das beansprucht zusätzliche Zeit.

Manchmal ist es auch so, dass sich ein Schaden aufgrund eines fragwürdigen Organverhaltens erst nach einer gewissen Zeit materialisiert, oder zumindest dessen konkrete Berechnung erst möglich wird, nachdem Folgeentwicklungen stattfanden und die Resultate von schadensmindernden Massnahmen vorliegen (z.B. Verträge gekündigt und rechtliche Auseinandersetzungen mit Drittparteien geführt wurden).

3. Zwischenfrage: Wem nützt der lange Zeitablauf mehr? Der Klägerin oder dem Beklagten?

Im weiteren Sinn zur Aufarbeitung des Sachverhalts gehört aus Sicht der Klägerin auch die Frage, *wann* ein Sachverhalt einem Gericht vorgelegt werden soll. Einige der vorstehend geschilderten Gründe für den langen Zeitablauf liegen dabei (zumindest teilweise) im Machtbereich der möglichen Klägerin. Sie kann daher – vor dem Hintergrund der *rechtlichen* Ausgangslage, welche wie gesehen ein praktisch unbeschränktes Zuwarten erlaubt – teilweise *taktisch* steuern, wann sie klagen will. Entsprechend wird kurz die Frage gestreift, wem ein langer Zeitablauf vor Einreichung der Klage eher nützt.

Auf den ersten Blick, und rein technisch betrachtet, dürfte dies die Klägerin sein. Sie ist in aller Regel Herrin über die Akten, während der Beklagte weitgehend auf seine Erinnerung angewiesen ist (vgl. unten, I.2). Ausserdem werden die Anforderungen, Regeln und Erwartungen an eine gute Unternehmensfüh-

⁵² AKERET, 107 ff.; JACQUEMART CHARLOTTE, Edgar Oehler will Schadenersatz in Millionenhöhe, NZZ vom 4. November 2007, S. 39.

⁵³ Das Beispiel kann noch nicht geliefert werden, weil der Fall bislang nicht öffentlich bekannt wurde.

rung in der Tendenz eher strenger, so dass es für die Klägerin von Vorteil sein kann, wenn ein vergangener Sachverhalt mit der Brille von heute oder sogar von morgen betrachtet wird (vgl. unten, IV.3).

Es gibt allerdings auch zumindest drei Aspekte, welche m.E. aus Sicht der Klägerin manchmal gegen ein allzu langes Zuwarten sprechen dürften:

- Eine gewisse „cooling-off“ Periode kann, vor allem in Fällen mit einer hohen Publizität, durchaus dem Beklagten entgegenkommen. Das Abklingen der ersten grossen Empörungswelle kann manchmal helfen, die Auseinandersetzung zu versachlichen und den unvoreingenommenen Blick auf das Geschehene zu öffnen.
- Ganz subjektiv betrachtet (und ein wenig dem Versuch erliegend, in richterlichen Äusserungen zwischen den Zeilen zu lesen) habe ich zuweilen den Eindruck, dass es als Klägerin generell nicht immer ganz einfach ist, Richtern den Eindruck zu vermitteln, dass hier „ein ganz grosses Unrecht“ geschah, welches gerichtlich korrigiert werden müsse, wenn man nach zehn oder mehr Jahren erstmals an ein Gericht gelangt, mit einem umfangreichen und komplexen Sachverhalt.⁵⁴
- Soweit man es mit Beklagten zu tun hat, welche nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um den verursachten Schaden voll zu decken,⁵⁵ ist aus klägerischer Sicht zudem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Versicherungsdeckung unter den typischen „Claims-made“ Organhaftpflichtversicherungs Policen nur greift, wenn ein konkreter Anspruch von einer potentiellen Klägerin innert einer manchmal recht kurzen Frist geltend gemacht oder zumindest konkret angedroht wird.

⁵⁴ Manchmal sind die Äusserungen auch gar nicht so subtil. Ein Richter reagierte auf die Ankündigung einer Klägerin, sie wolle nicht vergleichen, weil sie – nach Jahren – noch weitere Sachverhaltskomplexe in der Hinterhand habe, welche sie dann später noch einklagen werde, mit der Bemerkung: „Ihnen ist schon klar, dass Sie mit so einer Geschichte hier eine ganze Abteilung praktisch lahmlegen, ja?“

⁵⁵ Eine noch bestehende Versicherungsdeckung kann die Dynamik – auch im Hinblick auf Vergleichsgespräche – aber abgesehen von der reinen Frage der Zahlungsfähigkeit auch sonst verändern. Üblicherweise eher zu Gunsten der Klägerin.

4. Bei Verantwortlichkeitsprozessen ist der Sachverhalt oft ungewöhnlich komplex

Die Komplexität des Sachverhaltes bei jener Art von Verantwortlichkeitsklagen, welche den primären Gegenstand dieses Beitrages bilden,⁵⁶ ergibt sich aus mehreren, wahrscheinlich nicht abschliessend aufzählbaren Faktoren. Zu nennen sind unter anderem die Folgenden:

Erstens geht es bei solchen Prozessen oft um die Unternehmensführung, und das Unternehmen definiert sich bereits per se als „komplexes System“.⁵⁷ Zweitens steht dieses Unternehmen im Wettbewerb. Es wird also in einem Umfeld tätig, in welchem andere Rechtssubjekte völlig legitimerweise und aktiv sein Schlecht-Ergehen, ja letztlich seinen Untergang betreiben. Es genügt demnach nicht (wie etwa bei einem Lokführer oder einem Piloten), einfach „alles richtig“ zu machen, entsprechend vorgegebener Regeln, um nicht zu scheitern. Sondern man muss – mit den vorhandenen Mitteln – besser sein als andere, welche dasselbe allerdings auch versuchen. Drittens erstrecken sich die Sachverhalte, welche der Überprüfung unterliegen, oft über einen längeren Zeitraum und bestehen aus zahlreichen Einzelereignissen und Teil-Entscheiden, die oft eine grosse Anzahl natürlicher und gegebenenfalls juristischer Personen involvieren.⁵⁸ Und viertens ist oft auch das vom Unternehmen betriebene Geschäft komplex, und seine Gesetzmässigkeiten, Rahmenbedingungen und die kulturellen und rechtlichen Eigenheiten einer Branche sind für Aussenstehende manchmal nur mit Expertenhilfe erschliessbar.

Als letzter Punkt zu nennen ist die Tatsache, dass bei grösseren Unternehmen oft viele Dinge gleichzeitig passieren, welche sich gegenseitig beeinflussen – allenfalls auch im Widerspruch zueinander stehen –, und dass gerade in schwierigen Situationen laufend und schnell und in grosser Zahl Entscheide getroffen werden müssen, oft bei unvollständiger Informationslage und unter dauernd wechselnden Rahmenbedingungen. Viele dieser Entscheidungen schliessen andere Möglichkeiten definitiv aus, ohne dass man je erfahren würde, wie sich die Dinge entwickelt hätten, wenn man bei einer dieser zahlreichen Weggabelungen eine andere Abzweigung genommen hätte.

⁵⁶ Oben, I.2.

⁵⁷ Urteil des Bezirksgerichts Bülach DG060090 vom 4. Juni 2007 E. 16.3.3; Urteil des Bezirksgerichts Bülach DG060081 vom 4. Juni 2007 E. 12.3, je mit Verweis auf RÜHLI, 59.

⁵⁸ Der Swissair-Konzern etwa bestand auf dem Höhepunkt seiner Tätigkeit aus mehr als 250 Einzelgesellschaften.

5. Vor diesem Hintergrund: Die drei Hauptaufgaben des Prozessanwalts

Vor diesem Hintergrund hat der Prozessanwalt im Zusammenhang mit dem Sachverhalt – wie eigentlich in jedem Prozess – meines Erachtens drei zentrale Aufgaben:

1. Herausfinden, was war (Etablierung des Sachverhalts);
2. Schauen, was wie beweisbar/widerlegbar ist;
3. Die „Geschichte erzählen“.

Im Idealfall gelingt es ihm zudem, den Gang der Geschichte auch noch zu beeinflussen. Das ist seine vierte Aufgabe (vgl. dazu unten, V).

II. Aufgabe 1: Etablierung des Sachverhaltes

1. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler

In einem ersten Schritt geht es darum, herauszufinden, was genau passiert ist. Das klingt lapidar. Und ist eigentlich simples, manchmal ermüdendes Handwerk, welches in wochenlanger Arbeit in Archiven und anlässlich von Gesprächen mit den Beteiligten erledigt werden muss. Das meiste davon wird das Gericht mangels Relevanz nie sehen.

Nach meiner subjektiven Einschätzung kommt es im Rahmen dieser Aufgabe vor allem zu folgenden drei Fehlern:⁵⁹

a) Zu frühe Selbst-Beschränkung auf Aufgabe 2 (Beweisbares) und Rechtliches

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte zunächst objektiv und umfassend herausgefunden werden, was *tatsächlich geschehen* ist und welches die Begleitumstände waren. Die Einwände „das lässt sich nicht beweisen“ oder „das kann die Gegenseite nicht beweisen“ oder auch „das ist (rechtlich) irrelevant“, sowie der oft gehörte Einwand „das weckt nur schlafende Hunde“ haben hier in der Regel noch keinen Platz.

Wenn man einmal weiss, was *tatsächlich geschehen* ist, kann man sich diesen Fragen – die durchaus wichtig sind – mit deutlich mehr Gewinn annähern. Und man wird dann vielleicht erstaunt sein, was sich alles durch die inzwi-

⁵⁹ Es ist dem Autor wichtig, zu betonen, dass er jeden einzelnen der hier aufgeführten „Fehler“ auch schon einmal in der einen oder anderen Ausprägung gemacht hat. Jede Form von „Kollegen-Häme“ liegt ihm fern. Sie ist üblicherweise Ausdruck von Anfängertum.

schen gefundenen Indizien untermauern lässt. Und auch, was vielleicht gar nicht strikte bewiesen werden muss, weil andere Umstände, die man mittlerweile entdeckt hat, die Frage irrelevant oder zumindest weniger wichtig als zunächst gedacht machen.

Besonders verlockend ist die Gefahr, sich vorzeitig einzuschränken, nach meiner Erfahrung, wenn man auf Seiten der klagenden Partei einen Sachverhalt eruiert: Man neigt dann dazu, lediglich die Tatsachen für das „Klagefundament“ zusammenzutragen, im Hinblick auf eine rein „technische“ Argumentation. D.h. man sucht von Anfang an nur nach Informationen, welche die vier Haftungsvoraussetzungen aufzeigen und diese zu beweisen vermögen. Nach allem Anderen sucht man nicht. Und wenn man es trotzdem sieht, mag man es nicht so genau anschauen.

Am Ende weiss der klagende Anwalt dann über den Sachverhalt eigentlich kaum mehr, als er in der Klageschrift schreibt. Und das ist zu wenig. Man läuft dann Gefahr, sich im Nebel stochernd der Klageantwort auszuliefern.

Dazu gehört auch das Risiko, Dinge zu schreiben, die bei Kenntnis der gesamten Umstände vielleicht als kontraproduktiv empfunden werden könnten.

Beispiel: In einem der Swissair-Prozesse behauptete eine Partei, der Verwaltungsrat habe sich an seiner Sitzung nur kurz mit einer bestimmten Frage befasst. Danach sei er offenbar zum Apéro geschritten. Bei diesem „Apéro“ handelte es sich, wie nähere Abklärungen ergaben, um den Trauergottesdienst für die Opfer des Flugzeugabsturzes bei Halifax, welchen der Verwaltungsrat aus Pietätsgründen unbedingt in Corpore besuchen wollte.

Im Idealfall verhält es sich mit dem Sachverhalt wie mit einem Eisberg: Beide Anwälte kennen seine *gesamte* Form und Ausdehnung, bevor sie sich entscheiden, welchen Teil sie für das Gericht vor dem Hintergrund der Rechts- und Interessenlage ihrer jeweiligen Partei und der Beweisbarkeit über der Wasseroberfläche sichtbar machen wollen.

Bei Verantwortlichkeitsprozessen gehören zum abzuklärenden Sachverhalt auch das allgemeine Umfeld des Geschehens und das Verständnis für das Geschäftsmodell. So lohnt es sich zum Beispiel fast immer, einfach einmal alle Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsprotokolle der vergangenen Jahre durchzulesen (mit den wichtigsten Beilagen), völlig unvoreingenommen und losgelöst vom konkret im Streit stehenden Sachverhaltskomplex.

b) *Bei Beklagten-Vertretern: Zu frühe Fokussierung auf die Geschichte der Klägerin*

„Herausfinden, was war“, ist etwas Anderes, Umfassenderes, als „Herausfinden, was an der Klagschrift alles falsch ist“.

Wer sich bereits bei der Erforschung des Sachverhalts von den Vorwürfen der Klägerin leiten lässt, und lediglich versucht, Informationen zu finden, welche diese widerlegen, unterwirft sich genau jenem Rahmen, den die Klägerin abgesteckt hat – weil er für sie günstig ist. Der Schlüssel für das Verständnis des Organhandelns oder für das Entstehen eines angeblichen Schadens liegt bei Verantwortlichkeitsklagen aber oft in Tatsachen, welche die Klägerin mit keinem Wort erwähnte, sei es bewusst oder weil sie dem soeben oben beschriebenen Fehler unterlag und die entsprechenden Tatsachen selbst nicht kennt.

Besonders gross ist diese Gefahr der Verengung, wenn man sich bei der Sachverhaltsermittlung von Beginn weg zu sehr von seinem Mandanten leiten lässt. Der angegriffene Mandant neigt dazu, einer Klage mit einer „Das-stimmt-alles-nicht“-Haltung zu begegnen, mit welcher er die gegen ihn erhobenen Vorwürfe Punkt für Punkt widerlegen möchte. Dabei übersieht er häufig (oder kann gar nicht wissen), welche Punkte vielleicht ausserhalb des von der Klägerin geschilderten Sachverhalts relevant (und viel leichter beweisbar) sein könnten (z.B. eine Verrechnungslage, welche den Schadaen zum Verschwinden bringt).

Die Fortsetzung dieses Fehlers bei der Sachverhalts-Evaluation findet sich dann oft bei der Präsentation des Sachverhaltes vor Gericht (vgl. dazu die Ausführungen zur „Bestreititis“ unter IV.1, unten).

c) *Zu starke zeitliche Eingrenzung*

Ein Fehler, der sich bei Klägerinnen und Beklagten beobachten lässt, ist die zeitlich zu starke Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes. Die Parteien fokussieren bei der Evaluierung des Sachverhaltes oft fast ausschliesslich auf den Zeitraum der (angeblichen) Pflichtverletzung. Dabei übersehen sie relevante Dinge, die vorher und – vor allem – auch nachher geschahen.⁶⁰

⁶⁰ Dieser Punkt ist aus Sicht des Beklagten eng verknüpft mit dem soeben unter II.1.b) Besprochenen: Die Klägerin wird vor allem auch den zeitlichen Rahmen, den sie in der Klage behandelt, sorgfältig so auswählen, dass sie diese Punkte nicht streift. Entsprechend schädlich ist hier das Vorgehen, sich bei der Sachverhaltsevaluation allein an den klägerischen Vorwürfen zu orientieren.

Zum relevanten „Vorher“ gehören insbesondere Tatsachen, welche dazu führten, dass die Organe vielleicht in einer Zwangslage waren, aus der es gar keinen anderen Ausweg mehr gab, als den gewählten (für die Klägerin wäre es dann wichtig, in Vorbereitung der Klage nach Informationen zu suchen, die zeigen, ob bereits das Entstehen dieser Zwangslage den Organen angelastet werden kann).

Vor allem aber besteht für beide Parteien die Gefahr, zu übersehen, dass sich der relevante Sachverhalt grundsätzlich bis zum Urteil der Tatsacheninstanz erstreckt.⁶¹ Im einzelnen führt dies dazu, dass namentlich folgende Aspekte oft ungenügend beachtet werden:

Erstens Umstände, die sich *nach der angeblichen Pflichtverletzung*, aber noch vor der Insolvenz, abspielten, und die ohne Zutun des Beklagten zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beitrugen (Stichworte: Kausalzusammenhang, Drittverschulden).

Zweitens Umstände, die sich *nach der Insolvenz* abspielen, namentlich auch im Rahmen der „unternehmerischen“ Tätigkeit der Konkursmasse (vgl. I.2.d) oben). Zu diesem Zweck ist es erforderlich, dass sich beide Parteien (soweit möglich; vgl. dazu unten, II.3) auch mit den eigentlichen Konkursakten auseinandersetzen.

Beispiel: Die Klägerin, eine Konkursmasse, behauptet, die Vergabe eines ungesicherten Darlehens an eine Konzerngesellschaft sei pflichtwidrig gewesen. Die Konkursverwaltung gewährt dann aber selbst – im Rahmen des „unternehmerischen“ Teils ihrer Tätigkeit – ebenfalls ungesicherte Darlehen an diese Gesellschaft, weil deren Überleben für das Funktionieren und die Werthaltigkeit der Aktiven der Konkursitin entscheidend ist.

Da es bei grösseren Fällen nicht unüblich ist, dass der Anwalt, welcher mit der Ausarbeitung einer Klage beauftragt wird, nicht identisch ist mit der Konkursverwaltung bzw. dem Liquidator, hat auch er dieses Wissen nicht notwendigerweise automatisch, sondern muss sich bei seinem Auftraggeber darum bemühen – und es berücksichtigen. Umgekehrt sollte sich der Vertreter der Masse, welcher den Entwurf der Rechtsschrift seines Anwaltes liest, prüfend fragen, ob sich seit der Insolvenzeröffnung unter seiner Ägide Tatsachen zugetragen haben, welche die vorgetragene Rechtsposition schwächen könnten und die er mit dem Prozessanwalt besprechen sollte.

⁶¹ BK-RÜETSCHI, Art. 236 ZPO, N 23; Urteil und Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2014, LB120088, E. 2.2; vgl. § 188 Abs. 1 aZPO-ZH. Oder zumindest bis zum Beginn der Urteilsberatungen: BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO, N 29; PAHUD-ZPO DIKE-Komm., Art. 229 ZPO, N 16 und 18.

Drittens Umstände, die sich *nach Prozessbeginn* abspielen: Weil auch der Schaden sich in vielen Fällen nach wohl herrschender Auffassung erst anhand des Vermögensstandes im Zeitpunkt des Sachurteils der ersten Instanz bemisst,⁶² sind oft auch Entwicklungen im Vermögensstand der Masse während des Prozesses relevant. Solche Entwicklungen sind bei Verantwortlichkeitsverfahren in der Insolvenz häufiger als in gewöhnlichen Zivilprozessen, weil die klagende Masse ja neben ihrer Prozesstätigkeit zeitgleich auch noch gehalten ist, zahlreiche Entscheide über die Aktiven und die Verbindlichkeiten der Masse zu fällen, welche häufig in einem Zusammenhang mit dem eingeklagten Schaden stehen.

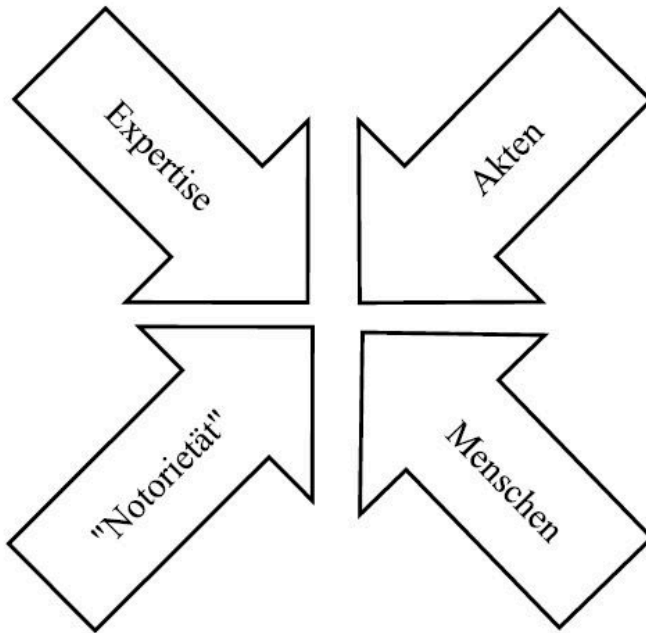
Beispiel: Die Klägerin, eine Konkursmasse, behauptet, die Vergabe eines ungesicherten Darlehens an eine mittlerweile ebenfalls in Konkurs gefallene Konzerngesellschaft sei pflichtwidrig gewesen. Sie klagt den im *Konkurszeitpunkt* ausstehenden Darlehensbetrag bei den ehemaligen Organen als Schaden ein. Während des laufenden Prozesses vergleichen sich die beiden Konkursmassen und ersetzen alle gegenseitig (angeblich) geschuldeten Forderungen (auch die eingeklagte) durch eine neue, sich aus gegenseitigen Aufrechnungen ergebende Netto-Forderung aus Vergleich.

Auch dieser Punkt richtet sich nicht nur an den Beklagtenvertreter, sondern noch fast mehr an den Vertreter der Klägerin und die für die Insolvenzmasse Handelnden. Sie müssen sich bei allen ihren Massnahmen stets fragen, ob sie damit nicht vielleicht eine bereits eingereichte Klage torpedieren.

2. Die vier grundlegenden Erkenntnisquellen und deren ungleiche Verteilung

Bei der Abklärung eines Sachverhaltes können sich die Rechtsvertreter auf folgende hauptsächliche Erkenntnisquellen stützen:

⁶² BGE 145 III 225 E. 4.1.2.2 S. 235 ff. m.w.H.



Auf die öffentlich bekannten Tatsachen und die Expertise von beigezogenen Fachpersonen haben Klägerin und Beklagter dabei in der Regel gleichermaßen Zugriff.

Dagegen ist der Zugriff auf die im Rahmen der Sachverhaltsermittlung zunächst im Vordergrund stehenden Akten und die menschliche Erinnerung ungleich verteilt:

- Die (Mehrheit der) Akten stehen im Normalfall in der Verfügungsgewalt der potentiellen Klägerin, und zwar sowohl bei der Klage aufrechtstehender Gesellschaften, als auch bei der Klage einer Insolvenzmasse.
- Bezüglich des menschlichen Wissens und der Erinnerung ist zu unterscheiden: Bei Klagen in der Insolvenz besteht dieses im Normalfall zunächst fast ausschliesslich auf Seiten des oder der Beklagten. Bei Klagen aufrechtstehender Gesellschaften liegt es oft (teilweise) auf beiden Seiten.

Die Stärken (+) und Schwächen (-) dieser beiden Erkenntnisquellen können dabei vereinfacht wie folgt charakterisiert werden:

Akten

- + gleichzeitig Beweismittel
- + zeitlich stabil
- unkontextuell
- umfassend
- + unabhängig vom Beklagten

Menschliche Erinnerung

- kein/schwaches Beweismittel
- zeitlich abnehmend
- + kontextuell
- + problembezogen
- abhängig vom Beklagten

Aus dieser Aufstellung wird klar, dass ein idealer Zustand bei der Aufarbeitung des Sachverhalts natürlich dann vorliegen würde, wenn man über beide Quellen, welche sich ideal ergänzen, verfügen würde. Präzisierend ist aus der praktischen Erfahrung folgendes zu ergänzen:

Wer je versucht hat, einen komplexen Sachverhalt alleine aus Akten zu rekonstruieren, ganz ohne dass ihn eine beteiligte Person durch diese hindurchgeführt hat und zusätzliche Hintergrundinformationen gab,⁶³ weiss, wie aufwendig das ist, und vor allem auch wie *fehleranfällig*: Verträge, die vorliegen, wurden vielleicht nie so gelebt, stillschweigend oder mündlich aufgehoben, durch andere Abmachungen, die nicht (ordentlich) abgelegt sind, ersetzt, oder von den Parteien anders verstanden. Briefe wurden nie abgesandt oder deren Inhalt mündlich sofort bestritten, Buchungsvorgänge falsch erfasst, Leistungen nie erbracht, Protokolle lückenhaft geführt. Motive der Beteiligten bleiben im Dunkeln, Erklärungen für scheinbar Widersprüchliches erschliessen sich nicht. Die Gefahr, sich zu „verklagen“, ist in solchen Fällen gross.

Und wer bei lange zurückliegenden Sachverhalten je allein auf mündliche Auskünfte angewiesen war, weiss ebenso, wie oft sich die Hoffnung auf eine kohärente, lückenlose Erzählung nicht erfüllt. Und wie unterschiedlich mehrere Beteiligte die Geschehnisse manchmal in Erinnerung haben. Sowie, wie wenig die Beteiligten einschätzen können, welche Tatsachen relevant oder erwähnenswert sein könnten (vgl. dazu unten, IV.4.a)). Bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen kommt nicht selten hinzu, dass der klägerische Angriff aus einer völlig unerwarteten Richtung erfolgt: Ein (zum Beispiel rein konzerninterner) Vorgang, der in den Augen der beteiligten Verwaltungsratsmitglieder vor Jahren von ganz untergeordneter, administrativer Bedeutung war und an den sie sich entsprechend schwach erinnern (falls überhaupt), erhält auf ein-

⁶³ Zum Beispiel im Rahmen der Rekonstruktion einer lange zurückliegenden Share History bei einer Due Diligence oder bei der Bereinigung eines Nachlasses.

mal eine für die in unternehmerischen Kategorien denkenden Organe auch heute noch – und trotz aller juristischer Erklärungen – nur schwer nachvollziehbare Bedeutung.

Ein befriedigendes Ergebnis ist fast nur zu erreichen, wenn zumindest teilweise das eine Element mit dem anderen ergänzt werden kann.

Aus Sicht einer möglichen Klägerin kann es daher eine Überlegung wert sein, einen der möglichen Wissensträger frühzeitig aus der Gruppe möglicher Beklagter „herauszukaufen“ und auf die eigene Seite zu ziehen (z.B. mittels eines Vergleichs oder eines Klageverzichts mit anschliessender Bezahlung für die Aufarbeitung und Erklärung der Akten). Auch wenn dieses Vorgehen im Einzelfall – für alle Beteiligten – nicht ohne Tücke ist.⁶⁴

Noch schwieriger ist die Situation aus Sicht der potentiell Beklagten, wenn ihnen der Zugriff auf die Akten verwehrt ist. Es ist ohne eigenen Zugang zu den Akten, und von der Klägerin konfrontiert mit einer selektiven Auswahl von belastenden Schriftstücken, praktisch unmöglich, sich auf der Sachverhaltsebene gegen den Vorwurf eines zehn und mehr Jahre zurückliegenden, unsorgfältigen Verhaltens im Detail und substantiiert zu wehren und herauszufinden, was damals wirklich geschah.

Beispiel I: Die Klägerin behauptet, eine Gesellschaft sei vor fünfzehn Jahren bereits überschuldet gewesen. Sie unterlegt diese Behauptung mit dem statutarischen Jahresabschluss und der Notwendigkeit von bereits damals zu bildenden zusätzlichen (und im Nachhinein gut begründbaren) Rückstellungen. Die Beklagten wissen, dass sie damals stets von stillen Reserven in der Höhe von mehreren Millionen Franken ausgingen, welche deutlich höher waren als diese nun geforderten Rückstellungen, haben die einzelnen unterbewerteten Aktiv- und überbewerteten Passivposten jedoch nicht mehr präsent. Geschweige denn die exakten Zahlen. Die angefragte Revisionsstelle lehnt bereits ein Treffen mit dem Anwalt der Beklagten unter Hinweis auf das Revisionsgeheimnis (welches über den Konkurs hinaus gelte) ab.

Beispiel II: Die Klägerin behauptet, eine vor mehr als zehn Jahren getätigte (aus damaliger Sicht kleinere) Akquisition sei unsorgfältig vorbereitet gewesen. Es habe keine einlässliche Diskussion im Verwaltungsrat, keinen Due Diligence-Bericht und keine tiefgreifende juristische Begleitung gegeben. Die beteiligten Verwaltungsratsmitglieder wissen lediglich noch, dass eigentlich

⁶⁴ Aus anwaltsrechtlicher Sicht stellen sich Fragen im Zusammenhang mit dem aussergerichtlichen Kontakt mit möglichen Zeugen (vgl. REICHART/HAFNER, 201 ff.; FINK, Zweiter Teil, § 3). Für die betroffene Person selbst besteht allenfalls das Risiko, in der Folge eines erfolgreich geführten Prozesses von den Beklagten – trotz des Vergleichs mit der Klägerin – mit Regressforderungen eingedeckt zu werden (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 4.6, nicht publiziert in BGE 133 III 116).

bei Beteiligungserwerben immer eine eingehende Diskussion stattfand, immer ein Due Diligence-Bericht vorlag und eine Beratung durch interne und externe Juristen erfolgte. Ob das im konkreten Fall ebenfalls so war, und welches die involvierte Anwaltskanzlei war, können sie allerdings nicht mehr mit letzter Sicherheit sagen.

Der mangelnde Aktenzugang ist dabei in Verantwortlichkeitsverfahren für den Beklagten im Normalfall weit gravierender als in anderen Prozessen, weil (a) in vielen Gesellschaften Mechanismen bestehen, welche verhindern sollen, dass ein Organ nach dem Ende seiner Amtszeit bei sich selbst noch über irgendwelche schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnungen betreffend die eigene Arbeit verfügt;⁶⁵ (b) Gegenstand des Prozesses dann aber genau dieses Arbeitsergebnis des Beklagten (und sein Zustandekommen sowie die damaligen Umstände) ist, zu dem man ihm den Zugriff verweigert; (c) der relevante Sachverhalt wie gezeigt oft ungewöhnlich weit zurück liegt (dazu oben, I.2) und (d) oft sehr komplex ist (dazu oben, I.4).

Bei den – allerdings seltenen und üblicherweise mit weniger Zeitverzug erfolgenden – Klagen der aufrechtstehenden Gesellschaft, war die Situation in Bezug auf den Aktenzugang schon immer schwierig für den Beklagten.

Zumindest bei den Klagen in der Insolvenz hatte er aber aufgrund des SchKG-rechtlichen Akteneinsichtsrechts (Art. 8a SchKG) nach traditioneller Auffassung die Möglichkeit, sich einen eigenen Überblick über den durch Urkunden festgehaltenen Sachverhalt zu verschaffen. Diese Ausgangslage unterlag in den letzten Jahren aber einer – aus Sicht von potentiell Beklagten unerfreulichen – Entwicklung, welche nachfolgend in einem Exkurs dargelegt wird, zusammen mit der Prüfung von möglichen Behelfsmöglichkeiten.

3. Exkurs: Neue und unbefriedigende Situation betreffend Aktenzugang für potentiell Beklagte in der Insolvenz

a) Traditionelle Sichtweise (Verantwortlichkeitsprozess begründet Aktenzugang)

Gemäss traditioneller Sichtweise und Handhabung in der Praxis stand einem Beklagten im Rahmen des Verantwortlichkeitsprozesses grundsätzlich ein

⁶⁵ Die Massnahmen sind vielschichtig und weitverbreitet: Zur Vorbereitung von Sitzungen versandte schriftliche Unterlagen werden an den Sitzungen eingesammelt, Organe müssen sich schriftlich verpflichten, keine Kopien zu erstellen, elektronische Datenzugänge werden nach Ablauf der Amtszeit gesperrt und ein Download wird technisch verunmöglicht und überwacht und ist verboten, Organträger müssen am Ende der Amtszeit schriftlich versichern, keine Akten mehr bei sich zu haben, etc.

Recht auf Einsicht in die bei der Insolvenzmasse liegenden Akten zu. Dieses wurde üblicherweise – sofern es überhaupt begründet werden musste – auf Art. 8a SchKG gestützt. Das Bundesgericht führte zu dem unter Art. 8a SchKG geforderten Interessennachweis in BGer 5A_83/2010 vom 11. März 2010, E. 6.3 aus:

„Nach stehender Praxis genügt [...] die Tatsache, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Gemeinschuldnerin ein Prozess hängig ist, zur Begründung eines damit zusammenhängenden Einsichtsgesuchs (BGE 105 III 38 E. 1 S. 39 m.w.H.).“

Dieses auf Art. 8a SchKG gestützte Einsichtsrecht umfasste nicht nur die eigentlichen Konkursakten, welche den Gang des Konkursverfahrens dokumentierten, sondern auch die Gesellschaftsakten der in die Insolvenz gefallenen Gesellschaft. Das beklagte Organ hatte damit zur Evaluierung des Sachverhaltes grundsätzlich Zugriff auf sämtliche Urkunden, welche auch der Klägerin zur Verfügung standen, einschliesslich der Buchhaltungsunterlagen samt Belegen, der Sitzungsprotokolle, der einschlägigen Verträge und der weiteren Urkunden, welche den Sachverhalt prägten.⁶⁶

Dies galt zumindest insoweit, als die Konkursverwaltung keine spezifisch entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen behauptete, wobei der (drohende) Verantwortlichkeitsprozess selbst nicht als Geheimhaltungsgrund galt. Denn spezifisch im Hinblick auf diese Konstellation hatte das Bundesgericht bereits in BGE 91 III 94 E. 3 S. 96 im Zusammenhang mit Art. 8 aSchKG⁶⁷ klargestellt:⁶⁸

„L'action en responsabilité [...] ne constitue pas à elle seule un motif de refus. Au contraire, les parties au procès civil ont en principe le droit de prendre connaissance des pièces produites.“

Weiter hielt das Bundesgericht in jenem Entscheid fest, dass das Einsichtsrecht des beklagten Organs auch direkt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 aBV) fliesse, weil die Kenntnis dieser Akten eine Voraussetzung bilde, damit der Beklagte dieses Recht im Prozess wahrnehmen könne. Das Einsichtsrecht dürfe daher nur ausnahmsweise verweigert werden, und nur bezüglich spezifischer Aktenstücke (a.a.O).⁶⁹

„L'art. 4 Cst. garantit en effet le droit d'être entendu, et partant de s'exprimer. Or la consultation du dossier est une condition de l'exercice de ce droit. Elle

⁶⁶ BGE 85 III 119; BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 ff.; BGE 105 III 38 E. 1; bestätigt im vorstehend zitierten Urteil des Bundesgerichts 5A_83/2010 vom 10. März 2010 E. 6.3.

⁶⁷ Art. 8 Abs. 2 aSchKG entspricht dem heutigen Art. 8a SchKG.

⁶⁸ Hervorhebung durch Kursivdruck beigelegt.

⁶⁹ Hervorhebung durch Kursivdruck beigelegt.

ne peut être limitée qu'exceptionnellement. Le refus motivé par un impérieux devoir de discrétion visera uniquement les pièces qui devraient rester secrètes [...].“

Und schliesslich vertrat das Bundesgericht in jenem Entscheid im Rahmen der Interessenabwägung (Geheimhaltungsinteresse) die Auffassung, dass es eigenartig wäre, einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied den Zugang zu Gesellschaftsakten zu verweigern, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte (BGE 91 III 94 E. 3 S. 97).

Zwar gab es im Zusammenhang mit der Akteneinsicht von potentiell Beklagten in Verantwortlichkeitsprozessen bereits früher auch unterschiedliche Urteile kantonaler Instanzen (restriktiv: Bern; grosszügiger: Neuenburg).⁷⁰ In der Regel durften die Rechtsvertreter eines Beklagten vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber umfassend in alle bei der Insolvenzmasse liegenden Akten Einsicht nehmen und auch Kopien erstellen oder erstellen lassen.

b) BGE 135 III 503 (Prüfung im Einzelfall)

Eine erste Verschärfung der Situation zeichnete sich mit BGE 135 III 503 ab. In jenem – nicht in Zusammenhang mit einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ergangenen – Entscheid hat sich das Bundesgericht neu und detaillierter mit der Frage beschäftigt, wie tief dieses auf Art. 8a SchKG gestützte Einsichtsrecht geht. Es stellte zunächst fest, dass die kantonale Praxis nicht einheitlich sei, und kam unter Referierung der Lehre zum Schluss, dass die Tiefe des Einsichtsrechts fallweise dem konkreten Auskunftsinteresse anzupassen sei, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 3 BV respektiert werden müsse.

Dieser Entscheid konnte so gelesen werden (und wurde teilweise so gelesen), dass bei einem hängigen Verantwortlichkeitsprozess nicht mehr automatisch ein grundsätzliches Einsichtsrecht des Beklagten bestand, sondern dass im Einzelfall und vor dem Hintergrund der spezifisch zur Einsicht begehrten Akten zu bewerten war, wie die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft/Konkursmasse, die Geheimhaltungsinteressen Dritter und die Einsichtsinteressen des Gesuchstellers angesichts des Verhältnismässigkeitsgebots gegeneinander abzuwägen sind. Gestützt auf dieses Verständnis gewährte ein Liquidator dem Autor dieses Beitrags, der ein beklagtes Organ vertrag, zwar Einsicht in die Gesellschaftsakten der betroffenen Gesellschaft, nicht mehr jedoch (zunächst) in die Konkursakten und den Kollokationsplan – mit der

⁷⁰ BLSchK 40/1976 Nr. 48 vom 29. April 1974; BLSchK 53/1989 Nr. 26 vom 23. Februar 1987.

Begründung, dieser habe mit dem Prozess nichts zu tun (mangelnde „Geeignetheit“ unter dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz) und es seien eine „Vielzahl von schützenswerten Personendaten“ Dritter betroffen.

c) *Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2014 (PS140053)*
(ZPO verdrängt SchKG)

Im Jahr 2014 hatte das Obergericht des Kantons Zürich dann einen Fall zu beurteilen, in dem eine vormalige Revisionsstelle einer Konkursitin Einsicht in deren Konkursakten (genau spezifizierte Aktenstücke, keine Gesellschaftsakten) verlangte, nachdem sie von dieser im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses über CHF 11 Mio.⁷¹ eingeklagt worden war. Der ausseramtliche Konkursverwalter lehnte das gestützt auf Art. 8a SchKG gestellte Akteneinsichtsgesuch ab. Die Vorinstanz (Bezirksgericht Bülach) hob den Entscheid auf und gewährte umfassende Akteneinsicht. Auf Beschwerde der Konkursmasse hin hob das Obergericht diesen Entscheid wieder auf, und schloss sich der Auffassung des ausseramtlichen Konkursverwalters an, wonach die Akteneinsicht komplett zu verweigern sei.

Das Obergericht tat dies auf der Grundlage von ganz grundsätzlichen und weitreichenden Überlegungen: Es hielt fest, dass die bisherigen Entscheide zu dieser Frage alle vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO ergangen seien. Damals sei klar gewesen, dass das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG als Bundesrecht den Regeln der (kantonalen) Zivilprozessordnungen vorging. Neu müsse jetzt aber geprüft werden, wie das Verhältnis von Art. 8a SchKG zu den (nun bundesrechtlichen) Regeln der ZPO betreffend die prozessuale Urkundenedition sei.

Dieses Verhältnis der beiden Normenkomplexe müsse vorliegend zwar nicht abschliessend geprüft werden, sondern es sei „nur die Frage zu beantworten, wie es sich mit ‚gewöhnlichen‘ Zivilverfahren verhält, bei denen eine der Parteien sich ‚zufällig‘ im Konkurs befindet“. Und zumindest in dieser Konstellation sei „kein Grund ersichtlich, warum nicht die (bundesrechtlichen) Regeln der ZPO – als *lex specialis* für die prozessuale Edition – anwendbar sein sollten, wie dies in jedem Zivilprozess der Fall ist“ (PS140053, S. 20). Entsprechend biete Art. 8a SchKG in dieser Situation keine Grundlage für ein Einsichtsrecht mehr.

⁷¹ Mit einem Nachklagevorbehalt über CHF 114 Mio.

d) BGE 141 III 281 (keine Einsicht in Konkursakten aufgrund Prozess)

Auf Beschwerde gegen den soeben genannten Entscheid hin, hielt das Bundesgericht dann generell fest (Regeste):

„Der Umstand, dass die Konkursmasse einen Zivilprozess gegen einen Nichtgläubiger erhoben hat, vermag das für die Akteneinsicht gemäss Art. 8a SchKG erforderliche Interesse nicht zu begründen (E. 3).“

Dabei stützte sich das Gericht teilweise auf die Begründung der Vorinstanz (vgl. oben), machte aber zusätzliche Ausführungen mit weitreichenden Konsequenzen:

Es führt zunächst aus, dass sich das Einsichtsgesuch der Beschwerdeführerin unstrittig auf Verfahrensakten des Konkurses bezieht (E. 3.1 S. 283 unter Verweis Art. 8 ff. KOV und BGE 126 V 450).⁷²

Die Auffassung, dass die Bestimmungen der eidgenössischen ZPO in ihrem Anwendungsbereich Art. 8a SchKG verdrängen – auf welche sich die Vorinstanz entscheidend gestützt hatte – behandelt das Bundesgericht dann eher am Rand, widerspricht dem Obergericht in diesem Punkt aber auch nicht und hält fest, dass aus der Tatsache, dass Art. 8a SchKG mit Erlass der ZPO unverändert blieb, jedenfalls nicht geschlossen werden könne, dass der Gesetzgeber auch dessen Anwendungsbereich unverändert habe beibehalten wollen (kein „qualifiziertes Schweigen“; E. 3.2 S. 283).

Gefragt sei aber ohnehin primär eine *sachlich richtige Entscheidung* im normativen Gefüge, gestützt auf die *ratio legis*. Und bereits daraus ergebe sich, dass ein solches Gesuch nicht gutgeheissen werden könne, weil es am (gemäss BGE 135 III 503; vgl. oben) geforderten, im Einzelfall zu prüfenden Interesse zur Einsicht vor dem Hintergrund des Zwecks der Norm fehle.

Die von der Beschwerdeführerin angerufenen früheren Entscheide zu dieser Frage (bei welchen das Einsichtsrecht bejaht wurde) würden sich „auf die Einsicht in das Betreibungsregister im Falle eines Prozesses zwischen dem Gesuchsteller und der betreffenden Person“ beziehen. Es gehe dort um die

⁷² Soweit man aus dieser in den rechtlichen Erwägungen enthaltenen Bemerkung ableiten wollte, das Bundesgericht habe damit obiter das Einsichtsrecht in die Gesellschaftsakten gestützt auf Art. 8a SchKG zum vornherein verneint, wäre dies eine grundlegende Praxisänderung: Vgl. etwa BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 f. und BGE 91 III 94 E. 1 S. 95 f., wo ausdrücklich auch die Gesellschaftsakten als vom Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG (damals noch Art. 8 Abs. 2 aSchKG) erfasst erklärt werden.

Frage der Kreditwürdigkeit (E. 3.3.1 S. 284). Hier gehe es aber um die weitergehende Frage der Einsicht in die Akten jener Person (der Konkursmasse), der man im Prozess gegenüberstehe.⁷³

Nach eröffnetem Konkurs bezwecke das Einsichtsrecht, dass die Konkursgläubiger die Lage des Schuldners prüfen und im Konkursverfahren ihre Rechte wahrnehmen können (E. 3.3.2 S. 285 mit zahlreichen Verweisen). Alternativ bestehe ein genügendes Interesse auch dann, wenn eine Drittperson, die im Konkurs zu Schaden gekommen sei, Beweise für eine Klage zur Deckung dieses Schadens sammeln wolle (E. 3.3.2 S. 285 unter Verweis auf BGE 93 III 4, E. 1).

Da im vorliegenden Fall aber ausgeschlossen werden könne, dass der Gesuchsteller Konkursgläubiger sei, und er auch keinen durch den Konkurs erlittenen Schaden gegen einen Dritten einklagen wolle, liege keine solche Konstellation vor, welche vor dem Hintergrund des Zweckes von Art. 8a SchKG ein Einsichtsrecht begründet hätte.

BGE 93 III 4, welcher dem klagewilligen Dritten ein Einsichtsrecht gewährte, sei zudem in der Lehre kritisiert worden, denn die Beweisnot dieses Dritten sei ja nicht grösser als jene einer normalen Prozesspartei. Die Privilegierung des im Konkurs zu Schaden gekommenen Klägers lasse sich deshalb „nur schwer begründen“ (E. 3.4.1 S. 285). Ob an jener Rechtsprechung dennoch festzuhalten sei, könne aber offengelassen werden: Denn jedenfalls sei im *umgekehrten* Fall, der hier zu prüfen sei (der Beklagte fordert Akteneinsicht, um sich in einem Prozess zu wehren), dessen Privilegierung durch das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG „*offensichtlich und unzumutbar*“ (E. 3.4.2 S. 286).

Das Obergericht Zürich habe daher zu Recht festgehalten, dass in der vorliegenden Konstellation einzig die Regeln der ZPO betreffend die prozessuale Edition anwendbar seien (E. 3.4.3 S. 286 f.). Es sei daher auch nicht ersichtlich, „inwiefern sich die Beschwerdeführerin für das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG auf ein schützenswertes Interesse berufen könne“ (E. 3.4.3 S. 287). Dann gelangte das Gericht zum Schluss (E. 3.4.3 a.E.):

⁷³ Es mag sein, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift nur Entscheide anführte, welche die Einsicht in das Betreibungsregister beschlagen. Wenn man aber die gesamte Rechtsprechung überblickt, ist diese Aussage des Bundesgerichts inhaltlich nicht korrekt: In BGE 91 III 94 ging es um die Einsicht in die *Buchhaltung* der Konkursitin durch ein von einer Klage durch die Masse bedrohtes Organ (welches gleichzeitig behauptete, Gläubiger zu sein), und das Einsichtsrecht wurde bejaht.

„Die Anwendung von Art. 8a SchKG in der vorliegenden Konstellation würde zur Verwirklichung von Interessen führen, die dieses Institut nicht schützen will, sondern durch die Regeln der ZPO geschützt werden.“

Es ist hier nicht der Ort, um diesen Entscheid einer eingehenden Besprechung zu unterziehen. Immerhin ist aber bemerkenswert, wie dieselbe Tatsache (drohender/laufender Verantwortlichkeitsprozess), welche während Jahrzehnten als genügender Grund für den Anspruch auf Aktenzugang galt, nun dessen *Verweigerung* rechtfertigt. Ebenso bemerkenswert ist, dass sich das Bundesgericht bei der Abwägung auf Gesetzesstufe nicht mit seiner älteren Aussage im Leitentscheid BGE 91 III 94 auseinandersetzte, wonach das Akteneinsichtsrecht des (potentiell) Beklagten unter Art. 8a SchKG auch aus der *Verfassung* fliesse. Und schliesslich ist auch die dem Entscheid zugrundeliegende Auffassung,⁷⁴ dass die zivilprozessualen Regeln zur Edition nun auf Bundesebene eine *lex specialis* zum Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG bilden, und dessen Anwendungsbereich im Prozess daher einschränken, bemerkenswert. Denn im selben Entscheid hielt das Bundesgericht fest: „Weiter ist unbestritten, dass das Institut der prozessualen Edition nicht als Instrument der Informationsbeschaffung dienen kann, sondern nach der ZPO ein Mittel der Beweiserhebung darstellt, was substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt“ (BGE 141 III 281 E. 3.4.3 S. 286). Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Norm, welche ausdrücklich *nicht* die Informationsbeschaffung zum Gegenstand hat, nicht eine *lex specialis* zu einer anderen Norm bilden, welche in ihrem Anwendungsbereich die Informationsbeschaffung – in einer besonderen Situation⁷⁵ – regelt.

⁷⁴ Besonders deutlich noch die Vorinstanz in Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS140053 vom 25. Juni 2014 (vgl. oben, II.3.c)).

⁷⁵ Wenn man zu einem gegenteiligen Schluss käme, und den Regeln der ZPO zur Edition und Art. 8a SchKG den gleichen Anwendungsbereich und Normzweck zuerkennen wollte, könnte man zudem auch die Frage aufwerfen, ob nicht Art. 8a SchKG die *lex specialis* ist, die Vorrang verdient: Denn dass eine der beiden Prozessparteien in Konkurs ist (und daher nicht mehr die gleichen Geheimhaltungsinteressen hat wie eine aufrecht stehende Gesellschaft), ist eine in der ZPO nicht geregelte Spezialsituation. Und die Insolvenzverwaltung ist ja nicht einfach nur eine normale Gegenpartei, wie sie in der ZPO allgemein geregelt wird, sondern eine zur Neutralität und gesetzes- und verfassungsmässigem Handeln verpflichtete Institution, welche staatliche Aufgaben wahrnimmt (BGE 114 III 120 f.; BGE 42 III 455 E. 1 S. 460).

e) *Einschränkende Lesart von BGE 141 III 281?*

Es stellt sich die Frage, ob der für potentiell Beklagte schmerzliche Entscheid vielleicht aus sich selbst heraus relativiert und in seinem Anwendungsbereich eingeschränkt werden könnte. Prüfenswert sind m.E. folgende mögliche Einschränkungen:

aa) *Einschränkung auf eigentliche Konkursakten?*

Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 281 ausdrücklich lediglich den Fall eigentlicher Konkursakten (und also nicht der Gesellschaftsakten) angesprochen. Die Hoffnung, dass es bei Gesellschaftsakten anders entscheiden würde, ist allerdings – wenn es ansonsten an der mit dem Entscheid begründeten Praxis festhalten würde – gering:

Zum einen könnte der Entscheid auch so gelesen werden, dass das Gericht (neu) der Auffassung ist, eine Einsicht in die Gesellschaftsakten falle gestützt auf Art. 8a SchKG im Normalfall generell ausser Rang und Traktanden (vgl. E. 3.1).

Zweitens würde die vom Bundesgericht gelieferte Begründung, selbst wenn Art. 8a SchKG auf die Gesellschaftsakten weiterhin grundsätzlich anwendbar wäre, auch für diese tragen: Denn die ungerechtfertigte „Privilegierung“ einer Prozesspartei, welche sich daraus ergeben soll, dass die Gegenpartei quasi „zufällig“ (so wörtlich die Vorinstanz) im Konkurs ist, würde ja auch für diese Akten bestehen, und damit auch die Zweckfremdheit dieses Einsichtsrechts, und dessen Konflikt mit der ZPO, welchen das Bundesgericht erblickt und zu Gunsten der ZPO entscheidet.

Drittens hat eine (potentiell) beklagte Partei eben oft auch ein erhebliches Interesse an der Einsicht in die eigentlichen Konkursakten: Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Masse dieselben Ansprüche, welche sie vom Beklagten einfordert, mit einer ganz anderen – vielleicht widersprüchlichen – Begründung, auch noch von einer weiteren Partei einfordert. Oder der Fall, in dem sich aus den Konkursakten eine Verrechnungslage ergibt, die den angeblichen Schaden erheblich vermindern würde.

bb) *Einschränkung auf laufende Prozesse?*

Im hier zu prüfenden BGE 141 III 281 war der Verantwortlichkeitsprozess bereits hängig. Und im Zusammenhang mit der Prüfung der kantonalen Praxis, welche der Beschwerdeführer für seinen Standpunkt ins Feld führte, wies das Bundesgericht unter der E. 3.5.2 auf S. 287 f. darauf hin, dass jene Fälle eben

Konstellationen betrafen, in denen der Gesuchsteller „vorprozessuale Abklärungen“ treffen wollte. Man könnte daher versucht sein, zu argumentieren, dass der Entscheid nicht auf Fälle anwendbar sei, in denen noch kein Prozess hängig ist. Vorprozessuale Abklärungen gestützt auf Art. 8a SchKG seien weiterhin möglich.

Auch hier dürfte die Hoffnung allerdings beschränkt sein, wenn man der Argumentation des Entscheids in den übrigen Punkten folgen möchte: Denn das Bundesgericht hat sich an anderer Stelle im Entscheid ersichtlich kritisch zu seinem eigenen Entscheid BGE 93 III 4 geäußert, und durchblicken lassen, dass es auch die Fallkonstellation, in welcher ein klagewilliger Dritter die Konkursakten dazu benutzen möchte, um für eine mögliche *Klage den Prozessstoff zusammenzutragen*, in Zukunft allenfalls nicht mehr als von Art. 8a SchKG gedeckt sehen würde, weil darin eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung eines solchen Klägers erblickt werden könnte. Dies gelte *umso mehr*⁷⁶ in der umgekehrten Konstellation in welcher sich der potentiell Beklagte auf seine Abwehr vorbereiten wolle. Hier wäre eine solche Privilegierung geradezu „offensichtlich und unzumutbar“ (E. 3.4.2 S. 286).

Diese Einschränkung wäre zudem für (potentiell) Beklagte auch nur von beschränktem Wert. Einerseits weil sie *erstens* nur schwer aufs Geratewohl Akten einsehen und kopieren können werden, bevor klar ist, dass ein prozessualer Angriff überhaupt erfolgen wird – und wenn ja, wo (auch die Haftpflichtversicherungen dürften solchen vorsorglichen Akteneinsichten kritisch gegenüberstehen). Und *zweitens*, weil es die Konkursmasse jederzeit in der Hand hätte, durch Rechtshängigmachung des Streits das Einsichtsrecht zu unterbinden (und sei es durch ein Sühnbegehren; Art. 62 Abs. 1 ZPO).

cc) *Einschränkung auf die reine „Nicht-Gläubigerstellung“*

Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 281 E. 3.5.2 S. 287 f. kurz darauf hingewiesen, dass in jenen kantonalen Entscheiden, in denen die Gerichte grosszügiger waren, der Gesuchsteller *auch* Konkursgläubiger gewesen sei. Man könnte sich also fragen, ob derartige Fälle anders zu entscheiden wären. Das würde den potentiell beklagten Organen oft helfen, weil es nicht selten ist, dass sie ihrerseits auch noch eine Forderung gegenüber der Konkursitin haben (z.B.

⁷⁶ Dieses „umso mehr“ ist in seiner nicht begründeten Selbstverständlichkeit nur schwer nachvollziehbar. Weshalb der (potentiell) Beklagte zur Abwehr eines Anspruchs einen *weniger* legitimen Anspruch auf Zugang zu *seinen eigenen Arbeitsergebnissen* und Entscheidungsgrundlagen, z.B. den Protokollen von Sitzungen, an denen er selbst teilnahm, haben soll, als eine Drittpartei, die einen Aktivprozess vorbereitet, liegt zumindest nicht auf der Hand.

Honorar- oder Lohnzahlungsansprüche). Ausserdem würde das allenfalls die Möglichkeit eröffnen, durch Erwerb einer Forderung in die Lage zu kommen, Einsicht in die Akten zu erhalten.

Auch diese Aussichten dürften allerdings beschränkt sein: Denn erstens gewährt Art. 8a SchKG nach dieser neuen Sichtweise des Bundesgerichts dem Gläubiger vielleicht (der Entscheid ist in diesem Punkt etwas unklar) nur Anspruch auf Einblick in die eigentlichen Konkursakten (nicht aber in die für einen potentiell Beklagten mindestens ebenso wichtigen Gesellschaftsakten). Und zum anderen wäre auch das Einsichtsgesuch eines ehemaligen Organs „im Gewand eines Gläubigers“ gemäss den in BGE 135 III 503 aufgestellten Kriterien einer Prüfung im Einzelfall zu unterziehen.⁷⁷ Das Einsichtsrecht bestünde demnach auch nicht einfach für „die“ Akten, sondern lediglich betreffend jener, welche nach dem vom Bundesgericht anerkannten Zweck von Art. 8a SchKG (Fragen der Kreditwürdigkeit und der Ausübung der Rechte des entsprechenden Gläubigers) geschützt wären.⁷⁸ Das umfasst jene Akten, an denen der potentiell Beklagte ein hohes Interesse im Zusammenhang mit der Zusammentragung des Prozessstoffes hat (Protokolle von VR- und GL-Sitzungen, Verträge, Buchhaltungsunterlagen der Gesellschaft, interne Reglemente, etc.) im Normalfall gerade *nicht*. Und selbst dort, wo grundsätzlich ein Interesse eines Gläubigers gegeben sein könnte, wäre noch eine Interessenabwägung vor dem Hintergrund der Geheimhaltungsbedürfnisse der Masse gegenüber *diesem* Gläubiger (und potentiell dem Prozessgegner) vorzunehmen. Wenn man bei dieser Interessenabwägung den Leitlinien von BGE 141 III 281 folgt, hätte das ehemalige Organ in seiner Eigenschaft als Gläubiger eher noch *weniger* Einsichtsrechte als ein normaler Gläubiger, sofern ein Prozess zwischen ihm und der Masse hängig oder unmittelbar angedroht ist – weil es auch hier gälte, seine „Privilegierung“ zu verhindern.

⁷⁷ Der „Trick“, sich über den Umweg der Gläubigerstellung Zugang zu Akten zu verschaffen, welche man für einen anderen Zweck benötigt, wurde schon in früheren Entscheiden angesprochen. In BGE 93 III 4 E. 3/c hat das Bundesgericht noch ausgeführt, dass einem Gläubiger die Tatsache, dass er die Einsicht aus Gründen verlange, die mit seiner Gläubigerstellung „nicht zu tun habe“, praktisch nur entgegengehalten werden könne, wenn sich sein Gesuch „als geradezu missbräuchlich erweist“.

⁷⁸ Damit wurde eine Umkehr der Begründungslast zum älteren BGE 91 III 94 E. 3 S. 96 geschaffen, in welchem noch festgehalten wurde, dass das Einsichtsrecht des (potentiell) Beklagten die Regel sei, die nur „ausnahmsweise“ („exceptionnellement“) und nicht generell, sondern lediglich beschränkt auf einzelne Aktenstücke („uniquement les pièces qui devraient rester secrètes“) eingeschränkt werden dürfe (Zitat oben unter II.3.a)).

dd) *Einschränkung auf die Revisionsstelle?*

Im konkreten Entscheid ging es nicht um das Akteneinsichtsrecht eines Exekutivorgans, sondern um eine potentiell beklagte Revisionsstelle. Der Entscheid selbst liefert zwar keine Hinweise in diese Richtung, aber es ist nicht komplett abwegig, in dieser Hinsicht zu differenzieren:⁷⁹ Wie gezeigt (II.3.a)), berücksichtigte das Bundesgericht in einem älteren Entscheid zur Akteneinsicht eines ehemaligen Organs bei der Abwägung der Interessen auch die Tatsache, dass es eigenartig wäre, einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied den Zugang zu Gesellschaftsakten zu verweigern, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte. Dieses Argument gilt für die Revisionsstelle nicht, oder nicht im selben Ausmass. In einem Entscheid, den der Autor dieses Beitrags bei einer unteren SchKG-Aufsichtsinstanz erwirkte, wurde die Akteneinsicht gestützt auf die Sichtweise des Zürcher Obergerichts und des Bundesgerichts allerdings auch einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied verwehrt.

f) *Mögliche Alternativen in einer Welt nach BGE 141 III 281?*

Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welche Alternativen ein (potentiell) Beklagter haben könnte, um unter der derzeit geltenden Rechtsprechung in die Akten „seiner“ Gesellschaft und in die Konkursakten Einsicht zu erhalten. Prüfwert sind unter anderem folgende:

aa) *Prozessuale Editionsspflicht als Alternative?*

Wie das Bundesgericht im hier besprochenen BGE 141 III 281 bei der Verweigerung des Einsichtsrechts nach Art. 8a SchKG richtig festhielt, ist unbestritten, dass das Institut der prozessualen Edition „nicht als Instrument der Informationsbeschaffung“ dienen kann, sondern nach der ZPO bloss ein „Mittel der Beweiserhebung darstellt, was substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt“ (E. 3.4.3 S. 286).

Für diese substantiierten Tatsachenbehauptungen ist der Beklagte aber bei lange zurückliegenden Sachverhalten in aller Regel auf den Aktenzugang ange-

⁷⁹ Ein Differenzierungskriterium könnte zum Beispiel in der Tatsache liegen, dass die Revisionsstelle die Revision umfassend zu dokumentieren hat und die entsprechenden Revisionsunterlagen bei sich behalten darf und aufbewahren muss (Art. 730c Abs. 1 OR), während ein Verwaltungsratsmitglied in vielen Fällen alle Dokumente sofort wieder abgeben muss (oder gar nicht lokal herunterladen oder speichern bzw. ausdrucken kann), so dass es quasi „nackt“ in den Prozess geht, wenn man ihm den Zugang zu „seinen“ Gesellschaftsakten im Konkurs verwehrt.

wiesen. Ohne diesen dürfte er in den meisten Fällen gar nicht bis zum Stadium des substantiierten Behauptens (welches der Beweisführung vorgelagert ist) gelangen, weil er gar nicht (mehr) weiss, was genau wann passiert ist. Entsprechend hilft die prozessuale Editionsspflicht in aller Regel nicht weiter.

Hinzu kommt, dass der Beklagte als Voraussetzung für die Edition nicht nur die zu beweisenden Tatsachen substantiiert zu behaupten hat, sondern nach herrschender Auffassung⁸⁰ auch (a) die zu edierende Urkunde genau umschreiben muss, sowie (b) deren ungefähren Inhalt und (c) ihre Beweiseignung⁸¹ im entsprechenden Punkt darzulegen hat. Diese Hürden sind bei lange zurückliegenden, komplexen Verantwortlichkeitssachverhalten in aller Regel unüberwindbar für den Beklagten.

Selbst in Fällen, in welchen der Beklagte aus seiner Erinnerung ausnahmsweise genügend substantiierte Behauptungen zu den vorstehenden Punkten aufstellen kann, um in die Editionsphase zu gelangen, nützt ihm dieses Recht zudem nur beschränkt: Erstens weiss er in aller Regel nicht mehr, was in einer vor Jahren erstellten Urkunde (z.B. in einem umfangreichen Due Diligence Report oder einer Board-Präsentation), abgesehen von den Tatsachen, welche er beweisen möchte und an die er sich erinnert, sonst noch alles steht, und ob die Urkunde insgesamt seinen Standpunkt wirklich stützen wird. Es ist ein riskantes Spiel, quasi „blind“ neue Beweismittel in einen Prozess einzuführen, ohne zu wissen, was sie für die eigene Position und jene der Gegenseite für eine umfassende Wirkung haben werden. Zweitens wird sich das Gericht oft ein (erstes) Bild zu machen versuchen, ohne auf die Edition von allenfalls Dutzenden von Urkunden zurückzugreifen.⁸² Und drittens darf nicht übersehen werden, dass die Informationsbeschaffung ja nicht nur der eigentlichen Prozessführung dient, sondern auch dazu, die eigene Stärke abzuschätzen und Vergleichsoptionen abzuwägen. Dafür kommt die Edition zu spät. Auch eine gerichtliche Vergleichsverhandlung erfolgt oft vor dem zweiten Schriftenwechsel und vor der Edition, und damit auf der Basis eines gewissen Drucks und einer Chanceneinschätzung des Gerichts, die noch ohne Kenntnis der zu edierenden Urkunden erfolgt. Und ohne dass der Beklagte in der Diskussion fundiert und basierend auf Urkunden-Wissen argumentieren könnte.

⁸⁰ BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 16; GÄUMANN/MARGHITOLA, N 5 ff.; GÖKSU, 93 f.; HASENBÖHLER-ZPO Komm., Art. 160 ZPO, N 13; LIVSCHITZ/SCHMID, 740 f.

⁸¹ GÄUMANN/MARGHITOLA, N 13 und LIVSCHITZ/SCHMID, 740 f. sehen die Beweiseignung nicht als eigene Voraussetzung, sondern durch die Beschreibung des Inhalts der Urkunde abgedeckt.

⁸² Bei Prozessen vor dem Handelsgericht Zürich gilt wahrscheinlich für Akteneditionen ungefähr dasselbe wie für Zeugenaussagen: „Oft verlangt, selten gesehen“.

Man darf – bei allem positiven Menschenbild – auch die Möglichkeit nicht ganz ausser Acht lassen, dass bei zur Edition verlangten Dokumenten (zum Beispiel, wenn es darum geht, ob es im Rahmen einer Akquisition vor fünfzehn Jahren einen Due Diligence Report gab) die Rückmeldung der Klägerin kommen könnte, man habe erwartungsgemäss kein solches Dokument gefunden. Bei einem Aktenumfang von bis zu 4'500 Bundesordnern, wie in den Swissair-Prozessen, braucht es manchmal ziemlich viel Zähigkeit und Eifer, und manchmal auch ein bisschen Glück, um ein Dokument zu finden, das vielleicht an einem falschen Ort abgelegt ist. Jene Partei, welche ein vitales Interesse am Auffinden des Dokuments hat, hat typischerweise von allen dreien dieser Elemente ein bisschen mehr.

bb) Vorsorgliche Beweisaufnahme als Alternative?

Mit Art. 158 Abs. 1 lit. b bietet die ZPO ein Mittel, um bereits vor Rechtshängigkeit eines Prozesses Beweise erheben zu können. Diese Möglichkeit ist mit Erlass der eidgenössischen ZPO im Vergleich zu den früheren kantonalen ZPOs erheblich ausgeweitet worden.⁸³ Das Gericht nimmt nun jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Die in der ZPO geschaffene, zweite soeben erwähnte Möglichkeit der vorsorglichen Beweiserhebung bei Glaubhaftmachung eines *schutzwürdigen Interesses* (also ohne eigentliche Beweisgefährdung) sollte nach der bundesrätlichen Botschaft gerade auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen, was dazu beitrage, aussichtslose Prozesse zu vermeiden.⁸⁴

Für die Annahme eines solchen schutzwürdigen Interesses muss der Gesuchsteller (in der publizierten Gerichtspraxis jeweils der Kläger) gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann“.⁸⁵ Jene Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, müssen dabei zwar nicht glaubhaft

⁸³ Vgl. etwa § 135 aZPO-ZH: Nur für *gefährdete* Beweise, und nur nach Eintritt der *Rechtshängigkeit*. Art. 199 aZPO-SG: Nur wenn eine spätere Beweiserhebung wesentlich *erschwert* oder *unmöglich* wäre.

⁸⁴ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7315.

⁸⁵ BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81; ähnlich BGE 142 III 40 E. 3.1.1 S. 43; vgl. auch BGE 140 III 24 E. 3.3.4 S. 29.

gemacht, aber immerhin *substantiiert und schlüssig behauptet* werden.⁸⁶ Wie hoch dabei die Anforderungen für einen potentiell *Beklagten* sind, also im hier interessierenden Fall, wurde soweit ersichtlich noch nie höchstrichterlich entschieden. Immerhin erscheint aber unbestritten, dass die Möglichkeit einer vorsorglichen Beweisaufnahme gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO grundsätzlich auch einem präsumtiv *Beklagten* offen stehen soll.⁸⁷

Dabei ist davon auszugehen, dass auch den *Beklagten* die Pflicht trifft, die durch ein vorsorglich beantragtes Beweismittel zu beweisende Tatsache substantiiert und schlüssig zu behaupten: Das ergibt sich zum einen aus den soeben für die Klägerin gezeigten bundesgerichtlichen Anforderungen. Zum anderen aber auch aus der Tatsache, dass die vorsorgliche Beweisaufnahme ja nur insoweit speziell ist – und besonderen Anforderungen unterliegt –, als sie eben „vorsorglich“ ist. D.h. es handelt sich zwar um eine *zeitlich frühere* Beweisaufnahme, aber *nicht* um eine *anderweitig irgendwie „erweiterte“* Möglichkeit der Beweismittel- oder Informationsbeschaffung.⁸⁸ Die Beweismittel und -regeln bleiben in allen anderen Punkten unverändert, ebenso wie die Anforderungen an die Mitwirkung der Gegenpartei und die Rechtsfolgen einer verweigerten Mitwirkung.⁸⁹

Damit ist der potentiell *Beklagte* wieder auf die normalen Anforderungen der Urkundenedition zurückgeworfen. Diese kann er zwar bei einer vorsorglichen Beweisaufnahme allenfalls *zeitlich früher* verlangen, womit einige der soeben

⁸⁶ BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.

⁸⁷ DOMEJ, 75 f. wendet denn auch ein, dass das Kriterium des glaubhaft gemachten Anspruchs spätestens dann unbrauchbar werde, wenn es der vermeintliche Schuldner/Beklagte ist, der eine vorsorgliche Beweiserhebung beantragt. Sie spricht sich dafür aus, dass der Gesuchsteller in diesen Fällen glaubhaft machen müsse, dass der Hauptsacheanspruch zwischen den Parteien *streitig* ist oder voraussichtlich werden wird (a.a.O., 77).

⁸⁸ BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 119: „Die vorsorgliche Beweisführung unterscheidet sich nämlich von der ordentlichen nur dadurch, dass sie zeitlich vorgelagert ist“ (unter Verweis auf FELLMANN-ZPO Komm., Art. 158 ZPO, N 31b).

⁸⁹ BIEDERMANN, 425 m.w.N. A.M. in Bezug auf die Folgen der verweigerten Mitwirkung für den Gesuchsgegner ZÜRCHER-ZPO DIKE-Komm., Art. 158 ZPO, N 14.

(II.3.f)aa) a.E.) geschilderten Nachteile abgemildert werden.⁹⁰ Aber er unterliegt ansonsten denselben Anforderungen an die Substantiierung, so dass die vorsorgliche Beweisaufnahme aufgrund der unter II.3.f)aa) geschilderten Hürden in den meisten Fällen nicht zielführend sein wird, wenn es um die Etablierung des Sachverhaltes im Hinblick auf einen Passivprozess geht.⁹¹

cc) *Datenschutzrechtliche Ansprüche als Alternative?*

Ein mögliches Mittel zu Beschaffung von Informationen und allenfalls Beweismitteln bietet an sich das Datenschutzgesetz mit Art. 8 DSG.⁹² Diese Bestimmung verleiht jeder Person grundsätzlich ohne Interessennachweis und kostenlos (Abs. 5) umfassende Einsicht in die über sie in einer Datensammlung vorhandenen Personendaten. Zur Auskunft verpflichtet ist der Inhaber der Datensammlung.⁹³ Dem Auskunftsbegehren kann mit einem Verweis auf die Strafbarkeit der Verletzung der Auskunftspflichten nach Art. 34 DSG Nachdruck verliehen und das Auskunftsrecht klageweise durchgesetzt werden (Art. 15 Abs. 4 DSG).

⁹⁰ Allerdings zu einem Preis: Die Gerichtskosten und die *Parteientschädigung* im Verfahren um vorsorgliche Beweiserhebung trägt gemäss Bundesgericht nämlich *stets die gesuchstellende Partei*, selbst wenn die Gegenpartei die Abweisung des Begehrens beantragt hat und *unterlegen* ist. Denn der Gesuchsteller könne die Kosten dieses Verfahrens im Falle seines Obsiegens in einem allfälligen Hauptprozess immer noch auf die Gegenpartei abwälzen (BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34 f.). Diese Rechtsprechung stösst in der Lehre teilweise – vor allem in Bezug auf die Parteientschädigung – auf Kritik (vgl. hierzu die Übersicht über die Lehrmeinungen bei SCHMID, 615 ff. sowie seine Würdigung, 618 ff.). Sie dürfte einen Anreiz für den Gesuchsgegner setzen, die vorsorgliche Beweisabnahme zu behindern und so die Kosten in die Höhe zu treiben (so DOMEJ, 91). Einige Stimmen in der Lehre betrachten die Attraktivität des Instituts der vorsorglichen Beweiserhebung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO aufgrund dieser Kostenregelung denn auch ganz allgemein als stark verringert (SCHMID, 620; DROESE, 234).

⁹¹ In BGE 141 III 564 E. 4.2.1 f. S. 567 f. hat das Bundesgericht zudem klargestellt, dass die vorsorgliche Beweisaufnahme auch nicht als Ersatz für die Geltendmachung eines materiellrechtlichen Informationsanspruchs (im konkreten Fall der Rechenschaftspflicht aus Auftragsrecht) dient. Entsprechend verweigerte es dem Gesuchsteller (Auftraggeberin) die Herausgabe einer unbestimmten Anzahl sehr allgemein umschriebener Dokumente gestützt auf diese Bestimmung.

⁹² Nach ROSENTHAL, Entwicklungen, 586, hat sich das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG „zu einem Standardinstrument zur vorprozessualen Beweiserhebung in beliebigen Streitfällen entwickelt“.

⁹³ Die natürlichen oder juristischen Personen oder die Bundesorgane, die über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheiden (Art. 2 Abs. 1 i.V. m. Art. 3 lit. i DSG). Eingehend zu den Auskunftspflichtigen: BaK-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSG, N 10 ff.; ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 8 DSG, N 6 f.

Dabei bestehen aber aus Sicht einer (potentiell) im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses beklagten Person gewichtige Einschränkungen:

Erstens umfasst das Einsichtsrecht nur „Personendaten“.⁹⁴ Personendaten sind Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSGVO). In Betracht kommen daher zum Beispiel ein- oder ausgehende schriftliche Mitteilungen an den oder vom Gesuchsteller oder Protokolle von Sitzungen, an denen der Gesuchsteller beteiligt gewesen ist.⁹⁵ Angaben ohne direkten oder indirekten⁹⁶ Bezug zur gesuchstellenden Person gelten dagegen nicht als sie betreffende Personendaten.⁹⁷ Der Personenbezug muss dabei inhaltlicher Natur sein,⁹⁸ d.h. er kann trotz Nennung des Namens der gesuchstellenden Person fehlen, wenn das betreffende Aktenstück keine inhaltlichen Aussagen über diese Person macht.⁹⁹ Bereits daraus ergeben sich für einen potentiell beklagten Verwaltungsrat gewichtige Einschränkungen. Denn viele relevante Akten werden ihn weder direkt noch indirekt erwähnen und er ist auch nicht als Empfänger ausgewiesen (zu denken ist etwa an die GL-Sitzungen von Tochtergesellschaften oder an wichtige Verträge oder Buchhaltungsunterlagen).

Fraglich ist zweitens auch, ob der Aktenbestand in einem Konkurs in jedem Fall als „Datensammlung“ gilt. Denn vom Begriff der Datensammlung erfasst sind nur Bestände von Personendaten, die so aufgebaut sind, dass die Daten nach

⁹⁴ FRITSCHKE/STUDER, 179. Gar für die Zulässigkeit der Offenlegung bloss einer „collageartigen“ Zusammenstellung der einzelnen, zerstückelten Personendaten: PASSADELIS, N 16 ff.; WIDMER, in: Datenschutzrecht, N 5.24; vgl. auch FRIEDRICH/KAISER, 526; a.M. aber GNEHM, 93 f.

⁹⁵ Vgl. ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSGVO, N 14.

⁹⁶ Indirekten Personenbezug haben z.B. Angaben über Grundstücke oder Motorfahrzeuge, die dem Eigentümer bzw. Halter zugerechnet werden können (BaK-BLECHTA, Art. 3 DSGVO, N 7 f.).

⁹⁷ BaK-BLECHTA, Art. 3 DSGVO, N 8.

⁹⁸ FRIEDRICH/KAISER, 25; GNEHM, 90 f.; ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSGVO, N 15.

⁹⁹ Vgl. dazu Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission VPB 64/69 E 4b. vom 28. Mai 1998; Fritzsche/Studer, 179.

betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 lit. g DSG). Das gilt in der Regel für Sammlungen von elektronisch gespeicherten Textdokumenten, nicht aber für ungeordnete und verstreute Ablagen von Papierunterlagen.¹⁰⁰

Drittens ist das DSG in hängigen Zivilprozessen und anderen staatlichen Gerichts- und Verwaltungsverfahren nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Damit ein Beklagter von dieser Möglichkeit zumindest theoretisch Gebrauch machen kann, müsste er das entsprechende Gesuch daher in jedem Fall *vor der Rechtshängigkeit* der Klage einreichen (und für die Klägerin bietet es sich unter diesem Gesichtspunkt an, die Verjährung soweit möglich eher durch Schlichtungsgesuch zu unterbrechen, als durch eine andere Massnahme, bzw. relativ schnell und ohne Vorwarnung zu klagen).

Viertens hat es das Bundesgericht zwar abgelehnt, die zeitliche Ausnahme vom Geltungsbereich des DSG für *hängige Zivilprozesse* grundsätzlich bereits auf das Vorfeld eines Zivilprozesses auszudehnen, um den Gebrauch des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSG durch einen (späteren) Beklagten stets zu unterbinden.¹⁰¹ Es verweist in Bezug auf diese Problematik aber auf das *Rechtsmissbrauchsverbot* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und hat drei Fallgruppen von Begehren mit „*datenschutzwidrigen Zwecken*“ gebildet: Eine davon betrifft das Stellen eines Begehrens mit dem *ausschliesslichen* Zweck, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte.¹⁰² Kein Rechtsmissbrauch soll dagegen vorliegen, wenn der Gesuchsteller zumindest ein Interesse daran geltend macht, die ihn betreffenden Daten auf ihre *Richtigkeit zu kontrollieren*, und keine hinreichenden Anhalts-

¹⁰⁰ BaK-BLECHTA, Art. 3 DSG, N 81. Durch seine Offenheit und den technologischen Fortschritt (insb. die Durchsuchbarkeit praktisch aller elektronischer Datensätze) hat der Begriff der Datensammlung allerdings an Abgrenzungskraft eingebüsst (Urteil des Bundesverwaltungsgericht BVGE 2016/28 vom 30. November 2016 E. 3; GERSCHWILER, in: Datenschutzrecht, N 3.56). Demgegenüber will ROSENTHAL den Begriff der Datensammlung aber als durch verschiedene Kriterien eingeschränkt verstanden wissen: U.a. setzt er für das Vorliegen einer Datensammlung einen thematischen Zusammenhang der gesammelten Personendaten zueinander sowie eine gewisse (zeitliche) Beständigkeit der Sammlung voraus (ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSG, N 82 ff.).

¹⁰¹ BGE 138 III 425 E. 4.3 S. 429 f.: Massgebend ist an sich allein die zivilprozessuale Rechtshängigkeit nach Art. 62 ZPO. So bereits WIGET/SCHOCH, 1006.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.1; BGE 141 III 119 E. 7.1.1 S. 127 f.; BGE 138 III 425 E. 5.5 S. 432. Die anderen beiden Fallgruppen sind das Stellen eines Auskunftsbegehrens (i) zwecks Ersparnis der Kosten einer Datenbeschaffung, die sonst bezahlt werden müssten, (ii) zwecks schikanöse Rechtsausübung ohne wirkliches Interesse an der Auskunft, allein um den Auskunftspflichtigen zu schädigen.

punkte für ein offenkundig zweckwidriges Vorgehen ersichtlich sind. Das gilt selbst wenn er die Datenüberprüfung (auch) im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess vornehmen möchte.¹⁰³

Obwohl ein legitimes Interesse für das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG nicht vorausgesetzt ist, muss ein solches unter Umständen also trotzdem dargelegt werden, damit das Gericht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs überprüfen oder aber das Interesse des Gesuchstellers gegen die Interessen Dritter bzw. des privaten Inhabers der Datensammlung abwägen kann (vgl. Art. 9 f. DSG).¹⁰⁴ Um Aussicht darauf zu haben, mit dem Gesuch durchzudringen, braucht es dabei zumindest *auch* ein eigentliches datenschutzrechtliches Motiv, und nicht nur ein prozessuales.¹⁰⁵ Immerhin setzt das Bundesgericht die Schwelle für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs in Zusammenhang mit der Gefahr einer verpönten Beweisausforschung relativ hoch an.¹⁰⁶

Im Rahmen der laufenden Totalrevision des DSG soll präzisiert werden, dass die betroffene Person nur diejenigen Informationen enthalten soll, die erforderlich sind, damit sie *ihre Rechte nach dem Datenschutzgesetz* geltend machen kann.¹⁰⁷ Damit reagiert der Gesetzgeber auf die Kritik an der obigen Rechtsprechung in der Vernehmlassung und der Literatur, welche den Missbrauch des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSG zu datenschutzfremden Zwecken, insbesondere zur Beweisausforschung im Hinblick auf Prozesse ohne datenschutzrechtliche Berührungspunkte, beklagte.¹⁰⁸ Neu eingeführt werden soll auch eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Auskunftsrechts, wenn das Auskunftsgesuch „offensichtlich unbegründet oder querulatorisch“ ist (Art. 24 Abs. 1 lit. c E-DSG). Zwar solle ein Auskunftsgesuch nach wie vor grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses und ohne Begründung möglich sein, auch aus blosser Neugier. Wenn aber offenkundig sei, dass das Gesuch aus Gründen gestellt wurde, die mit einem vom DSG verfolgten Zweck nichts zu tun haben, soll die Auskunft verweigert werden können.¹⁰⁹ Im Entwurf nicht

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.4.2; BGE 138 III 425 E. 5.6 S. 432 f.

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.1; BGE 138 III 425 E. 5.4 S. 432.

¹⁰⁵ A.M. RÜD/MICHLIG, 175.

¹⁰⁶ FRITSCHÉ/STUDER, 179; GNEHM, 87; PASSADELIS, N 12; ROSENTHAL, Entwicklungen, 586.

¹⁰⁷ Art. 23 Abs. 2 E-DSG (Botschaft vom 15. September 2017 über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017, 6941 ff., 7217).

¹⁰⁸ BBl 2017, 7066 f. Zur Kritik siehe ROSENTHAL, Entwicklungen, 588 ff.; ROSENTHAL, Vorentwurf, N 54.

¹⁰⁹ BBl 2017, 7068 f.

mehr enthalten ist die Vorschrift, nach der die Auskunft in der Regel schriftlich zu erteilen sei.¹¹⁰ Angesichts dessen ist denkbar, dass die Gerichte unter dem totalrevidierten DSG geneigt sein könnten, eine anderweitige Form der Auskunft (etwa eine reine Einsichtnahme) zu akzeptieren.¹¹¹ Es bleibt abzuwarten, ob die im Entwurf vorgesehenen „Präzisierungen“ von den Räten verabschiedet werden und gegebenenfalls zu einer Änderung in der Rechtsprechung führen.

dd) Materiellrechtlicher Anspruch aus Art. 715a OR als Alternative?

Art. 715a OR räumt – allerdings unter relativ komplizierten Voraussetzungen¹¹² – jedem Mitglied des Verwaltungsrates einen Anspruch auf Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft ein, dessen Durchsetzung nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts mittels Leistungsklage gegen die Gesellschaft möglich ist.¹¹³

Auch diese Möglichkeit unterliegt allerdings einer Reihe von gewichtigen Einschränkungen und Unsicherheiten, wenn es darum geht, einen lange zurückliegenden Sachverhalt im Rahmen eines (angedrohten) Verantwortlichkeitsprozesses zu etablieren:

- Sie steht zum vorneherein nur den möglicherweise beklagten Verwaltungsratsmitgliedern zur Verfügung¹¹⁴ – und damit nicht (a) den materiellen

¹¹⁰ Art. 23 E-DSG (BBl 2017, 7217); ROSENTHAL, Vorentwurf, N 57.

¹¹¹ Vgl. dazu ROSENTHAL, Entwicklungen, 590, 592 ff., welcher dies bereits unter geltendem DSG fordert, wenn bei der Herausgabe von Unterlagen die Verletzung einer Geheimhaltungspflicht droht.

¹¹² Während das einzelne Verwaltungsratsmitglied von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen grundsätzlich uneingeschränkt Auskunft über den allgemeinen Geschäftsgang verlangen kann (Art. 715a Abs. 3 OR), wird ihm Einsicht in die Bücher und Akten der Gesellschaft durch den Präsidenten (bzw. den Gesamtverwaltungsrat, Abs. 5) nur insoweit gewährt, als es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist (Abs. 4). Das Begehren um Einsicht in Geschäftsunterlagen kann demnach verweigert werden, wenn keinerlei Zusammenhang zur Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats gegeben ist (BÖCKLI, §13 N 217; KILLIAS, 339).

¹¹³ BGE 144 III 100 E. 5.2.3.2 S. 106 f. (zur Leistungsklage) und E. 6 S. 110 (zum Verfahren).

¹¹⁴ KILLIAS, 343.

Organen (CEO, CFO, andere Mitglieder der Geschäftsleitung), (b) der Revisionsstelle oder (c) den als faktische Organe ins Recht gefassten Personen.¹¹⁵

- Sie verleiht lediglich einen Anspruch auf Einsicht in die Gesellschaftsakten, nicht aber in die – bisher durch Art. 8a SchKG abgedeckten – Konkursakten, die ebenso wichtig sein können (vgl. oben, II.1.c)).
- Zweck dieses Auskunfts- und Einsichtsrechts ist es nach herrschender Auffassung, den Verwaltungsratsmitgliedern die *Erfüllung ihrer Aufgabe* zu ermöglichen.¹¹⁶ Ein *ehemaliges* Verwaltungsratsmitglied hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit grundsätzlich kein hinreichendes Interesse mehr an der Geltendmachung dieses Rechts, und zwar auch nicht in Bezug auf die Vorgänge während seiner Amtszeit.¹¹⁷ Die allermeisten Fälle aktienrechtlicher Verantwortlichkeit betreffen aber natürlich Beklagte, die nicht mehr im Amt sind. Dennoch – und in bemerkenswerter Widersprüchlichkeit zum soeben proklamierten Zweck des Einsichtsrechts¹¹⁸ – sah das Bundesgericht offenbar in einem Entscheid (obiter) ein hinreichendes Interesse auch dann als gegeben an, wenn der ehemalige Verwaltungsrat Informationen benötigt, um strittige Ansprüche (insbesondere Verantwortlichkeits- oder Honoraransprüche) bezüglich des abgeschlossenen Verwaltungsratsmandats beurteilen zu können.¹¹⁹ Begründet ist dies wohl in einer (stillschweigend angenommenen) weiteren Funktion des Auskunfts- und Einsichtsrechts, nämlich in der Schaffung der Kongruenz von Information und (unbegrenzter, solidarischer) Verantwortlichkeit des Verwaltungsratsmitglieds nach Art. 754 ff. OR.¹²⁰ Wie weit dieser Entscheid im Detail trägt, ist allerdings unklar. Dies zumal in der Lehre bestimmte allgemeine Schranken des Auskunfts- und Einsichtsrechts nach Art. 715a OR auch bei noch amtierenden Verwaltungsratsmitgliedern dis-

¹¹⁵ Letztere wären auf den Zugang zu den Gesellschaftsakten (Organisationsreglemente, Protokolle, etc.) häufig auch schon daher dringend angewiesen, um ihre faktische Organstellung (und damit ihre Passivlegitimation in einem möglichen Prozess) widerlegen zu können.

¹¹⁶ BGE 144 III 100 E. 5.2.2 S. 104; BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501.

¹¹⁷ BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501.

¹¹⁸ Vgl. CARBONARA/VON DER CRONE, 93.

¹¹⁹ BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501 f., wo ein solches Interesse nicht geltend gemacht worden ist (E. 3.4 S. 502); ähnlich ZK-HOMBURGER, Art. 715a OR, N 496; BÄCHTOLD, 128; a.M. KILLIAS, 343, der die Aktivlegitimation des ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds ablehnt.

¹²⁰ Böckli, §13 N 163; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 3; vgl. hierzu CARBONARA/VON DER CRONE, 92, insb. Fn. 41.

kutiert werden.¹²¹ Danach muss das Begehren in zeitlicher Hinsicht und in Bezug auf den Umfang der verlangten Informationen *verhältnismässig* sein und es kann insbesondere auch verweigert werden, wenn das Verwaltungsratsmitglied wegen Interessenkollision (z.B. Marktgegensenseite, *Prozessgegenpartei*, Konkurrenz) *zum Ausstand verpflichtet* wäre. Das führt zur auf den ersten Blick etwas absurden Situation, dass – wenn man den genannten Entscheid zum Nennwert nehmen wollte – einem amtierenden Verwaltungsrat (der immerhin einer Treue- und Geheimhaltungspflicht untersteht¹²²) die Einsicht verweigert werden könnte, mit der Begründung er sei (potentielle) Prozessgegenpartei, während einem ehemaligen Verwaltungsrat die Einsicht just mit dieser Begründung zu gewähren wäre.

- Aus Sicht eines potentiell Beklagten ist der Weg über den materiellrechtlichen Anspruch von Art. 715a OR (soweit er nach dem Gesagten überhaupt besteht) wesentlich mühsamer als über den bisherigen nach Art. 8a SchKG, weil er sich nicht auf ein öffentlich-rechtliches Einsichtsrecht (mit kostenloser Beschwerdemöglichkeit) stützen kann, sondern einen zeitraubenden Prozess führen muss – vorsichtshalber vielleicht bevor er überhaupt weiss, ob er in der Hauptsache je eingeklagt werden wird. Soweit er in der Hauptsache eingeklagt wird, ohne dass er sich zuvor auf diesem Weg um Akteneinsicht bemühte, ist er zudem davon abhängig, dass das Hauptsachengericht den Verantwortlichkeitsprozess sistiert, bis er aufgrund seines Informationsanspruchs Zugang zu den Akten hatte – ein Anliegen, dem nach meiner Erfahrung nicht alle Gerichte ihr Ohr leihen.
- Einsicht in die „Bücher und Akten“ nach Art. 715a Abs. 4 OR meint zwar grundsätzlich Einsicht in alle gesellschaftsinternen Schriftstücke sowie in die auf anderen Datenträgern festgehaltenen Informationen¹²³ – vorbehaltlich der vorgenannten allgemeinen Schranken. Zu den Büchern und Akten gehören insbesondere die Geschäftsbücher nach den Art. 957 ff. OR und die Korrespondenz.¹²⁴ Ein Recht des Verwaltungsratsmitglieds, diese Unterla-

¹²¹ Zum Ganzen: BÖCKLI, § 13 N 171 ff.; KILLIAS, 339; KRNETA, N 961 ff.; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 4; vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 98 f. und 102 f.

¹²² Und dieser Umstand soll den von der Gesellschaft allfällig geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen entgegengehalten werden können: BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 5; vgl. auch BÖCKLI, § 13 N 174; NAEF/RIEGER, 605; ROTH PELLANDA, N 693 m.w.N. Siehe dazu auch Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Oktober 2018, HE180280, E. 4.6, betr. das Einsichtsrecht des Gesellschafters bei der GmbH.

¹²³ BÄCHTOLD, 123 f.; KRNETA, N 1017 ff.

¹²⁴ BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 11; BÖCKLI, §13 N 217.

gen im Rahmen der Einsicht zu kopieren, wie es ihm unter Art. 8a SchKG üblicherweise zugestanden wurde, besteht jedoch gemäss Teilen der Lehre nicht,¹²⁵ was einen erheblichen Nachteil darstellt.

Vieles im Zusammenhang mit der Möglichkeit, sich gestützt auf Art. 715a OR Zugang zu den zur Abwehr eines Verantwortlichkeitsanspruches notwendigen Akten zu verschaffen, erscheint derzeit *unklar*. Das gilt namentlich auch für die Situation in der Insolvenz, welche bisher über Art. 8a SchKG sachgerecht gelöst war.

M.E. könnte hier ein möglicher Ansatzpunkt darin liegen, dass man der Lehrmeinung (und dem Gedanken, welcher dem *obiter dictum* in BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501 f. wohl zugrunde liegt) folgt, wonach Art. 715a OR *auch* bezweckt, eine Informationskongruenz in Haftungsfällen zu schaffen (in Erweiterung der gängigen Lehrmeinung, auch über das Ende der Tätigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds hinaus). Und zwar derart, dass sich aus dieser Bestimmung ein „rechtliches“ (und nicht nur tatsächliches) Interesse an einem Einsichtsrecht *gestützt auf Art. 8a SchKG* ergeben würde.¹²⁶ Damit würde sich auch der Kreis zur älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliessen, welche zu Art. 8a SchKG festhielt, dass es eigenartig wäre, wenn man einem Verwaltungsratsmitglied zur Abwehr eines Haftungsanspruchs den Zugang zu Akten verweigern würde, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte.¹²⁷ Auch die *lex generalis/lex specialis* Problematik wäre (soweit man hier an der Auffassung des Bundesgerichts festhalten wollte) damit m.E. einigermassen sachgerecht entschärft: Die Regeln der ZPO gingen zwar jenen von Art. 8a SchKG im allgemeinen vor, die Situation eines beklagten Verwaltungsratsmitglieds im Konkurs würde aber aufgrund des Art. 715a OR zu Grunde liegenden Gleichlaufes von „umfassender Information“ und „umfassender Haftung“ als eine *noch speziellere* betrachtet, welche in diesem engen Bereich eine Schneise zugunsten eines rechtlichen Interesses im Sinne von Art. 8a SchKG schlägt.

¹²⁵ BÄCHTOLD, 125; BÖCKLI, §13 N 219; ZK-HOMBURGER, Art. 715a OR, N 499, mit Ausnahmen; KRNETA, N 1034; ROTH PELLANDA, N 691; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 11; anders aber Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Oktober 2018, HE180280, E. 4.6 für das uneingeschränkte Einsichtsrecht des Gesellschafters bei der GmbH ohne Revisionsstelle nach Art. 802 Abs. 2 OR; differenziert: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 107.

¹²⁶ Gemäss BGE 105 III 38 E. 1 S. 39; BGE 99 III 41 E. 3 S. 44; BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 muss das besondere und gegenwärtige Interesse nicht finanzieller Natur sein, es genüge vielmehr ein rechtliches Interesse anderer Art.

¹²⁷ Oben, II.3.a).

ee) *Vertragliche Ansprüche (Verwaltungsratsvertrag) und „Handakten“?*

Man kann sich fragen, ob ein vorsichtiges Organ sich auf der Basis der hier geschilderten Rechtsprechung noch ohne weiteres darauf einlassen soll, sämtliche Unterlagen am Ende jeder Sitzung abzugeben oder diese in einer der Kontrolle der Gesellschaft unterstehenden Cloud bzw. einer der gebräuchlichen Management-Softwares für die Verwaltungsratsstätigkeit abzulegen, ohne eigene Download-Möglichkeit und mit der jederzeitigen Gefahr, dass die Gesellschaft ihm den Zugang zu seinen eigenen Entscheidungsgrundlagen abschneidet (oder er ihn mit dem Austritt automatisch verliert).

Wo das Gesetz (derzeit) den Aktenzugang nicht mehr gewährt, wäre vielleicht eine vertragliche Pflicht der Gesellschaft, unter welcher man die Unterlagen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen herausverlangen darf¹²⁸ bzw. diese bei einer Drittstelle hinterlegt werden – oder, soweit es um eigentliche „Handakten“ geht, man diese behalten darf – empfehlenswert. Ein möglicher Ort für solche Regelungen könnte z.B. ein „VR-Vertrag“ sein, in welchem noch weitere wichtige Fragen geregelt werden könnten (z.B. die Aufrechterhaltung der Organhaftpflichtversicherung über einen bestimmten Zeitraum nach dem Ausscheiden des Organs hinaus, welche für ehemalige Organe zentrale Bedeutung haben kann). Derartige Verträge bestehen derzeit aber typischerweise nur in Verhältnissen, in welchen ein Verwaltungsrat als (fiduziarisch) Abgesandter für einen bestimmten Aktionär in einem Verwaltungsrat Einsitz nimmt – und dann mit jenem Aktionär und in der Regel nicht mit der Gesellschaft selbst.¹²⁹

ff) *Beilagen des Prozessgegners (Klägerin)*

Jeder prozessierende Anwalt weiss, dass man zuweilen am meisten für seinen Standpunkt aus den von der Gegenpartei eingereichten Urkunden gewinnen kann. Manchmal lässt sich aus diesen auch ein Editionsbegehren ableiten (z.B. weil aus einem Brief klar wird, dass es eine Antwort gegeben haben muss, oder weil ein Protokoll auf ein früheres Protokoll oder eine Präsentation verweist). Je dürre seine allgemeine Informationslage ist, umso wichtiger ist diese – allerdings nur sehr punktuelle, und zeitlich sehr späte – Quelle für den Beklagten.

¹²⁸ Die Frage, inwieweit solche Abmachungen einen Konkurs „überleben“ und (auch ohne ihren Vertragseintritt) auf die Insolvenzmasse übergehen würden, wird hier nicht vertieft.

¹²⁹ Siehe dazu BÖCKLI, § 13, N 866 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 407 f. Zu Verträgen mit der Gesellschaft über die Schadloshaltung vgl. auch BÖCKLI, § 13, N 861 ff.

Gleichzeitig wird es für die Klägerin noch wichtiger, bei jeder eingereichten Urkunde umfassend zu prüfen, ob damit nicht dem Beklagten unnötigerweise die Tür zu – ansonsten verschlossenen – Informationen geöffnet oder ein wertvolles Argument in die Hand gegeben wird.¹³⁰

gg) Weitere Linderungsmöglichkeiten: „Kriegstagebuch“ und „Bericht des Klienten“

In Fällen, in denen für das handelnde Organ eine gewisse Gefahreneigtheit besteht (z.B. im Umfeld von Sanierungsversuchen bei einer akuten Liquiditätskrise) empfehle ich den Mandanten, jeden Abend in einem Heft kurz zu notieren, welche Entscheide sie aufgrund welcher Informationen gefällt haben, mit wem sie dazu gesprochen haben und was ihre Überlegungen und Befürchtungen waren („Kriegstagebuch“).¹³¹

Oft empfiehlt es sich auch, den Mandanten gleich zu Beginn einer Abwehrberatung (z.B. nach einem Konkurs) dazu anzuhalten, einen Bericht über seine Tätigkeit zu verfassen, so lange die Erinnerung noch einigermaßen frisch ist. Soweit möglich mit Verweis auf die einzelnen Grundlagendokumente („Bericht des Klienten“).

In beiden Fällen erleichtert das nicht nur die eigene Aufarbeitung des Sachverhaltes, sondern auch das Stellen von substantiierten Editionsbegehren (weil man noch weiss, an welchem Tag ein von wem verfasstes Dokument mit welchem ungefähren Inhalt zur Kenntnis genommen wurde) sowie die Offerte von Zeugenbeweisen.

Viele Mandanten unterziehen sich diesen – mühsamen, und manchmal auch etwas schmerzlichen – Aufgaben allerdings nur mit Widerwillen, so lange eine

¹³⁰ Es ist manchmal erstaunlich, wie sehr Anwälte der Versuchung unterliegen, eine an sich bereits bewiesene (oder gar nicht bestrittene) Tatsache „sicherheitshalber“ noch mit zusätzlichen Urkunden zu unterlegen, und dabei übersehen, dass sich aus diesen Urkunden noch zahlreiche andere Tatsachen ergeben, welche den eigenen Standpunkt vielleicht eher schwächen oder neue Diskussionsfelder eröffnen.

¹³¹ Wenn dieses Dokument handschriftlich geführt wird, kann es unter Umständen später einmal sogar als Beweismittel dienen, denn es lässt sich mit forensischen Mitteln teilweise feststellen, dass ein solcher Eintrag eine gewisse Zeit zurückliegt, und dass die Einträge an unterschiedlichen Tagen verfasst wurden.

Klage noch nicht konkret in Aussicht steht. Und diese Massnahmen wirken nur, soweit der spätere klägerische Angriff nach Jahren aus einer zu erwarteten Richtung kommt, was bei weitem nicht immer der Fall ist.¹³²

hh) Die Strafuntersuchung als „Segen“ für den Beklagten

Unter der geschilderten Rechtsprechung könnte sich in Zukunft eine dem Zivilprozess vorgelagerte Strafuntersuchung¹³³ oft als „Segen“ für den Beklagten erweisen. Dort werden – mit den Zwangsmitteln des Strafrechts – oft umfangreiche Akten erhoben und von der Staatsanwaltschaft mit viel Aufwand sauber systematisiert und elektronisch erfasst, zu denen der Beklagte dann Zugriff erhält.¹³⁴ Umgekehrt muss sich eine Klägerin vor diesem Hintergrund vielleicht überlegen, ob sie dem Beklagten diese Möglichkeit gewähren will oder lieber auf eine Strafanzeige verzichten.

4. Die oft grosse Bedeutung der Rechnungslegung (Expertise)

Unter der nun weitgehend etablierten Praxis der Business Judgment Rule schweizerischer Prägung¹³⁵ droht Gefahr für Organe weniger aus falschen Geschäftsentscheiden als aus eher „technischen“ Sachverhalten, wie der Gewährung von Intercompany Darlehen, der Bezahlung einzelner Gläubiger kurz vor der Insolvenz oder Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns.

In diesen Zusammenhängen spielt die Rechnungslegung oft eine zentrale Rolle. Die Gerichte neigen zudem dazu, die nach bestimmten Rechnungslegungsregeln erstellte Bilanz eines Unternehmens nicht nur als ein – gemäss jenen standardisierten Regeln erstelltes – Abbild der Realität zu sehen, son-

¹³² Hier prallen die Welt des Juristen und jene des Ökonomen manchmal aufeinander: Es ist erstaunlich, wie weit die Einschätzung der Organe, welches die „heiklen“ Punkte sind (oft solche unternehmerischer Natur, die durch die Rechtsprechung zur „Business Judgment Rule“ weitgehend entschärft sind) manchmal abweicht von dem, was dann später wirklich eingeklagt wird (manchmal, gerade in Konzernen, „technische“ Dinge, an welche die Organe keinerlei Erinnerung oder Emotionen mehr knüpfen).

¹³³ Siehe dazu auch unten, II.5.

¹³⁴ Vgl. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, 488.

¹³⁵ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; zum Begriff des Geschäftsentscheids vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1 m.w.H., nicht publiziert in BGE 145 III 351. Für weitere Entscheide zur Business Judgment Rule siehe unten, Fn. 141.

dern als *die Realität selbst*.¹³⁶ Ein entsprechend grosses Gewicht kommt diesen Urkunden und den zu Grunde liegenden Buchungsvorgängen und Dokumenten häufig in einem Verantwortlichkeitsprozess zu.

Es empfiehlt sich daher in vielen Fällen, einen Rechnungslegungsexperten beizuziehen. Und zwar nicht erst im Hinblick auf ein allfälliges Gutachten im Prozess, sondern – soweit man Zugriff auf die Rechnungslegungsdokumente hat – bereits *frühzeitig*, im Rahmen der Etablierung des Sachverhalts. Dies auch deshalb, weil ein versierter Rechnungslegungsexperte oft aus den entsprechenden Dokumenten ganz erstaunlich detaillierte Rückschlüsse auf weitere tatsächliche Gegebenheiten ziehen kann.

5. Die vorgelagerte Strafuntersuchung

In vielen grösseren Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit findet vor dem ersten Zivilverfahren eine Strafuntersuchung, allenfalls sogar ein Strafprozess statt. Das Verhältnis dieses Verfahrens zum zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess und die sich daraus ergebenden taktischen und rechtlichen Fragen würden Stoff für einen eigenen Beitrag bieten.¹³⁷ Aus Sicht der Sachverhaltsaufbereitung im Zivilprozess sei hier nur auf folgende Punkte hingewiesen:

Während auf Seiten der Klägerin oft dieselben Anwälte (als Geschädigtenvertreter) an der Strafuntersuchung teilnehmen, die später den Zivilprozess führen, findet auf Beklagtenseite in der Regel eine klare Arbeitsteilung zwischen einem (reinen) Strafverteidiger und einem Zivilprozessualisten statt (sehr oft aus unterschiedlichen Anwaltskanzleien). Letzterer ist in die Strafuntersuchung häufig nicht oder nur ganz am Rande involviert. Ich halte das – auch, aber nicht nur – aus Sicht der Sachverhaltsaufbereitung für einen Fehler. Das Strafverfahren ist der Ort, an welchem ein wesentlicher Teil des Sachverhalts

¹³⁶ Indem etwa das ausgewiesene Eigenkapital einer Gesellschaft kritiklos und in allen Zusammenhängen als deren „Vermögen“ betrachtet wird, und dessen negative Schwankungen als „Schaden“. Das geht so weit, dass schon behauptet wurde, mit der Bildung einer Rückstellung sei ein Schaden eingetreten.

¹³⁷ Siehe dazu etwa ISLER/ZINDEL/SOMMER.

erstmal und teilweise faktisch unabänderbar festgelegt und (über unterzeichnete Einvernahmeprotokolle, Anklageschrift, Gutachten, Plädoyers und gegebenenfalls ein Urteil¹³⁸) *verschriftlicht* wird.

Dabei hat der typische, reine Strafverteidiger oft einen anderen Blick auf die Dinge als der Wirtschaftsrechtler. Das äussert sich manchmal unter anderem in Folgendem:

- Für den Strafverteidiger ist das Sähen von Zweifeln aufgrund der klar verteilten Beweislast und des strikten Beweismasses im Strafprozess oft ein genügendes Ziel (Zitat aus manchen Plädoyers: „Man weiss es nicht.“). Unterschiedliche oder sogar widersprüchliche Erinnerungen der verschiedenen Beschuldigten/Beklagten stören ihn daher weit weniger als den Zivilrechtler. Ja, sie können ihm sogar willkommen sein („Jedenfalls widersprechen sich die Beschuldigten in diesem Punkt diametral, und auch die Staatsanwaltschaft konnte nicht mehr schlüssig eruieren, wie das damals war“). Für den Zivilrechtler ist das Etablieren eines im Kern kohärenten Sachverhalts bei mehreren Beklagten aber oft ein zentraler Erfolgsfaktor (vgl. dazu unten, IV.2).
- Der Strafverteidiger fokussiert seine Aufmerksamkeit im Rahmen der Einvernahmen in der Regel auf die Vorwürfe strafbaren Verhaltens und auf jene Sachverhaltskomplexe (und auch jene Gesellschaften), die im Strafverfahren zur Beurteilung stehen. Aussagen, die nicht damit im Zusammenhang stehen, liegen verständlicherweise nicht in seinem Fokus. In den nachfolgenden Zivilverfahren können die so „nebenbei“ etablierten und verschriftlichten Sachverhaltselemente aber überraschend wichtig werden.

Beispiel: Die Staatsanwältin befragt den Verwaltungsratspräsidenten einer Holding-Gesellschaft. In der üblichen „Aufwärmrunde“, bevor es zu den eigentlichen Fragen im Zusammenhang mit den Straftatbeständen geht, stellt sie fest: „Die Gesellschaft wurde also ursprünglich im Jahr XX gegründet. Und im Jahr YY waren dann Teilverkäufe von Geschäftseiten geplant. Im Hin-

¹³⁸ Das Bundesgericht bezeichnet es als Gebot der Zweckmässigkeit, dass der Zivilrichter (auch dort, wo er rechtlich nicht an das Strafurteil gebunden ist; Art. 53 OR) nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abweichen wird (BGE 125 III 401 E. 3 S. 411 unter Verweisung auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 1984 i.S. Sch., E. 2 und BK-BREHM, Art. 53 OR, N 31 ff., m.w.N.). Der Zivilrichter darf insbesondere die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung bei seinem Urteil ausdrücklich mitberücksichtigen (BGE 125 III 401 E. 3 S. 411; Urteil des Bundesgerichtes vom 31. März 1994, E. 3b, in: SJ 1994, 551 f.).

blick darauf haben Sie die verschiedenen Divisionen in selbständige Tochtergesellschaften ausgegliedert, richtig?“ Antwort: „Ja“. „Was hat sich da für sie als Verwaltungsratspräsident geändert?“ Der Befragte – etwas flapsig, mit einem Lächeln: „Gar nichts“. Die Staatsanwältin diktiert ins Protokoll. Der Geschädigtenvertreter macht sich eine Notiz. Die Strafverteidiger warten auf die nächste Frage. Und der anwesende Zivilrechtler eines anderen VR-Mitglieds denkt mit einem Schauern an die faktische Organschaft (und die mögliche Passivlegitimation in Prozessen der ebenfalls konkursiten Tochtergesellschaften). Er wird seinen Klienten anweisen, zu diesem Punkt umfassender und wahrheitsgetreuer auszusagen.

- Strafverteidiger, vor allem solche, welche in Verfahren gestählt wurden, bei denen es um Delikte gegen Leib und Leben geht, neigen zuweilen dazu, nicht nur das Delikt selbst zu bestreiten, sondern ihre Mandanten rein „sicherheitshalber“ auch noch in maximaler Distanz zu den Geschehnissen zu positionieren. Etwa, indem sie das Nicht-Mitwirken ihres Klienten bei einer bestimmten Handlung oder einem bestimmten Entschluss in den Vordergrund rücken, oder im Zweifel sein Nicht-Wissen („Davon hört mein Klient heute zum ersten Mal“). Das ist im Hinblick auf die spätere zivilrechtliche Beurteilung der Arbeit in einem Gremium, in welchem (a) alle Mitglieder zur aktiven Mitarbeit und zum Eingreifen verpflichtet sind,¹³⁹ sowie (b) dazu, eine Organisation zu schaffen, welche sicherstellt, dass sie zeitgerecht über die notwendigen Informationen verfügen,¹⁴⁰ und (c) unter der helvetischen Business Judgment Rule, welche verlangt, dass Entscheide auf einer angemessenen Informationsbasis der Entscheidungsträger gefällt werden,¹⁴¹ von Fall zu Fall eine heikle Taktik (und – zumindest theoretisch – auch strafrechtlich nicht ganz ohne Risiken).
- Das Strafrecht kennt keine Solidarität der Angeschuldigten. Zwar geht auch die im Verantwortlichkeitsrecht geltende differenzierte Solidarität davon aus, dass man nur für die eigenen Handlungen/Unterlassungen und das

¹³⁹ BGE 122 III 195 E. 3b S. 198 f.; BGE 103 V 120 E. 6 S. 125; BGE 97 II 403 E. 5b S. 411; BÖCKLI, § 13, N 361 ff.; KRNETA, N 1199 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 162; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR, N 8.

¹⁴⁰ BÄCHTOLD, 95 ff.; BÖCKLI, § 13, N 188 ff.; KRNETA, N 1199; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 172; ROTH PELLANDA, N 676 ff.; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR, N 11 und N 26.

¹⁴¹ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1, nicht publiziert in BGE 145 III 351; Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 11. November 2015 E. 7.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015 E. 4.2.1.

eigene Verschulden haftet.¹⁴² Dennoch bilden die gemeinsam eingeklagten Organe – bei allen Interessenunterschieden – viel eher eine „Gruppe“ (oder gegebenenfalls „Unter-Gruppen“), als die Angeklagten in einem typischen Straffall. Dort ist der Tatbeitrag des Einen oft automatisch eine Entlastung für den Anderen, und Strafverteidigern mehrerer Beschuldigter liegt die Zusammenarbeit und das Entwickeln einer gemeinsamen Gesamt-Strategie daher, und auch aus anderen,¹⁴³ teilweise „kulturellen“ Gründen, manchmal etwas ferner als den Zivilrechtlern.

Die Einvernahmen der Beteiligten im Strafverfahren (und die entsprechenden Protokolle) geben dem Anwalt der *Klägerin* die kostbare Gelegenheit, jene Quelle anzuzapfen, welche ihm zur Sachverhaltsermittlung oft fehlt: Die menschliche Erinnerung (vgl. dazu oben, II.2). Ausserdem hat er die – aus Sicht des Zivilrechtlers traumhafte – Möglichkeit, oft tagelang den anwaltlich ungefilterten Ausführungen einer manchmal reichlich nervösen Gegenseite zuzuhören, einschliesslich Konfrontationseinvernahmen verschiedener Beteiligter bei Widersprüchen. Und er kann der späteren Gegenpartei direkt *Fragen stellen*, und so Hypothesen, welche er aufgrund des Aktenstudiums aufgestellt hat, gegebenenfalls überprüfen. Ganz ohne Prozessrisiko (dafür um den Preis des Aktenzugangs durch die Gegenseite; vgl. oben, II.3.f)hh)).

Von Seiten des Beklagten-Anwalts ist in Zusammenarbeit mit dem Strafverteidiger darauf hinzuwirken, dass der Beschuldigte/Beklagte dabei nicht in die „Prüfungsfalle“ tappt: Die Versuchung, die strafrechtliche Einvernahme als Prüfungssituation zu begreifen, bei welcher es darum geht, auf jede Frage etwas Hilfreiches zu sagen, und sei die Erinnerung auch noch so vage, ist gerade bei Personen, die es aufgrund ihres Wissens und Könnens in wirtschaftliche Leitungspositionen geschafft haben und die reinen Gewissens sind (und das auch zeigen wollen), gross. Dieser Erklärungsdrang ist die Quelle manchen Widerspruchs, den sich Klägervertreter später im Zivilprozess zu Nutze machen können.

Beispiel dafür, wie extrem die „Prüfungsfalle“ gerade bei gewissenhaften Mandanten wirken kann: Der Staatsanwalt legt dem Beschuldigten in einem komplizierten Verantwortlichkeitsfall die Abschrift einer vor mehreren Jahren verfassten E-Mail vor und fragt, was sich der Beschuldigte überlegt habe, als er sie tippte. Dem Anwalt kommt die E-Mail eigenartig vor, sie steht im Widerspruch zu allem, was er über den Sachverhalt weiss. Er sucht sie im Hintergrund in seinen eigenen elektronischen Akten. Nach kurzem Suchen stellt sich heraus, dass die Staatsanwaltschaft bei der Abschrift ein „nicht“

¹⁴² Art. 759 Abs. 1 OR. Eingehend dazu statt vieler: BÖCKLI, § 18, N 486 ff.

¹⁴³ Stichwort: Kollusion.

vergessen hat zu übernehmen. Die Aussage des Mandanten in der Original-E-Mail war also gerade gegenteilig. Sofort unterbricht der Anwalt die Befragung. In der Zwischenzeit hat der Beschuldigte bereits wortreich zu erläutern begonnen, was er sich damals alles gedacht hatte – in Bezug auf eine Aussage, die er nicht nur nie getätigt hat, sondern die er sogar *gegenteilig* machte.

Aus Sicht des Beklagten stellt sich vor diesem Hintergrund manchmal die Frage, ob nicht nach Absprache mit dem Strafverteidiger eine (teilweise) Aussageverweigerung in Betracht gezogen werden sollte.

III. Aufgabe 2: Beweismittel suchen, prüfen und evaluieren

Für die zweite Aufgabe des Prozessanwaltes, nämlich das Sammeln und Prüfen von Beweismitteln, bestehen wenig Besonderheiten im Zusammenhang mit lange zurückliegenden, komplexen Verantwortlichkeitsprozessen. Es kann auf die allgemeine prozessuale Literatur verwiesen werden. Besonders erwähnenswert sind vielleicht folgende Punkte:

- Bei der Etablierung des Sachverhaltes mit Rückgriff auf die menschliche Erinnerung (oben, II.2) ist dem Umstand Sorge zu tragen, dass ein Kontakt mit Personen, die allenfalls später in einem Verfahren als Zeugen benannt werden könnten, Beschränkungen unterliegt.¹⁴⁴
- Aufgrund der solidarischen Haftung (unter geltendem Recht auch noch mit der Revisionsstelle) sind bei Verantwortlichkeitsansprüchen häufig Regress-Konstellationen gegeben. Regress-Konstellationen sind eine typische Ausgangslage für mögliche Streitverkündigungen.¹⁴⁵ Bei diesen ist zu beachten, welche Auswirkung eine Streitverkündigung auf die Zeugenqualität von Personen haben könnte, die allenfalls wichtige (und für den Beklagten günstige) Aussagen machen könnten.
- Nicht alle Gerichte in der Schweiz sind dem Zeugenbeweis in gleicher Art und Weise zugänglich. Da sich der Klägerin bei Verantwortlichkeitsprozessen oft mehrere mögliche Gerichtsstände anbieten,¹⁴⁶ ist es eine Überlegung wert, ob man – vor dem Hintergrund der eigenen Abhängigkeit von Zeugen, und derjenigen des Prozessgegners – vor dem einen oder dem anderen Gericht klagen möchte.

¹⁴⁴ Vgl. etwa REICHART/HAFNER, 201 ff.; FINK.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 139 III 67 (Streitverkündungsklage der Revisionsstelle einer in Konkurs gefallenen Gesellschaft gegen einen ehemaligen Verwaltungsrat und die vormalige Revisionsstelle).

¹⁴⁶ Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 ZPO.

- Die unter II.3 geschilderte, derzeit bestehende Ausgangslage in Bezug auf den Aktenzugang von potentiell Beklagten in der Insolvenz der Klägerin beschlägt natürlich auch ganz entscheidend den Zugang zu Urkunden für den Beweis,¹⁴⁷ und die Editionsspflicht bietet hier wie gezeigt nur einen ungenügenden Ersatz.

IV. Aufgabe 3: Darlegung der für den Klienten günstigen Sachverhaltselemente vor Gericht

I. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler

Beim Verfassen des tatsächlichen Teils der Rechtsschrift geht es darum, auf der Basis des etablierten Sachverhalts (vgl. oben II) das Vorgefallende dem Gericht verständlich darzulegen. Unter Hervorhebung jener Punkte, welche rechtlich relevant und für den Mandanten günstig (und beweisbar) sind.

Zwei der häufigen Fehler bei dieser Aufgabe liegen in der Fortsetzung jener Fehler, die bereits bei der Sachverhaltsermittlung gemacht werden können: Nämlich eine zu enge zeitliche Fokussierung (oben, II.1.a)) und – für den Beklagten – die Beschränkung darauf, sich im Rahmen der Klageschrift zu bewegen, und lediglich diese zu widerlegen zu versuchen (oben, II.1.b); sog. „Bestreitis“).

Die Gefahr, sich der Rechtsschrift der Klägerin auszuliefern, besteht dabei nicht nur, wenn man sich sprachlich sehr auf die (Einzel-)Bestreitungen konzentriert. Auch Anwälte, welche formal durchaus eine umfangreiche eigene Sachverhaltsdarstellung präsentieren, lassen sich *inhaltlich* oft von der Klageschrift und der dort erzählten Geschichte gefangen nehmen und konzentrieren sich fast ausschliesslich darauf, darzulegen, was an der klägerischen Darstellung alles falsch war, indem sie einfach die „Gegengeschichte“ erzählen. Sie verpassen damit die Chance, über Themen zu sprechen, welche die Klägerin (vielleicht aus gutem Grund) gar nicht erwähnte. Oder Fakten zu vertiefen, welche, auch *wenn alles stimmen würde*, was in der Klage steht, zu deren Abweisung führen müssten.

Die kleine Schwester der reinen „Bestreitis“ ist die Gefahr, sich zwar nicht bei der Themenwahl, aber bei der *Schwerpunktsetzung* an der gegnerischen Rechtsschrift zu orientieren. Bei den Einzelbestreitungen ist diese Gefahr

¹⁴⁷ Vgl. zum Vorteil der Akten, dass sie gleichzeitig Informationsquelle und wichtigstes Beweismittel sind, die Tabelle oben, unter II.2.

besonders ausgeprägt: Kurze Absätze des Prozessgegners werden kurz beantwortet, viele und lange Absätze in der gegnerischen Rechtsschrift mit vielen und langen Bestreitungsabsätzen erwidert. Aber auch bei der zusammenhängenden eigenen Sachverhaltsdarstellung ist man versucht, jenen Punkten und Zeiträumen, welche die Klägerin breit darlegt, viel Raum zu geben (weil da ja so viel Falsches steht), und den anderen nur wenig. Die eigene Rechtsschrift sollte sich aber bei der Schwerpunktsetzung an der Frage orientieren, welche Punkte für den eigenen Standpunkt wichtig und günstig sind, und nicht daran, über welche Punkte der Prozessgegner viel schrieb. Vor allem wenn der Prozessgegner sich an die in der Literatur teilweise empfohlene Vorgabe „kurz wo man schwach ist, lang wo man stark ist“¹⁴⁸ hielt, läuft man ansonsten Gefahr, über die eigenen starken Punkte zu wenig zu schreiben.

2. Grundregel für mehrere Beklagte: Im Kern eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung

In aller Regel ist es m.E. ratsam, dass mehrere Beklagte in komplexen Verantwortlichkeitsverfahren eine im Kern einheitliche Sachverhaltsdarstellung vorlegen.

Die Tendenz, dass gerade bei lange zurückliegenden und komplexen Sachverhalten aufgrund unterschiedlicher Erinnerungen, Informationen und Interessen eine Kakophonie von Sachverhaltsvarianten entsteht, die (oft auch in nicht zentralen Nebenpunkten) widersprüchlich sind, oder kein verständliches und kohärentes Bild mehr abgeben, hilft in der Regel der Klägerin.

Es ist aufgrund der publizierten Gerichtsentscheide zum Verantwortlichkeitsrecht und auch der persönlichen Erfahrungen zudem zu vermuten, dass die Gerichte eine gewisse Abneigung dagegen hegen, in die juristischen Abgründe der „differenzierten Solidarität“ abzutauchen: Zumindest bei Beklagten, welche demselben Gremium angehörten, widerstrebt es Richtern spürbar, unterschiedliche Urteile zu fällen, oder auch nur schon, entsprechende Argumente zu prüfen.

Der Grundsatz der im Kern einheitlichen Sachverhaltsdarstellung bedarf in folgenden Punkten der Erläuterung:

- Der Grundsatz bedeutet nicht, dass einzelne Beklagte jene zusätzlichen Sachverhaltselemente, welche sie individuell entlasten, verschweigen sollten (das wäre auch mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht nur schwer zu vereinbaren). Die Tatsache z.B., dass ein Verwaltungsratsmitglied beim Fas-

¹⁴⁸ HAFTER, N 1020.

sen eines Beschlusses noch gar nicht (oder nicht mehr) im Amt war, sollte selbstverständlich Erwähnung finden in seiner Rechtsschrift. Und dieses Mitglied muss sich dann auch nicht zum Inhalt und Zustandekommen dieses Beschlusses in der gleichen Tiefe äussern wie die daran Beteiligten. Die Sachverhaltsdarstellung kann daher immer nur *im Kern* eine einheitliche sein.

- Davon, dass die Sachverhaltsdarstellungen nur *im Kern* einheitlich sein sollten, und nicht absolut, gibt es m.E. in der Regel eine Ausnahme: Wenn es um Zahlen und Daten der Rechnungslegung, um Wechselkurse, anwendbare Zinssätze, den massgeblichen Zeitpunkt für Forderungsausstände, Berechnungsfehler der Klägerin bei der Schadensberechnung, etc. geht, sollten sich die Beklagten wenn immer möglich auf einen *absolut identischen Zahlenrahmen* einigen (unter Beizug von Experten; vgl. dazu oben, II.4). In den Fragen der Rechnungslegung (etwa bei der Höhe von stillen Reserven, Abschreibungen oder von Rückstellungen) besteht häufig ein gesetzlich vorgesehener, erheblicher Ermessensspielraum, und auch die beigezogenen Experten geben manchmal eine Bandbreite vor, und nicht eine absolute Zahl, so dass es durchaus verschiedene „richtige“ Zahlen gäbe. Es ist aber normalerweise für keine Partei etwas gewonnen (und für das Gericht nur mühsam), wenn die Beklagten hier mit unterschiedlichen Zahlen operieren, zumal die Abweichungen oft nicht relevant sind, sondern nur verwirren. Ein einheitliches, gut überprüftes und gründlich hinterfragtes Zahlengerüst stärkt das Vertrauen in die Richtigkeit dieser Behauptungen und macht es für die Gegenseite *inhaltlich* schwerer, dieses zu widerlegen.¹⁴⁹
- Dass mehrere Beklagte eine über weite Strecken identische Sachverhaltsdarstellung wählen und damit auch in Teilen wörtlich identische Rechtsschriften einreichen, heisst nicht, dass sie sich auch von einem gemeinsamen Anwalt vertreten lassen sollten oder könnten. Denn die Auswahl der in den Rechtsschriften behaupteten Fakten und die Schwerpunktsetzung gegenüber dem Gericht sind oft das Resultat von zähen Verhandlungen, in

¹⁴⁹ Auch hier gilt, dass es keine Regel ohne Ausnahme gibt: Wo sich mit ebenso guten Gründen, und durch Experten abgestützt, zwei mögliche Varianten vertreten lassen, die beide für die Beklagten günstig sind, kann es sinnvoll sein, diese durch zwei unterschiedliche Beklagte detailliert vortragen zu lassen, und so die Klägerin zu zwingen, sich mit mehreren gut begründeten Zahlenrahmen (und den daraus folgenden Kausalitäten und Schadensberechnungen) auseinanderzusetzen. Der Autor dankt Rechtsanwalt Rolf Schuler für diesen – mit einer praktischen Erfahrung unterlegten – Hinweis anlässlich seines Referats.

denen die verschiedenen Beklagten-Anwälte die Interessen ihrer Klienten wahren und zugleich im Interesse der Kohärenz nach einem einheitlichen Ergebnis streben. Auch mit dem Mittel des Kompromisses. Es kann mit anderen Worten auch bei weitgehend identischen Rechtsschriften durchaus ein scharfer Interessengegensatz zwischen Mandanten bestehen, und eine (zumindest ursprünglich) unterschiedliche Sicht auf den Sachverhalt. Nur wurden diese Punkte nicht vor Gericht – und unter den Augen der Klägerin – genüsslich ausgebreitet, sondern vorab intern geklärt.

- Die Ausarbeitung einer im Kern einheitlichen Sachverhaltsdarstellung heisst nicht, dass die Rechtsschriften im Aufbau und in der Tonalität identisch sein müssen (auch nicht in den inhaltlich einheitlichen Punkten). Dem unterschiedlichen Stil und Temperament der verschiedenen Anwälte (und manchmal auch der Klienten) darf freier Raum gegeben werden.
- Manchmal, wenn die Rechtsschriften sehr umfangreich zu werden drohen, kann es sich empfehlen, gewisse Sachverhaltsmodule zur vertieften Behandlung auf mehrere Beklagtenvertreter (idealerweise entsprechend der Funktion ihres Mandanten in der Gesellschaft) zu verteilen. Die Beklagten haben sich dann zwar auf eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung geeinigt und diese in den Grundzügen auch alle rechtsgenügend behauptet, aber Anwalt A präsentiert die ausführlichere Fassung des Moduls „Keine Überschuldung im Zeitpunkt X“, Anwalt B dafür die ausführlichere Fassung des Moduls „Handlungen lagen im Interesse der Einzelgesellschaft“ und Anwalt C die in allen Details substantiierte Fassung des Moduls „Kein Klumpenrisiko bei den Finanzanlagen über den gesamten Zeitraum“.

Damit es gelingen kann, eine im Kern einheitliche Sachverhaltsdarstellung für mehrere Beklagte zu präsentieren, ist es bei einer grösseren Gruppe von Beklagten unabdingbar, unter den Beklagten-Anwälten eine Art „Governance“ zu etablieren, und zwar mit Vorteil bevor der durch eine bereits ausformulierten Klage entstehende Zeitdruck die Arbeiten überschattet. Wenn es – wie häufig – im Vorfeld der zivilrechtlichen Auseinandersetzung zu einer Strafuntersuchung oder einem Strafprozess kommt, sollten die entsprechenden Weichen bereits dort soweit möglich gestellt werden (dazu oben, II.5).

3. Darstellung aus damaliger Sicht

Wichtig, aus Sicht der Beklagten, ist es bei lange zurückliegenden Sachverhalten, diese auch als solche darzustellen. Die Tatsache, dass sich die Ereignisse unter anderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen vor langer

Zeit abspielen, und ohne das heutige Wissen, muss aus der Rechtsschrift zum Leser sprechen. Man muss, mit anderen Worten, versuchen, den „Film zurück-zuspulen“ und den Leser mitzunehmen in die damalige Welt.

Das bezieht sich insbesondere auf das Wissen, die sichtbaren Risiken und die Handlungsalternativen der Beteiligten. Die Notwendigkeit, einen „Hindsight-bias“ zu verhindern, ist den meisten Haftpflichtrechtlern bewusst – und trotzdem bleibt die Vermittlung dieses Gedankens eine Kunst, die nicht immer gelingt. Denn der menschliche Geist neigt mit grosser Kraft dazu, alles was heute ist, als eigentlich „immer schon klar“ oder im Falle von negativen Folgen als „das musste ja schiefgehen“ zu kategorisieren. Die Tatsache, dass etwas, was heute Wirklichkeit ist, in einem früheren Zeitpunkt nicht nur unwahrscheinlich, sondern geradezu *undenkbar* war, und umgekehrt heute Undenkbares in einem früheren Zeitpunkt als normal galt, lässt sich im Nachhinein nur sehr schwer vermitteln. Ebenso die Tatsache, dass manchmal etwas völlig Überraschendes geschieht, *ohne* dass es irgendwelche Anzeichen dafür gab.¹⁵⁰

Dabei kann es manchmal helfen, aufzuzeigen, wie andere Akteure jener Zeit (z.B. Mitbewerber) die Lage einschätzten, oder wie Dritte (z.B. Fachleute oder die Presse) die entsprechenden Handlungen und Beschlüsse der Organe *damals* beurteilten.

Die Notwendigkeit, die Vergangenheit gezielt zum Leben zu erwecken, besteht aber für den Beklagten-Vertreter bei lange zurückliegenden Sachverhalten nicht nur im Zusammenhang mit der Verhinderung des eigentlichen „Hindsight-bias“, sondern auch in den folgenden Bereichen, die manchmal übersehen werden:

- Bei der rechtlichen Ausgangslage (anwendbare Gesetze und Regularien) und dem juristischen Diskussionsstand: Hier ist vor allem auch Acht darauf zu geben, dass man darauf hinweist, wenn die Klägerin mit Gesetzen, Regularien, Begriffen oder juristischen Lehrmeinungen operiert, die damals noch unbekannt waren.

¹⁵⁰ Unser Empfinden neigt dazu, zu glauben, dass ein Unheil sich gefälligst irgendwie ankündigen habe (in Filmen durch dramatische Musik, oder in Büchern durch düstere Gewitterwolken am Horizont oder ungute Vorahnungen der Protagonisten). Und natürlich findet man im Nachhinein auch fast immer solche vermeintlichen Anzeichen: Genauso wie man, wenn heute die Welt untergehen würde, jemanden finden würde, der das prophezeit hat.

Beispiel: In einem Verfahren behauptete die Klägerin, die Organisation der Gesellschaft habe zu einem bestimmten Zeitpunkt allen Regeln der Corporate Governance widersprochen. Der Begriff „Corporate Governance“ war in jenem Zeitpunkt noch nie in der NZZ abgedruckt worden.

- Betreffend kultureller Ausgangslage und Umfeld, in dem die Beteiligten ihre Entscheide trafen, soweit dieses direkt oder indirekt relevant ist (vgl. zur Relevanz unten, IV.4.a)), oder aufzeigt, wie lange der Sachverhalt schon her ist.

Beispiel: Der Verwaltungsrat der „Swissair“ (SAirGroup AG) bestand im Jahr 1991 aus 29 Mitgliedern (darunter nur eine einzige Frau), was als völlig normal betrachtet wurde.

- Betreffend nachträglich verfestigter Notorietäten: Manchmal verfestigt sich in Fällen, die eine gewisse Publizität geniessen, über längere Zeit eine Sichtweise, die in breiten Bevölkerungsschichten stillschweigend als völlig selbstverständlich und schon immer feststehend angenommen wird (ohne dass die Klägerin sie eigens behaupten müsste), obwohl sie falsch ist. Besonders wichtig ist eine Entgegnung hier in Fällen, in welchen der (vermeintlich) notorischen öffentlichen Meinung der Geruch moralischer Verwerflichkeit anhängt (z.B. bei der falschen Vermutung, die Beklagten hätten hohe VR-Honorare bezogen¹⁵¹).

Neben diesen Punkten, auf die gezielt hingewiesen werden kann, ist es bei verantwortlichkeitsrechtlichen Sachverhalten, welche sich vor 10 und mehr Jahren abspielten, aus Sicht des Beklagten oft ganz allgemein geboten, dem Leser hin und wieder vor Augen zu führen, dass die geschilderten Vorgänge sich vor langer Zeit und unter ganz anderen Umständen abspielten. Zumal sich die Regeln und Standards und die Ansichten darüber, was akzeptabel ist, in diesem Rechtsgebiet in den vergangenen Jahren fast durchgehend eher verschärft haben. Aber wie macht man das?

Die offensichtlichste, aber gleichzeitig für den Leser ermüdendste und wahrscheinlich unwirksame Technik besteht darin, dass man es (immer wieder) ausdrücklich sagt.¹⁵² Dabei besteht zum einen die Gefahr, dass man dem Leser

¹⁵¹ Manchmal kann es sich empfehlen, bei publizitätsträchtigen Fällen die Leserkommentare in den Online-Medien zu verfolgen, um sich ein Bild davon zu machen, welche falschen Vorstellungen (vielleicht ansonsten unausgesprochen) in einer breiteren Öffentlichkeit kursieren, und denen es sich zu widersetzen gilt.

¹⁵² Natürlich spricht nichts dagegen, einleitend einmal ausdrücklich zu sagen, dass sich die hier zu beurteilenden Tatsachen vor mehr als 10 Jahren abgespielt haben.

– der eine Rechtsschrift ja in der Regel mehrmals lesen muss – aufdringlich erscheint („ja, ich hab's jetzt begriffen“), und zum anderen verhält es sich mit der Aussage „das ist lange her, und es war ein ganz anderes Umfeld, damals“ ein wenig wie mit den wiederholten Bemerkungen bei Vorträgen, dass es jetzt dann gleich *ganz spannend* werde: Im Normalfall wirken sie auf ein erwachsenes Publikum eher als Androhung bevorstehender Langeweile. Dass etwas spannend ist, oder interessant, oder sich vor langer Zeit in einem ganz anderen Umfeld abspielte, muss man nicht (immer wieder) *sagen*, sondern *zeigen*.

Dieses Ziel erreicht man m.E. am besten dadurch, dass man bei der Sachverhaltsschilderung zwanglos Elemente einstreut, die dem Leser den langen Zeitablauf vor Augen führen: Etwa, indem man konsequent die damaligen Bezeichnungen der Institutionen und Normen verwendet (also EBK statt FINMA, „Kontrollstelle“ statt „Revisionsstelle“, „EG“ statt „EU“, und, soweit sich Gesetzesartikel verändert haben, „aOR“ statt „OR“). Weiter kann man dort, wo es sich anbietet, den Sachverhalt mit gleichzeitig stattfindenden historischen Ereignissen¹⁵³ und Namen von damals bekannten Persönlichkeiten oder Namen von nicht mehr bestehenden Firmen und weiteren Fakten verknüpfen, die dem Leser von Zeit zu Zeit wieder erfahrbar machen, vor wie langer Zeit sich der Sachverhalt abspielte (sog. „Erinnerungskörner“).

Beispiel: „Der Verwaltungsrat beschloss die Akquisition am [...]“. Besser: „Der Beschluss, diese Beteiligung für [...] Deutsche Mark zu kaufen, wurde am [...] einstimmig per *Telefax* gefasst“.¹⁵⁴

Wie alle Stilmittel so ist auch dieses natürlich *sparsam* einzusetzen, und nur dort, wo es nicht erzwungen wirkt.

4. Nur Beweisbares und nur rechtlich (offensichtlich) Relevantes?

Der Anwalt soll jenen (kleinen¹⁵⁵) Teil des von ihm etablierten Sachverhalts dem Gericht darlegen, der relevant ist und den Standpunkt seines Mandanten stützt. Aber was ist relevant?

¹⁵³ Im Beispiel unter II.1.a) dient der Hinweis, dass der Verwaltungsrat im Anschluss an die Sitzung nicht einfach an einen Apéro ging, sondern an die Trauerfeier für die Opfer des Flugzeugabsturzes von Halifax, nicht nur dazu, den Vorwurf der Liederlichkeit zu widerlegen, sondern zeigt – durch die Verknüpfung mit jenem historischen Ereignis – zugleich, vor wie langer Zeit diese VR-Sitzung stattfand.

¹⁵⁴ Kursivschrift nur hier, zur Verdeutlichung, natürlich nicht in der Rechtsschrift.

¹⁵⁵ Vgl. oben II.1.a) zum „Eisberg“.

a) Was ist „relevant“?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist in einem ersten Prüfdurchlauf nicht nur das relevant, was (offensichtlich) einer der vier Haftungsvoraussetzungen (oder der Frage der Aktiv-/Passivlegitimation) gemäss Art. 754 OR zugeordnet werden kann.

Sondern relevant ist zunächst *alles, was eine verständige, empathische Person dazu bringen könnte, dem eigenen Standpunkt zu folgen.*

Und ebenso relevant ist es, alles zu widerlegen, was die Gegenseite behauptet, oder was (vermeintlich) notorisch ist, und das eine verständige, empathische Person dazu bringen könnte, dem gegnerischen Standpunkt zu folgen.

Eine besondere Untergruppe bilden dabei Vorwürfe oder vermeintliche Notorietäten,¹⁵⁶ welche die eigene Prozesspartei in ein moralisch fragwürdiges Licht rücken. Hier ist Schweigen oder ein kurz hingeworfenes „Irrelevant“ oft nicht die richtige Lösung (selbst wenn die Irrelevanz zutrifft).¹⁵⁷

Relevant ist m.E. auch nicht nur das, was beweisbar ist. Etwas Schlüssiges oder nach der allgemeinen menschlichen Erfahrung offensichtlich Zutreffendes kann auch in den Prozess eingeführt werden, wenn es an einem Beweismittel fehlt. Denn einerseits vermag es oft bereits aufgrund offensichtlicher Schlüssigkeit Wirkung zu erzielen, und andererseits wird sich die Gegenpartei in vielen Fällen (und oft klugerweise) nicht dafür halten, die entsprechende Tatsache inhaltlich zu bestreiten. Und wenn sie es doch tut, ist mit der unbewiesenen Erwähnung in den allermeisten Fällen zumindest kein Schaden angerichtet.

Manchmal ist es empfehlenswert, sich bei der Redaktion einer Rechtsschrift zwischendurch – nachdem man die offensichtlichen juristisch-technischen Punkte erfasst hat – auch einmal rein gefühlsmässig Rechenschaft darüber zu geben, welche Sachverhaltselemente eher für die eigene Position, und welche eher für die Gegenseite sprechen. Oder über den Fall mit Menschen ohne juristische Ausbildung aber mit einem lebenserfahrenen moralischen Kom-

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch oben, IV.3.

¹⁵⁷ Vgl. dazu auch HAFTER, N 1201 ff.

pass¹⁵⁸ zu sprechen¹⁵⁹ und zu sehen, ob ein bestimmtes Tatsachenelement einen Einfluss auf ihre Einschätzung hat. Und falls das der Fall ist, sollte diese Tatsache zunächst einmal als relevant eingestuft werden.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Es wird hier nicht der billigen Stimmungsmache oder dem unjuristischen Plauderton in den Rechtsschriften das Wort gesprochen. Und auch nicht der Praxis, den Mandanten unbesehen nachzugeben, wenn sie darauf drängen, eine Behauptung, welche sie für zentral halten, in eine Rechtsschrift zu schreiben¹⁶⁰ (Favorit in Haftpflichtsachen: „Das haben aber alle so gemacht“¹⁶¹). Die gemäss dem soeben geschilderten Kriterium als relevant empfundenen Punkte werden *danach* in der Regel¹⁶² nämlich noch den Filter der rechtlichen Relevanz durchlaufen müssen, um dann tatsächlich Eingang in die Rechtsschrift zu finden (vgl. dazu sogleich IV.4.b)).

b) *Auf der Suche nach rechtlicher Relevanz*

Weil Recht nicht nur in den meisten Fällen von verständigen, empathischen Menschen *gesprochen* wird, sondern auch von ebensolchen Menschen *erlassen*

¹⁵⁸ Ein bernischer Strafrichter hat einmal berichtet, dass er kein nicht-freisprechendes Urteil unterschreibe, bevor er nicht mit seiner Frau noch einen abschliessenden „Sanity-Check“ gemacht habe. Wichtig ist hier die Einschränkung „nicht-freisprechend“. Denn es gibt – auch im Zivilrecht, zu denken ist etwa an Fragen der Verjährung oder Formerfordernisse – auch Dinge, welche, wie auch die Geschichte zeigt, bei den Juristen in besseren Händen sind (dazu gehört im Strafrecht das Verständnis für Dinge wie das Anklageprinzip, die Unschuldsvermutung oder *in dubio pro reo*).

¹⁵⁹ Selbstverständlich unter Wahrung des Anwaltsgeheimnisses. D.h. entweder anonymisiert, oder mit Personen, die innerhalb des Geheimhaltungskreises liegen (wie etwa nicht-juristische Mitarbeiter).

¹⁶⁰ Auf der anderen Seite ist hier bei den Gerichten auch für ein gewisses Verständnis zu werben, wenn ein Mandant, welcher in einer für ihn existentiellen Frage (sei es als Kläger oder Beklagter), vielleicht viele Zehntausend Franken an einen Anwalt für die Redaktion einer Rechtsschrift bezahlt, eine bestimmte Tatsache *einmal* loswerden und damit gehört werden möchte. Auch wenn sie vielleicht irrelevant oder unbewiesen ist. Letztlich dient es auch dem Rechtsfrieden, wenn die Parteien ein Urteil erhalten, nachdem sie die wichtigsten Dinge loswerden konnten, die ihnen auf dem Herzen lagen.

¹⁶¹ Dieses Argument *kann* durchaus auch rechtlich relevant sein (vgl. nachfolgend zum Sorgfaltsmassstab), aber es ist eben nicht immer zielführend.

¹⁶² Es gibt auch hier, wie fast immer, Ausnahmen: So wird man es dem Klägervertreter üblicherweise nachsehen, wenn er auf den – streng rechtlich vielleicht irrelevanten Punkt (vgl. aber nachfolgend c), erstes Lemma) – hinweist, dass für den eingeklagten Schaden eine Versicherungsdeckung besteht.

und wissenschaftlich *bearbeitet* wurde, ist das, was intuitiv als relevant erscheint, oft auch rechtlich-technisch betrachtet „relevant“ – zumindest auf den zweiten Blick.

Der Einwand „das ist leider rechtlich irrelevant“ ist bei der Ausarbeitung einer Rechtsschrift daher manchmal lediglich Ausfluss von zu wenig vertiefter Rechtskenntnis oder zu wenig fleissiger Recherche. Man sollte hier, wenn man einen Punkt als intuitiv relevant erkannt hat, nicht zu schnell aufgeben.

In Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit besteht zudem die Besonderheit, dass eine der Haftungsvoraussetzungen, die Pflichtverletzung,¹⁶³ bei richtiger Betrachtung das Tor für relevante Sachverhaltselemente weit aufstösst, denn das Bundesgericht hat dazu folgendes festgehalten:¹⁶⁴

„Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird mit demjenigen verglichen, das *billigerweise* von einer abstrakt vorgestellten, *ordnungsgemäss handelnden Person* in einer *vergleichbaren Situation* erwartet werden kann“ (BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26).

Sowie (im Zusammenhang mit einer Sanierungssituation):

„Die Verwaltung handelt nicht schuldhaft, wenn sie [...] in einer *schwierigen Lage* tut, was *vernünftigerweise* von einem Unternehmer erwartet werden darf“ (BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b; BGE 116 II 533 E. 5a S. 541).

Es lohnt sich daher aus Sicht der Beklagten im Normalfall, die konkrete „Situation“, in der sich die Beklagten befanden, präzise und umfassend darzulegen und mit Beweisen zu unterlegen, damit sie – wie vom Bundesgericht gefordert – an „vergleichbaren Situationen“ (welche eben auch alle diese Umstände umfassen müssten, um wirklich „vergleichbar“ zu sein) gemessen werden kann. Auch besonders schwierige Begleitumstände, welche nicht direkt mit dem als pflichtwidrig vorgeworfenen Verhalten in Verbindung stehen, und die allgemein „schwierige Lage“ können dabei unter der geschilderten Gerichtspraxis rechtlich relevant sein. Mit dem Ausdruck „billigerweise“ verweist das Bundesgericht letztlich ja sogar ein Stück weit auf die Gerechtigkeit im Einzelfall.¹⁶⁵

Beispiel: In einem verantwortungsrechtlichen Fall erwähnte der Beklagtenvertreter Umstände, welche dazu führten, dass der Beklagte im Zeitpunkt des angeblich fahrlässigen Entscheids unter grossem Zeitdruck stand. Die Kläge-

¹⁶³ Eigentlich auch noch die Haftungsvoraussetzung des „Verschuldens“, welche in der Praxis allerdings eine etwas untergeordnetere Rolle spielt.

¹⁶⁴ Hervorhebungen in Kursivdruck jeweils beigefügt.

¹⁶⁵ Vgl. die wörtliche Wiedergabe aus BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26 im vorhergehenden Absatz.

rin tat diese Ausführungen als „irrelevant“ ab. An der Vergleichsverhandlung verwies das Gericht dann von sich aus auf BGE 130 IV 7 E. 4.3 S. 14 (Fall eines Arztes, fahrlässige Körperverletzung unter Zeit- und Entscheidungsdruck), und liess durchblicken, dass grosser Zeitdruck durchaus rechtlich relevant sein könne, bei der Frage, ob ein Entscheid pflichtgemäss war.

Die Umstände können aber natürlich nicht nur *entlastend* sein. Auch der Vertreter der Klägerin kann manches, was ihm intuitiv als erwähnenswert erscheint, unter dieser Haftungsvoraussetzung in den Prozess einführen. Beispiele sind etwa: Wenige und kurze Sitzungen, Versand der Vorbereitungsunterlagen erst kurz vor den Sitzungen, kaum „Bearbeitungsspuren“ auf den bei den Akten liegenden Vorbereitungsunterlagen, Besprechungen, auch noch in der Krisensituation, in weit entfernten Luxusdestinationen mit ausgedehntem Rahmenprogramm (Tennis-Turniere, Champions League Spiele, Formel 1-Rennen) und in Begleitung der Lebenspartner,¹⁶⁶ etc. Solche und ähnliche Punkte können unter der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Business Judgment Rule auch beim Kriterium „einwandfreie Entscheidungsfindung“¹⁶⁷ von Bedeutung sein und unter diesem Titel eingeführt werden.

Aber auch dort, wo es nicht um Tatsachenelemente geht, die sich um die Haftungsvoraussetzung der „Pflichtverletzung“ drehen, ergibt eine vertiefte rechtliche Recherche in verantwortungsrechtlichen Fällen häufig, dass eine Tatsache, welche intuitiv als mitteilenswert erscheint, auch mit einer handfesten rechtlichen Begründung zur Kenntnis des Gerichts gebracht werden kann.

c) Beispiele

In der Folge sei anhand einiger Beispiele aufgezeigt, wie solche Punkte, die man nach einer ersten, eher gefühlsmässigen Prüfung als erwähnenswert erachtet, bei richtiger Betrachtung unter einem rechtlich relevanten Titel in den Verantwortlichkeitsprozess eingeführt werden können:

¹⁶⁶ Eine solche Konstellation kann z.B. das „Zeitdruck-Argument“ im vorangehenden Beispiel wesentlich entkräften.

¹⁶⁷ Geschäftsentscheide müssen danach „in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess“ zustande kommen (BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26).

- Die Tatsache, dass für den eingeklagten Schaden eine/keine Versicherungsdeckung besteht: Unter dem Titel der Auswirkung einer Verurteilung auf den Beklagten (Art. 44 Abs. 2 OR, wirtschaftliche Notlage als Reduktionsgrund).¹⁶⁸
- Die Tatsache, dass der Beklagte kein oder ein sehr niedriges Honorar für seine Tätigkeit erhielt: Die Lehrmeinung, wonach eine fehlende oder äusserst tiefe Entschädigung als Reduktionsgrund bei der Schadensbemessung in Betracht kommt.¹⁶⁹
- Die Tatsache, dass der Beklagte erst seit kurzem im Amt war, als das angeblich schädigende Verhalten geschah: Im Rahmen der Kausalität.¹⁷⁰
- Die Tatsache, dass der Verwaltungsrat sehr viele Mitglieder hatte und das Gewicht des einzelnen Mitglieds beschränkt war, wobei jetzt offenbar nur einzelne vermögende Mitglieder eingeklagt werden („Deep-Pocket-Klage“): Im Rahmen der Kausalität und des Verschuldens.¹⁷¹

Mit diesen Beispielen soll nicht gesagt werden, dass diese Tatsachen den Prozess (im Normalfall) entscheiden. Aber es handelt sich dennoch um Sachverhaltselemente, die allenfalls zur Vermittlung eines zutreffenden Gesamtbildes gehören. Und ihre rechtliche Einbettung bietet einen legitimen Anlass, sie in den Prozess einzuführen.

d) Alternative Möglichkeit: Beilagen

Wo man eine Tatsache intuitiv und aus dem menschlichen Blickwinkel als mitteilungswürdig betrachtet, aber den Eindruck hat, man könne durch die Erwähnung in den Rechtsschriften das Gericht irritieren oder den eigenen Standpunkt schwächen, kann es sich manchmal empfehlen, dazu in den

¹⁶⁸ Vgl. BGE 132 III 564 E. 7 S. 577 f.; FORSTMOSER, N 361; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, 495; VOGT, 34.

¹⁶⁹ BÄRTSCHI, 310; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 103. Vgl. auch BGE 127 III 453 E. 8c/bb S. 459 f.; BGE 99 II 176 E. 2a S. 182.

¹⁷⁰ Vgl. dazu den Beitrag von PETER REICHART in diesem Tagungsband.

¹⁷¹ Zur Möglichkeit der Haftungsreduktion oder gar des Unterbruchs des Kausalzusammenhangs durch das Verhalten anderer Verantwortlicher vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.5, nicht publiziert in BGE 133 III 116; BGE 127 III 453 E. 5d S. 456 f.; VOGT, 37 ff. Zur Berücksichtigung der Grösse des Unternehmens und der Rolle des VR-Mitglieds innerhalb der Unternehmensleitung im Rahmen des Verschuldens vgl. VOGT, 34 f.

Rechtsschriften keine Behauptungen aufzustellen, sie aber im Rahmen einer Beilage – mit der man einen anderen, rechtlich relevanten Punkt belegt – zur Kenntnis des Gerichts zu bringen.

Beispiel: Im Prozess umstritten ist die Haftung für einen bestimmten Entscheid im Verwaltungsrat eines KMU. Der nicht mehr ganz junge Patron (Verwaltungsratspräsident und CEO) erlitt, wahrscheinlich auch aufgrund der Krisensituation, in der sich das Unternehmen befand, und welche ihn sehr mitnahm, kurz vor diesem Entscheid einen Kreislaufzusammenbruch und musste hospitalisiert werden. Der Entscheid war jedoch wahrscheinlich sachgerecht, mindestens aber vertretbar. Entsprechend möchte man ihn nicht auf die angeschlagene Gesundheit des wichtigsten Entscheidungsträgers schieben¹⁷² und fürchtet zudem, eine entsprechende (auch nur insinuierte) Behauptung würde als Stimmungsmache oder weinerlich und irrelevant taxiert werden. Man kann sich in dieser Situation überlegen, die VR-Protokolle jenes Jahres als Sammelbeilage einzureichen, weil aus dem vorletzten Protokoll vor der entscheidenden Sitzung hervorgeht, wie der Vizepräsident am Anfang der Sitzung den Grund für die Abwesenheit des Vorsitzenden kurz erläuterte und ihm gute Genesung wünscht. Die Sammelbeilage reicht man zum Beweis der Behauptung ein, dass der Mandant seine Funktion sehr ernst nahm, und praktisch lückenlos an den Sitzungen teilnahm und sich aktiv und gut vorbereitet einbrachte.

Beilagen, vor allem solche aus der Zeit des relevanten Geschehens, werden nach meiner Erfahrung – auch als Schiedsrichter – manchmal mit mindestens ebensoviel Neugier und Interesse studiert, wie die Ausführungen der Anwälte in den Rechtsschriften. Man muss sich bei diesem Vorgehen allerdings natürlich bewusst sein, dass die entsprechende Tatsache nicht als wirklich in den Prozess eingebracht gilt (was aber, wie das vorstehende Beispiel zeigt, durchaus auch beabsichtigt sein kann).

5. Lange und kurze Rechtsschriften – der Kampf mit der Informationsmasse

a) Ausgangslage

Aufgrund der Komplexität der Sachverhalte (dazu oben, I.4) und der Fülle relevanter Sachverhaltselemente im Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit (dazu soeben, IV.4), sowie häufig mehrerer Kausalverläufe, die „durchdekliniert“ werden müssen, um die Verbindung zwischen pflichtwidrigem Verhal-

¹⁷² Auch vor dem Hintergrund der Haftung anderer VR-Mitglieder und des oben unter IV.2 Gesagten zur gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung aller Beklagten

ten und Schaden herzustellen bzw. zu bestreiten, sehen sich die Parteivertreter oft vor der Schwierigkeit, den gesammelten Prozessstoff für das Gericht umfangmässig noch einigermaßen verdaubar darzustellen.

Während der klägerische Anwalt sich in der Regel etwas leichter auf die in seinen Augen stärksten Sachverhaltselemente fokussieren wird,¹⁷³ ist es dem Beklagten – der in verantwortlichkeitsrechtlichen Auseinandersetzungen oft um nichts weniger als seine wirtschaftliche Existenz ringt – nur schwer vermittelbar, dass man eine Handvoll wichtiger Sachverhaltselemente herauspicken wird, um diese „umso stärker zum Glänzen zu bringen“, und dafür im Interesse der Lesbarkeit auf die Darstellung anderer, eigentlich ebenfalls günstiger Elemente verzichten möchte.

Auf die Frage des Beklagten, was denn passiere, wenn die Auswahl falsch sei (ehrliche Antwort häufig: „Dann gehen Sie in die private Insolvenz“), ist die Antwort ebenso wenig befriedigend, wie auf die Frage, ob der Anwalt denn in der Vergangenheit die Stärke und Schwäche einzelner Punkte immer richtig eingeschätzt habe: Jeder langjährig prozessierende Anwalt, mit dem ich je darüber sprach, vermochte die Geschichte eines Falles zu erzählen, bei dem er lange überlegte, ob er einen Punkt hilfsweise noch vorbringen soll, weil er ihm nicht völlig überzeugend erschien, und in welchem das Gericht dann aber just diesen Punkt zum Kern seines Urteils erhob. Die Kunst, zumal in einem schriftlichen Verfahren, ohne jeden Augenkontakt oder ein anderes menschliches Feedback, vorab abzuschätzen, welche Argumente im Kopf eines anderen Menschen (der ja vielleicht auch nicht immer perfekt denkt) auf besonders fruchtbares Terrain fallen werden, kann zwar geübt werden, und es gibt in diesem Bereich gewiss auch erstaunliche Naturtalente (echte und eingebildete). Aber die meisten unter uns werden sich, zumindest bei Prozessen, in denen sich für den Mandanten existentielle Fragen stellen, im Zweifel lieber für Vollständigkeit entscheiden.

¹⁷³ Seine Mandantin ist auch psychologisch in einer anderen Situation: Es ist etwas anderes, einen Aktivprozess nicht zu gewinnen (der Status Quo bleibt) oder einen Passiv-Prozess zu verlieren (es bricht ein Unglück über den Mandanten herein).

Unter der Annahme, dass – wie man oft, gerade auch im privaten Gespräch mit Gerichtspersonen, hört – die These stimmt,¹⁷⁴ wonach kurze, konzise Rechtschriften und ein gewisser „Mut zur Lücke“ (Konzentration auf die stärksten Punkte) durch erhöhte Aufmerksamkeit des Gerichts und höhere Erfolgchancen belohnt werden, wogegen „Auswahlendungen“ eine höhere Gefahr des Scheiterns in sich bergen, ergibt sich übrigens ein interessanter Konflikt zwischen den Interessen des Anwaltes und jenen der Gesamtheit der von ihm in seiner Berufslaufbahn vertretenen Mandanten:

Zur Illustration denken wir uns zwei Anwälte, die 100 identische, hypothetische Fälle vor Gericht vertreten, welche man theoretisch alle gewinnen könnte. Anwalt A, der den „Mut zur Lücke“ nicht pflegt, gewinnt nur 90 von ihnen. Anwalt B, der sich dem „Mut zur Lücke“ verschrieben hat, und meistens auch richtig einschätzt, welche Punkte erfolgsversprechend sind, brilliert dagegen mit 99 Siegen. In dem einen Fall aber, den er verliert, schreibt das Gericht im Urteil unglücklicherweise, ein an sich vielversprechender Punkt müsse nicht geprüft werden, da er nicht (substantiiert) vorgebracht worden sei. Die Folge ist ein Haftungsanspruch gegen ihn. Kollege A dagegen geht, obwohl er aufgrund seiner Tendenz, vom Hundertsten ins Tausendste zu behaupten, insgesamt deutlich schlechter abschneidet, unbehelligt in Pension.

Bei Anwälten (wie bei anderen Berufsgruppen, etwa Ärzten,¹⁷⁵ auch), steht die engagierte Berufsausübung manchmal eben in einem Spannungsverhältnis zur Vermeidung von persönlichen Haftungsrisiken.

b) Kurze Klageschrift?

Es versteht sich von selbst, und entspricht der Funktionsweise des kontradiktorischen Verfahrens, dass die Klägerin sich in der Klageschrift auf jene Punkte fokussieren wird, die für sie günstig sind und die ihr Klagefundament stützen.

¹⁷⁴ Wahrscheinlich stimmt sie (vgl. dazu u.a. HAFTER, N 726 ff. sowie N 736 ff. und SCALIA/GARNER, 22 („Scattershot argument is ineffective. [...] it insults the intelligence of the court.“). Letztere Autoren schrieben allerdings nicht mit den oft ausschliesslich schriftlichen Verfahren zur Sachverhaltsetablierung und mit den Behauptungs- und Substantiierungserfordernissen der ZPO (und ihrer unterschiedlichen Handhabung durch kantonale Gerichte) vor Augen. Sondern vor dem Hintergrund einer Rechtskultur, bei welcher der Sachverhalt in einem mündlichen, oft tagelang dauernden Prozedere etabliert wird und Richter beim Anwalt im Oral Argument *aktiv nachfragen*, wenn sie über einen Punkt mehr hören wollen, weil sie ihn für relevant halten.

¹⁷⁵ Prof. JEAN NICOLAS DRUEY meinte dazu jeweils in seinen Vorlesungen, er wolle in einer Krisensituation um keinen Preis von einem Arzt behandelt werden, dessen oberstes Credo „Ich will nicht haften“ sei.

Nach oft gehörter Auffassung soll eine Klageschrift daher kurz und schlagkräftig sein (nach dem Motto: „alles ganz einfach und klar“). Insbesondere sind nach dieser Auffassung allgemeine Rahmenumstände und Punkte, die eher der Gegenpartei in die Hand spielen könnten, nicht zu adressieren.¹⁷⁶ Meiner Meinung nach unterliegt dieser Grundsatz gerade bei komplexen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen aber zwei Einschränkungen:

- Auch wenn man viele Punkte, welche als blosse „Rahmenumstände“ gelten mögen, nicht erwähnen mag, so muss man sie als Klägerin doch *kennen* (vgl. auch zur Sachverhaltsabklärung oben, II.1.a)) und bei dem, was man schreibt, stillschweigend *berücksichtigen*. Man sollte nicht in die Lage kommen, sich von der Klageantwort umfassend „belehren“ lassen zu müssen und dann vor Überraschungen zu stehen, oder festzustellen, dass Einiges von dem, was man in der Klageschrift schrieb, nun in einem vielleicht uneleganten Licht erscheint (vgl. dazu das Apéro-Beispiel unter II.1.a)).
- Manchmal sieht man Klageschriften, und ich habe auch schon solche verfasst, die mit quasi rein mathematisch-logischer Stringenz die nackten Haftungsvoraussetzungen darzulegen versuchen (oft anhand von Bilanzen oder anderen Rechnungslegungswerken). Nach dem Motto: „Aus X folgt Y, und damit ist die Rechtsfolge zwingend Z. Jeder zusätzliche Gedanke wäre abwegig“.¹⁷⁷ Ein umfassender, eigentlicher *Lebenssachverhalt* wird gar nicht geschildert. Diese Rechtsschriften wirken in ihrer logischen Schönheit und Geschlossenheit zunächst oft sehr ansprechend auf den juristisch geschulten Betrachter und finden in der Regel auch beim Klienten grosse Anerkennung. Und zuweilen wird dabei ein offensichtlich im Raum stehender Elefant, den man rein juristisch betrachtet für irrelevant hält, angestrengt ignoriert. Diese Vorgehensweise geht vom Bild des Gerichts als Subsumptions-Automaten¹⁷⁸ aus. Aber selbst wenn es das wäre (und es schätzen würde, dass man es so betrachtet), böten die Haftungsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage eben auch bereits rein technisch betrachtet viel Raum für die Berücksichtigung der echten, umfassenden Lebensumstände (vgl. dazu oben, IV.4.b)). Wenn man diese als Klägerin völlig ausblendet, nimmt man der Klage vielleicht von Beginn weg einiges von ihrer Glaubwürdigkeit. Und eröffnet dem Beklagten ein weites Feld, um darzulegen, was in der Klage alles „übersehen“ wurde.

¹⁷⁶ HAFTER, N 741.

¹⁷⁷ Letztere Aussage weckt – das ist zumindest meine Erfahrung als Schiedsrichter – im juristisch interessierten Leser der Rechtsschrift allerdings oft geradezu den sportlichen Ehrgeiz, sich zu überlegen, ob es nicht auch anders sein könnte.

¹⁷⁸ Vgl. dazu HAFTER, N 18 ff.

Beispiel aus den Swissair-Verfahren: Am 11. September 2001 fanden die Terroranschläge in New York und Washington statt, welche bekanntlich mit Passagierflugzeugen verübt wurden. Der Luftraum wurde weltweit für mehrere Tage gesperrt. Der US-Kongress gewährte den US-Fluggesellschaften innert Tagen staatliche Finanzspritzen in Milliardenhöhe um Insolvenzen zu vermeiden (einige fielen trotzdem in die Insolvenz). In der Schweiz gab es keine entsprechenden Massnahmen. Eine Klageschrift, welche die Liquiditätssituation der Swissair im September/Oktober 2001 zum Gegenstand hat, und welche diese Ereignisse ausblendet, verliert viel von ihrer Glaubwürdigkeit.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es in derartigen Fällen manchmal besser, die entsprechenden Sachverhaltselemente, die vom Gegenanwalt ja ohnehin aufgebracht werden, der Vollständigkeit halber bereits in der Klageschrift kurz zu erwähnen,¹⁷⁹ und (soweit möglich) aktiv aufzuzeigen, weshalb sie für den hier zu prüfenden Fall eben *nicht* ausschlaggebend sein können.

c) Kurze Klageantwort?

Unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung, welche – anders als die Praxis unter der aZPO ZH – keinen (bei Bedarf) richterlich angeordneten dritten Schriftenwechsel mehr vorsieht¹⁸⁰ und den Parteien im Grundsatz volle Freiheit lässt, Tatsachen im ersten oder im zweiten Schriftenwechsel zu behaupten,¹⁸¹ hat sich unter Praktikern eine Denkschule gebildet, die dafür hält, in der Klageantwort sehr kurz zu sein. Die „volle Ladung“ an Tatsachen- und Rechtsargumenten soll dann erst in der Duplik abgefeuert werden, um so der Klägerin nur noch beschränkt¹⁸² und unter Zeitdruck¹⁸³ die Möglichkeit zu geben, sich zu den für den Beklagten günstigen Punkten zu äussern und den Gegen-

¹⁷⁹ Dabei ist allerdings den Bedenken von HAFTER, N 783 gebührend Rechnung zu tragen, dass man einen Punkt nicht besser und konziser formuliert, als es der Gegenanwalt wahrscheinlich machen wird.

¹⁸⁰ Art. 225 ZPO.

¹⁸¹ BGE 140 III 312.

¹⁸² Echte und unechte Noven dürfen nach Aktenschluss nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b vorgebracht werden. Bei der Geltendmachung des unbedingten Replikrechts ist das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht zulässig (Urteil des Bundesgerichts 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018 E. 2.3).

¹⁸³ Noven müssen „ohne Verzug“ vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO), wobei hierfür unterschiedliche Zeiträume ab der Entdeckung diskutiert werden (von fünf Tagen bis einige Wochen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_141/2019 vom 7. Juni 2019 E. 6.3). Zur Gewährung des unbedingten Replikrechts muss mit der Entscheidung mindestens 10 Tage nach Abschluss des letzten Schriftenwechsels zugewartet werden (Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.3 f.).

beweis anzutreten. Das kann – wie in einem Fall erlebt – so weit gehen, dass sich der Beklagte in der Klageantwort *gar nicht* zu den Tatsachenbehauptungen in der Klage äussert (und damit die Replik ins Leere laufen lässt).¹⁸⁴

Abgesehen von rechtlichen Bedenken,¹⁸⁵ ist es nach meiner Erfahrung so, dass die Gerichte dieses Vorgehen – welches das in der ZPO vorgesehene Spiel des kontradiktorischen Verfahrens zu unterlaufen versucht – nicht goutieren und manchmal bereit sind, argumentativ weite Strecken zu gehen, um der Klägerin in einer solchen Situation zu helfen.

Ausserdem gilt es zu beachten, dass an manchen Gerichten bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine Vergleichsverhandlung mit vorläufiger rechtlicher Einschätzung durch das Gericht anberaumt wird. Nicht selten auf der Basis von bereits gut strukturierten und durchdachten gerichtlichen Memoranden, und mit erheblichem Vergleichsdruck.¹⁸⁶

Entsprechend sollte nach der hier vertretenen Auffassung der relevante Sachverhalt seitens des Beklagten bereits in der Klageantwort dargelegt werden. Einer Überlegung wert, und auch legitim, kann es dagegen bei sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalten sein, sich in der Klageantwort im Interesse der Lesbarkeit eher auf den roten Faden zu konzentrieren, im Wissen darum, dass man für die (vielleicht unübersichtliche und verästelte) Substantiierung von Details und für Nebenpunkte noch eine Äusserungsmöglichkeit zur Verfügung hat.

¹⁸⁴ Besonders schwierig ist die Situation für die Klägerin dann in den – allerdings bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen eher seltenen – Fällen, in denen es keinen zweiten Schriftenwechsel gibt, sondern die entsprechenden Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Erörterungen anlässlich der Hauptverhandlung vorgetragen werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

¹⁸⁵ Nach Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln. Vgl. aber BGE 123 III 220 E. 4d S. 228 f., in welchem das Bundesgericht es abgelehnt hat, dem späten, aber prozessual noch zulässigen Vorbringen des Beklagten bezüglich seiner mangelnden Passivlegitimation mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots zu begegnen. Das Zivilprozessrecht sehe hierzu eigene Sanktionen wie die Berücksichtigung bei der Kostenverteilung vor.

¹⁸⁶ Vgl. dazu auch HAFTER, N 49, der festhält, dass nach seiner Erfahrung Richter dazu tendieren, sich relativ früh festzulegen.

d) *Substantiierung und Gutachten-Inhalt in separaten Modulen?*

Aufgrund der in komplexen Fällen oft grossen Stofffülle und der hohen Substantiierungsanforderungen der Gerichte (namentlich im Kanton Zürich) ist es oft schwierig, einen Mittelweg zwischen „rotem Faden“ (Lesbarkeit) und prozesskonformer Behauptung/Bestreitung aller relevanter Tatsachen zu finden.

Es kann sich vor diesem Hintergrund empfehlen, eine zusammenhängende Sachverhaltsdarstellung zu präsentieren, und dann einzelne Punkte in separaten Modulen – und unter einem entsprechenden Titel – substantiiert zu vertiefen. Das Substantiierungsmodul erfüllt denn quasi die Funktion einer „Beilage“, die einen einzelnen Punkt prozesskonform in allen Details darlegt. Das Gericht kann sich dann darauf verlassen, dass unter jenem Titel nur das entsprechende Sachverhaltselement substantiiert und bewiesen wird – und kann auf dessen vertiefte Lektüre verzichten, falls es zum Schluss kommt, dass der entsprechende Punkt irrelevant oder nicht überzeugend ist.

Beispiel: Die Klage geht davon aus, dass die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkt überschuldet war. Der Beklagte legt dann – z.B. auf ca. drei Seiten – dar, dass in jenem Zeitpunkt noch stille Reserven von X bestanden, welche die Überschuldung beseitigten, und dass die Organe vor dem Hintergrund dieses Wissens handelten. Zur Substantiierung verweist er auf ein separates Modul mit dem Titel „Keine Überschuldung“. Dort werden die 24 einzelnen Bilanzpositionen, aus denen sich stille Reserven ergeben, detailliert aufgeführt, die einzelnen Berechnungen vorgenommen und mit Beweisen unterlegt, sowie der Inhalt der zahlreichen E-Mails und Protokollstellen behauptet, welche belegen, dass die Beteiligten vor dem Hintergrund dieses Wissens handelten.

Das gleiche Vorgehen empfiehlt sich manchmal im Hinblick auf den Inhalt von Gutachten. Obwohl das Bundesgericht seine Rechtsprechung ein wenig gelockert hat,¹⁸⁷ ist nach wie vor bei vorsichtiger Betrachtung davon auszugehen, dass der Inhalt von Parteigutachten in den Rechtsschriften selbst behauptet werden muss, und dass Verweise auf das Gutachten nicht ausreichen.¹⁸⁸ Die daraus resultierende (manchmal tendenziöse) anwaltliche Paraphrasierung von 40-seitigen Gutachten in den Rechtsschriften (oder deren seitenlange wörtliche Zitierung, zuweilen in Klein- oder Kursivschrift) ist aber selten ein Lesegenuss und mancher Richter (und Gegenanwalt) dürfte es vorziehen, den Experten unverfälscht im Original zu lesen. Auch hier kann es deshalb entlastend sein, ein Modul mit dem Titel „Inhalt des Gutachtens X“ am Ende einzufü-

¹⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁸⁸ Vgl. MÜLLER/STUCKY, N 14.

gen mit dem einleitenden Hinweis, dass nachfolgend, um der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Genüge zu tun, der Inhalt des als Beilage Y ins Recht gelegten Gutachtens in den relevanten Teilen behauptet werde, ohne anderweitige Behauptungen aufzustellen.

V. Aufgabe 4: Auf das Geschehen Einfluss nehmen

Nur noch kurz gestreift werden soll hier die vierte Aufgabe des Prozessanwaltes, welche darin besteht, auf den Gang der Dinge (und damit auf den relevanten Sachverhalt) Einfluss zu nehmen, soweit ihm dies noch möglich ist. Diese Aufgabe würde bereits für sich allein Stoff für einen eigenen Beitrag liefern und wird wahrscheinlich oft unterschätzt. Hervorgehoben werden sollen drei Punkte:

Erstens, dass es sich empfiehlt, in verantwortlichsrechtlich heiklen Situationen (z.B. bei Sanierungen unter Verzicht auf die Deponierung der Bilanz gemäss Art. 725 OR) einen mit dem Verantwortlichsrecht und der Prozessführung vertrauten Anwalt beizuziehen, welcher die Verwaltungsratsmitglieder berät (und nicht die Gesellschaft). Denn zum einen laufen die Interessen der Gesellschaft und jene der Verwaltungsratsmitglieder in solchen Situationen teilweise ein Stück weit auseinander (was den wenigsten VR-Mitgliedern bewusst zu sein scheint). Und zum anderen kann der Prozessanwalt in der Regel abschätzen, welche Begleitmassnahmen im Hinblick auf ein allfälliges Scheitern ratsam sind (auch was die Dokumentation und den Aktenzugang anbelangt; vgl. dazu etwa das unter II.3.f)gg) erwähnte „Kriegstagebuch“). Auch der richtigen Protokollierung von Entscheiden kommt in solchen Situationen eine gesteigerte Bedeutung zu.

Zweitens gehört zum Sachverhalt auch die vorprozessuale Korrespondenz (auch jene des Mandanten mit der Gesellschaft), welche den Sachverhalt zu gestalten vermag und auf welche der Prozessanwalt im Idealfall Einfluss nehmen kann.

Und *drittens* wäre es oft hilfreich, wenn der Prozessanwalt bei „verwandten“ Verfahren, welche den Verantwortlichsklagen vorgelagert sind, und in welche der Mandant nicht direkt verwickelt ist, die Möglichkeit hätte, helfend Einfluss zu nehmen.

Beispiel aus den Swissair-Verfahren: Im Rahmen von paulianischen Anfechtungsprozessen zwischen der Nachlassmasse und Zahlungsempfängern wurden – ohne Zutun der Organe – Feststellungen zum finanziellen Zustand der Swissair-Gesellschaften zu bestimmten Zeitpunkten getroffen, welche von den Gerichten in den nachfolgenden Verantwortlichsverfahren als

gerichtsnotorisch und unumstösslich betrachtet wurden. Dies, obwohl die dort Beklagten keinen Einblick in die entsprechenden Unterlagen und das Wissen der Organe hatten, welche ein anderes Bild ergeben hätten.

Literatur

- AKERET FABIAN, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band 16, Zürich/St. Gallen 2018.
- BÄCHTOLD THOMAS CHRISTIAN, Die Information des Verwaltungsrates, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 601, Diss. Bern 1997.
- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 210, Diss. Zürich 2001.
- BIEDERMANN BIRGIT, Gerichtliche Durchsetzung von Auskunftsansprüchen im Vorfeld des Erbrechtlichen Hauptprozesses zur Klärung von Prozessaussichten, Anwaltsrevue 2016, 423 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009.
- CARBONARA ANTONIO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Aushändigung von Jahresabschlüssen, SZW 1/2004, 88 ff.
- CHAMMARTIN CATHERINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Der Déchargebeschluss, SZW 6/2005, 329 ff.
- DOMEJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, HAVE 2014, 69 ff.
- DROESE LORENZ, Urteilsanmerkung zu BGE 140 III 12, SZPP 2014, 230 ff.
- FINK STEFAN, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Diss. Zürich 2015.
- FORSTMOSER PETER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FRIEDRICH ALAIN/KAISER MARKUS, Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht und Arbeitspapiere einer Revisionsstelle, ST 8/2013, 524 ff.
- FRITSCHÉ CLAUDIA M./STUDER NADINE, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, AJP 2/2018, 168 ff.
- GÄUMANN/MARGHITOLA, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, Jusletter, 14. November 2011.
- GNEHM OLIVER, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, in: Epiney/Nüesch (Hrsg.), Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes, Zürich 2015, 77 ff.
- GÖKSU TARKAN, Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2011/2012, 91 ff.
- GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 4/2009, 479 ff.
- GRAF DAMIAN K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 3/2012, 380 ff.

- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011.
- HINSEN ANDREAS, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, GesKR 4/2014, 541 ff.
- ISLER PETER R./SCHOTT BERTRAND G., Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrecht?, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 197 ff.
- ISLER PETER R./ZINDEL GAUDENZ G./SOMMER CHRISTA, Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra, in: Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 741 ff.
- KILLIAS LAURENT, Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat, in: Notter/Weber/Heinemann/Baumgartner (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich/Basel/Genf 2018, 337 ff.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2005.
- LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, AJP 6/2011, 739 ff.
- MÜLLER DOMINIQUE/STUCKY MARCEL, Verweise auf Beilagen können den Substanziierungsanforderungen genügen, dRSK, 4. April 2018.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014.
- NAEF MONIKA/RIEGER SEBASTIAN, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 5/2018, 600 ff.
- OULEVEY XAVIER, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Band 268, Zürich 2008 (= Diss. Univ. Fribourg 2007).
- PASSADELIS NICOLAS, Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht erlaubt keine Beweisausforschung, dRSK, 4. März 2013.
- PASSADELIS NICOLAS/ROSENTHAL DAVID/THÜR HANSPETER (Hrsg.), Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, 149 ff. (zit. BEARBEITER, in: Datenschutzrecht).
- PETER REICHART/PETER HAFNER, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 107/2011, 201 ff.
- ROSENTHAL DAVID, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, Jusletter, 20. Februar 2017 (zit. ROSENTHAL, Vorentwurf).
- ROSENTHAL DAVID, Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht April 2013 bis März 2015, in: Hari/Riske (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2015, Bern 2015, 565 ff. (zit. ROSENTHAL, Entwicklungen).
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER-DSG Handkomm.).
- ROTH PELLANDA KATJA, Organisation des Verwaltungsrates, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 268, Diss. Zürich 2007.

- RÜD ANDREAS/MICHLIG MATTHIAS, Beweismittelbeschaffung aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Romero/Bazzani (Hrsg.), Interne und regulatorische Untersuchungen II, Zürich/Basel/Genf 2016, 151 ff.
- RÜHLI EDWIN, Unternehmungsführung und Unternehmungspolitik, 3. A., Bern 1996.
- SCALIA ANTONIN/GARNER BRYAN A., Making Your Case, The Art of Persuading Judges, St. Paul (Minnesota) 2008.
- SCHMID ERNST F., Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des widerpenstigen Gesuchsgegners?, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/ Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, FS Isaak Meier, Zürich 2015, 605 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Bearbeiter-ZPO Komm.).
- VOGT HANS-UELI, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 21 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BAUM OLIVIER, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 3/2016, 278 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006.
- WIEGAND WOLFGANG, Iura novit curia vs. ne ultra petita – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Greiner/Berger/Günther (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, FS Kellerhals, Bern 2005, 128 ff.
- WIGET LUKAS/SCHOCH DANIEL, Das Auskunftsrecht nach DSG – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 8/2010, 999 ff.
- ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Hrsg.: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo, DIKE, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BEARBEITER-ZPO DIKE-Komm.).

Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, insbesondere bei Konkursverschleppung

Stephan Mazan*

Inhalt

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Grundsätzliches | 124 |
| II. | Schaden bei unerlaubter Handlung | 125 |
| 1. | Die Konstellation | 125 |
| 2. | Haftung für unerlaubte Handlung | 125 |
| III. | Schaden bei Gläubigerbegünstigung | 125 |
| 1. | Die Konstellation | 125 |
| 2. | Raichle-Praxis | 126 |
| 3. | Änderung der Rechtsprechung in einem Verantwortlichkeitsprozess betreffend SAirGroup | 126 |
| 4. | Verdeutlichung der Rechtsprechung bei Gläubigerbegünstigung | 127 |
| 5. | Konsequenzen | 127 |
| IV. | Schaden nach (unzulässiger) Darlehensgewährung | 129 |
| 1. | Die Konstellation | 129 |
| 2. | Nur Gesellschaftsklagen | 130 |
| 3. | Das Darlehen als Finanzanlage: einfacher Fall | 130 |
| 4. | Das Darlehen mit geschäftlichem Hintergrund: komplexer Fall | 131 |
| 5. | Konsequenzen | 133 |
| V. | Fortführungsschaden bei Konkursverschleppung | 134 |
| 1. | Konstellation | 134 |
| 2. | Rechtliche Ausgangslage | 134 |
| 3. | Vermögensstand im Zeitpunkt der unterlassenen Überschuldungsanzeige | 134 |
| 4. | Vermögensstand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung | 135 |
| 5. | Massgeblichkeit der Liquidationswerte | 136 |
| 6. | Substantiierung und Beweis; Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR | 136 |
| 7. | Konsequenz | 137 |
| VI. | Abschliessender Gedanke | 137 |

* Dr. STEPHAN MAZAN, Oberrichter am Handelsgericht.

I. Grundsätzliches

Die Organe sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch pflichtwidrige Handlungen verursacht haben (Art. 754 OR). Nach der Rechtsprechung entspricht der Schaden im Verantwortlichkeitsrecht wie im Vertrags- und Haftpflichtrecht der ungewollten Vermögensverminderung des Geschädigten, das heisst der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand des Vermögens ohne das schädigende Ereignis¹. Im Verantwortlichkeitsrecht ist speziell zu beachten, dass Art. 754 OR mehrere Ansprecher als mögliche Geschädigte erwähnt (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger) und dass stets zu prüfen ist, in welchem Vermögen dieser potentiell Geschädigten eine Vermögensverminderung eingetreten ist².

Im Folgenden werden vier Fallgruppen für die Abhandlung des Schadens im Verantwortlichkeitsrecht unterschieden: Im einfachsten Fall wird der Schaden durch eine „normale“ unerlaubte Handlung verursacht (nachfolgend Ziff. II). Interessanter und komplexer ist die Bestimmung des Schadens bei Gläubigerbegünstigung (nachfolgend Ziff. III). Sodann ist auf den Schaden bei unzulässiger Darlehensgewährung einzugehen (nachfolgend Ziff. IV). Abschliessend sind verschiedene Aspekte des Schadens bei Konkursverschleppung abzuhandeln (nachfolgend Ziff. V).

¹ Anstatt vieler BGE 142 III 23 E. 4.1. S. 27 mit zahlreichen Hinweisen.

² Der von einem Organ verursachte Schaden kann

- ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers entstanden sein,
- ausschliesslich im Vermögen der Gesellschaft entstanden sein und den Gläubiger erst treffen, wenn die Gesellschaft insolvent wird oder
- sowohl im Vermögen der Gesellschaft als auch im Vermögen des Gläubigers entstanden sein.

Im Konkursfall kann der Gläubiger nur im ersten Fall einen Schaden uneingeschränkt geltend machen. In der zweiten und dritten Konstellation kann der Gläubiger den Schaden (der Gesellschaft) nach Art. 757 OR erst geltend machen, wenn die Konkursmasse nicht selbst klagt (Praxis eingeleitet mit BGE 131 III 306 und 132 III 564; ausdrücklich bestätigt in BGE 141 III 112, zuletzt z.B. im Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2018 vom 5. Februar 2019).

II. Schaden bei unerlaubter Handlung

1. Die Konstellation

Die einfachste Konstellation ist die unerlaubte Handlung eines Organs. Als Beispiele kommen in Frage³:

- Ein Organ veruntreut Vermögen der Gesellschaft und fügt der Gesellschaft dadurch einen Schaden zu (direkter Schaden der Gesellschaft).
- Ein Organ erlangt unter Verwendung von gefälschten oder unwahren Unterlagen einen Kredit (Kreditbetrug) und fügt dadurch dem Gläubiger einen Schaden zu, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt und der Gläubiger zu Verlust kommt (direkter Schaden des Gläubigers).
- Ein Organ veranlasst Anleger unter Verwendung eines materiell falschen oder in wesentlichen Punkten irreführenden Prospektes Aktien einer Gesellschaft zu zeichnen (Emmissions- oder Prospektbetrug), wodurch im Vermögen des Aktionärs ein Schaden entsteht (direkter Schaden des Aktionärs).

2. Haftung für unerlaubte Handlung

In der Rechtsprechung und Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich hier genau genommen nicht um typische Fälle von aktienrechtlicher Verantwortlichkeit handelt (Art. 754 ff. OR), sondern dass es um Haftung aus unerlaubter Handlung geht (Art. 41 ff. OR)⁴. An diesen einfachen Beispiel lässt sich anschaulich illustrieren, dass durch das widerrechtlich Verhalten der Organe unterschiedliche Vermögensmassen betroffen sind.

III. Schaden bei Gläubigerbegünstigung

1. Die Konstellation

Interessanter ist die Gläubigerbegünstigung. Eine Gläubigerbegünstigung liegt vor, wenn die Gesellschaft ein Darlehen eines (bestimmten) Gläubigers kurz vor ihrer Insolvenz tilgt und dadurch diesen Gläubiger bevorzugt (weil er voll

³ Beispiele aus BÖCKLI, Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 18 Rz 361 ff.

⁴ BGE 131 III 306 E. 3.1.2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 361; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 Rz 16.

befriedigt wurde) und die übrigen Gläubiger benachteiligt (weil für sie weniger Vollstreckungssubstrat zur Verfügung steht). In dieser Fallgruppe hat sich die Rechtsprechung in den vergangenen Jahren interessant entwickelt.

2. Raichle-Praxis

Längere Zeit war bei Gläubigerbegünstigung die sog. „Raichle-Praxis“ massgebend⁵: Das Bundesgericht qualifizierte die bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers kurz vor dem Konkurs der Gesellschaft als *Pflichtverletzung* der handelnden Organe⁶. In Bezug auf den hier interessierenden Schaden führte das Bundesgericht aus, dass die bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers zur Schädigung der übrigen Gläubiger führe. Der Schaden bestehe darin, dass die vollumfängliche Tilgung einer einzelnen Schuld zu einer *Verminderung des Verwertungssubstrates* führe. Die *Konkursverwaltung* sei befugt, durch Verantwortlichkeitsklage das zur Masse gehörende Vermögen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger erhältlich zu machen⁷. Verklausuliert wird damit zum Ausdruck gebracht, dass die Gläubigerbevorzugung zu einer Schädigung der übrigen – nicht bevorzugten – Gläubiger, nicht aber zu einer Schädigung der Gesellschaft führe. Dass das Bundesgericht trotz des Vorliegens eines Gläubigerschadens die Konkursverwaltung als aktivlegitimiert erachtete, den Schaden der Gläubiger geltend zu machen, war auf die damals geltende restriktive „Raschein-Praxis“ zurückzuführen⁸. Die „Raschein-Praxis“ wurde mit der Einführung der „Biber-Praxis“ aufgegeben bzw. präzisiert⁹, so dass sich abzuzeichnen begann, dass die Konkursverwaltung im Konkurs der Gesellschaft künftig nicht mehr legitimiert sein würde, einen ausschliesslichen Gläubigerschaden aufgrund einer Gläubigerbegünstigung geltend zu machen.

3. Änderung der Rechtsprechung in einem Verantwortlichkeitsprozess betreffend SAirGroup

Im Jahr 2015 bot sich dem Bundesgericht in einem die SAirGroup betreffenden Verantwortlichkeitsprozess die Gelegenheit, eine Praxisänderung vorzunehmen und sich von der „Raichle-Praxis“ zu verabschieden¹⁰. Ähnlich wie im Raichle-Fall machte in diesem Verantwortlichkeitsprozess die Nachlassmasse

⁵ Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4c.

⁸ BGE 117 II 432.

⁹ BGE 131 III 306, seither ständige Rechtsprechung und z.B. bestätigt in BGE 132 III 564, BGE 141 III 112 etc.

¹⁰ BGE 142 III 23.

(vertreten durch die Nachlassverwaltung) Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der SAirGroup wegen Gläubigerbegünstigung geltend. Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung des Handelsgericht des Kantons Zürich¹¹, dass die Nachlassmasse nur berechtigt sei, den *Gesellschaftsschaden* geltend zu machen. Dieser bestehe in einer Verminderung des Vermögens der Gesellschaft (bestehend aus Aktiven und Passiven)¹². Wenn die Gläubigerbevorzugung nur zu einer „Verminderung des Verwertungssubstrates“ (lediglich Verminderung der Aktiven) und damit nur zu einer *Gläubigerschädigung* führe, sei nach der „Biber-Praxis“ nur der Gläubiger aktivlegitimiert. Da bei einer Tilgung einer fälligen Schuld der Gesellschaft keine Schädigung der Gesellschaft vorliege, sei die Konkurs- oder Nachlassmasse nicht aktivlegitimiert, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen¹³.

4. Verdeutlichung der Rechtsprechung bei Gläubigerbegünstigung

In einem Entscheid aus dem Jahr 2018 bestätigte das Bundesgericht seine mit BGE 142 III 23 eingeführte Praxis. Gleichzeitig verdeutlichte es mit diesem Entscheid die Konsequenzen der neuen Rechtsprechung¹⁴. Das Bundesgericht hielt mit Hinweis auf die Vorinstanz fest, dass BGE 142 III 23 auch gelte, wenn nicht die Konkurs- bzw. Nachlassverwaltung, sondern ein Gläubiger im Rahmen einer Abtretung nach Art. 260 SchKG bzw. 757 Abs. 2 OR¹⁵ klage. Wenn die Konkurs- bzw. Nachlassmasse keinen Gläubigerschaden geltend machen könne, der sich aus der Verminderung des Verwertungssubstrates ergebe, müsse dies auch für den Abtretungsgläubiger gelten¹⁶. Der Abtretungsgläubiger könne mit Individualklage nur seinen individuellen, direkten Schaden einklagen. Dafür hätte der Gläubiger seinen direkten Gläubigerschaden substantiiert behaupten und beweisen müssen, was er nicht getan habe¹⁷.

5. Konsequenzen

1. Bei Gläubigerbegünstigung wird nur das Verwertungssubstrat für die übrigen Gläubiger vermindert. Die Gesellschaft ist nicht geschädigt, weil der Verminderung der Aktiven (Verminderung des Verwertungssubstrates

¹¹ Urteil und Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 1. Juli 2015, HG120137.

¹² BGE 142 III 23 E. 4.1.

¹³ BGE 142 III 23 E. 4.2 bis E. 4.4.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018.

¹⁵ Art. 260 Abs. 2 SchKG ist die allgemein geltende, Art. 757 Abs. 2 OR ist die speziell für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen geltende Norm.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 E. 3.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 E. 4.

durch bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers) eine Verminderung der Passiven in gleicher Höhe gegenüber steht (Tilgung der Forderung). Mangels Schädigung der Gesellschaft steht weder der Gesellschaft noch der Konkurs- bzw. Nachlassmasse eine Gesellschaftsklage zur Verfügung. Insbesondere kann auch der Abtretungsgläubiger keine Gesellschaftsklage führen.

2. Der durch die Gläubigerbevorzugung direkt geschädigte Gläubiger steht aber keineswegs rechtlos da. Vielmehr stehen ihm zwei Möglichkeiten zur Verfügung:
 - Im Vordergrund steht eine paulianischen Anfechtungsklage des Gläubigers gegen den bevorzugt befriedigten Gläubiger (Art. 285 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 und Art. 288 Abs. 1 SchKG sowie Art. 325 SchKG). Diese Klage richtet sich nicht gegen das Organ (keine Verantwortlichkeitsklage), sondern gegen die bevorzugten Gläubiger (Anfechtungsklage). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Pauliana – abgesehen davon, dass sie sich nicht gegen das Organ, sondern den begünstigten Gläubiger richtet – unter Umständen nicht den gleichen Schutz wie die Verantwortlichkeitsklage bietet. Diese Fragen wurden im zuletzt besprochenen Fall (Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017) ausführlich erörtert, wobei das Bundesgericht gewisse Schwierigkeiten im Anfechtungsprozess einräumt, gleichzeitig aber auch festhält, dass diese als systembedingt hinzunehmen seien¹⁸.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 E. 2.3.1 und insb. E. 2.3.2. Im Entscheid hat das Bundesgericht drei Aspekte der angeblich ungenügenden Schutzwirkung der Pauliana angeschnitten und alsdann relativiert:

1. Die Pauliana sei nur praktikabel, wenn es um eine Geldzahlung kurz vor Konkursöffnung gehe, während die Formulierung des Rechtsbegehrens bei umfangreichen Vermögensverschiebungen kompliziert werde (weil jedes einzelne veräusserte Objekt einzeln substantiiert werden müsse). Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, weshalb die Formulierung des Rechtsbegehrens nicht möglich sein sollte.

2. Weiter sei das Prozessrisiko bei der Pauliana höher als bei der Verantwortlichkeitsklage, weil sich die Anfechtungsklage auf das ganze veräusserte Vermögen beziehe und anders als bei der Verantwortlichkeitsklage nicht nur auf den zurückgeforderten Betrag (wohl in der Höhe des Schadens des klagenden Gläubigers) beschränken könne. Dazu führt das Bundesgericht (etwas blauäugig) aus, dass dem Anfechtungskläger ein reduzierter Kostenvorschuss auferlegt werden könnte.

3. Schliesslich sei die Pauliana auch dann nicht zielführend, wenn Vermögen ins Ausland verschoben worden sei und ein am Schweizer Konkursort ergangenes Anfechtungsurteil im Ausland nicht vollstreckt werden könne. Dazu bemerkte das Bundesgericht, dass der zu beurteilende Fall keinen Auslandsbezug habe.

- Abgesehen von der Anfechtungsklage gegen die begünstigten Gläubiger steht dem (benachteiligten) Gläubiger auch die Verantwortlichkeitsklage gegenüber den verantwortlichen Organen zu. Das Bundesgericht hielt ausdrücklich fest, dass der Gläubiger befugt sei, gegenüber den Organen seinen individuellen Schaden einzuklagen¹⁹. Die Voraussetzung des Schadens dürfte fraglos erfüllt sein. Heikel ist, ob auch die Widerrechtlichkeit bejaht werden kann²⁰, was hier aber nicht vertieft werden soll.

IV. Schaden nach (unzulässiger) Darlehensgewährung

1. Die Konstellation

Ebenfalls um Darlehen geht es in der nächsten Fallgruppe. Allerdings ist das Thema nicht die Tilgung, sondern die Gewährung von Darlehen. Dass eine Gesellschaft einem Dritten Darlehen gewährt, ist ein alltäglicher Vorgang und grundsätzlich unproblematisch. Es gibt aber auch problematische Fälle. Die Gewährung von Darlehen an Dritte – oft Aktionäre oder andere nahestehende Personen – kann gegen die sorgfältige Vermögensanlage (Art. 717 Abs. 1 OR)²¹ oder gegen die aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften verstossen

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 E. 2.3.2 und E. 4.

²⁰ In BGE 141 III 527 entschied die II. Zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts, dass die Konkurs- und Betreibungsdelikte von Art. 163 ff. StGB keine Schutznormen im Sinne von Art. 41 OR seien; im Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 liess die I. Zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes die Frage offen (E. 4.4.4.), wobei nicht klar ist, ob damit eine andere Auffassung als in BGE 141 III 527 angetönt wird.

²¹ Insbesondere für Darlehen an Aktionäre und nahestehende Dritte (dazu zählen auch konzerninterne Darlehen) haben sich in Lehre und Rechtsprechung Leitlinien herausgebildet. Unbedenklich sind nur marktkonforme Darlehen, die auch unabhängigen Dritten zu den gleichen Bedingungen gewährt würden („arm's length“-Prinzip). Ob ein Darlehen marktkonform ist, hängt von verschiedenen Beurteilungskriterien ab, wobei die Bonität der Gegenpartei im Vordergrund steht (vgl. BGE 140 III 533 E. 4.5).

(Art. 675 und 678 Abs. 2 OR)²². Probleme treten insbesondere dann auf, wenn die Bonität des Schuldners von Anfang an fehlt oder während der Laufzeit des Darlehens entfällt. Wenn in der Folge die Rückzahlung des Darlehens ausbleibt (z.B. weil der Schuldner in Konkurs fällt) und wenn dadurch ein Schaden entsteht, kann sich die Frage der Verantwortlichkeit stellen.

2. Nur Gesellschaftsklagen

Da die Gesellschaft Gläubigerin des Darlehens ist, ist nur die Gesellschaft beim Ausfall eines Darlehens geschädigt. Ausserhalb des Konkurses kann nur die Gesellschaft mit Gesellschaftsklage einen Schaden gegenüber ihren Organen einklagen (Art. 754 OR). Im Konkurs der Gesellschaft ist die Konkursverwaltung bzw. der Abtretungsgläubiger berechtigt, den Schaden mit Gesellschaftsklage geltend zumachen (Art. 260 SchKG und Art. 757 Abs. 2 OR). Eine Individualklage des Gläubigers steht nicht zur Verfügung, weil der Gläubiger durch die Gewährung eines Gesellschaftsdarlehens nicht direkt in seinem Vermögen geschädigt ist.

3. Das Darlehen als Finanzanlage: einfacher Fall

Für die Berechnung des Schadens ist die Differenz des hypothetischen Vermögensstandes ohne das schädigende Verhalten (Vermögensstand ohne Gewährung eines nicht marktkonformen Darlehens) und des Vermögensstandes mit dem schädigenden Verhalten massgebend (Vermögensstand nach dem Ausfall des Darlehens).

Oft entspricht der so eingetretene Schaden dem Nominalwert des Darlehens. Mit anderen Worten: der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber

²² Zu den zwingenden aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen gehört das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Gemäss dieser Bestimmung steht dem Aktionär kein Recht zu, den eingezahlten Betrag zurückzufordern. Das Verbot der Einlagerückgewähr richtet sich aber nicht nur an den Aktionär, sondern bindet auch die Gesellschaft (BGE 140 III 533 E. 4.1 m.w.H.). Im Dienst des Kapitalschutzes stehen auch die Vorschriften über die Dividendenausschüttung. Gemäss Art. 675 Abs. 2 OR dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden. Für die Dividendenausschüttung steht nur das *freie bzw. ausschüttbare Eigenkapital* zur Verfügung. Diese Kapitalschutzvorschriften setzen auch der Gewährung von Darlehen Grenzen. Nach der Rechtsprechung stellt ein Darlehen an einen Dritten eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn das Darlehen nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet worden ist.

dem Organ deckt sich betragsmässig mit dem Erfüllungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Schuldner. Bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers entspricht der Schaden dem ungedeckten Teil der Darlehensforderung.

Wenn über die Gesellschaft der Konkurs (im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren) durchgeführt wird, hängt der Schaden (der ungedeckte Teil der Forderung) bekanntlich von der Konkursdividende ab. Diese Dividende ist im Zeitpunkt des Verantwortlichkeitsprozesses aber in der Regel nicht bekannt. In dieser Situation muss der Kläger mit der Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche nicht zwingend zuwarten, bis der Schaden (der ungedeckte Teil der Forderung) definitiv bekannt ist. Vielmehr kann der Kläger vom Beklagten den gesamten Darlehensbetrag fordern, wenn er dem Beklagten die künftige Insolvenzdividende abtritt. Damit ist gewährleistet, dass der Geschädigte am Ende nur seinen Schaden, nämlich den ungedeckten Teil seiner Forderung, erhält²³.

4. Das Darlehen mit geschäftlichem Hintergrund: komplexer Fall

Die Schadensberechnung wird um einiges komplexer, wenn die Darlehensgewährung einen geschäftlichen Hintergrund hat. Dies lässt sich anhand eines Swissair-Verantwortlichkeitsprozesses veranschaulichen²⁴.

Die SAirGroup (Konzernobergesellschaft) war bereits Ende 2000 in finanziellen Schwierigkeiten und musste in der Jahresrechnung 2000 einen Verlust von CHF 2'885 Mio. ausweisen. Im Verlauf des Jahres 2001 verschlechterte sich die finanzielle Situation der SAirGroup zusehends. Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 verschärften sich die finanziellen Schwierigkeiten weiter. Dennoch gewährte die Swissair (Konzernuntergesellschaft) der SAirGroup in der Zeit vom 10. September bis 1. Oktober 2001 konzerninterne Darlehen in der Höhe von rund CHF 100 Mio. Ferner wurde eine Cash Pool-Darlehensbeziehung unverändert fortgeführt. Diese konzerninternen Darlehen hatten insoweit unternehmerische Bedeutung, als der Flugbetrieb der Swissair unbestritten und unter allen Umständen aufrecht erhalten werden musste. Ferner war die Swissair für die Aufrechterhaltung des Flugbetriebes unbestritten auf die Dienstleistungen der Flugnebenbetriebe angewiesen, die zur SAirGroup gehörten. Anfangs Oktober musste die SAirGroup ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen. Die Darlehen der Swissair waren gefährdet.

²³ BGE 111 II 164 E. 1 S. 167, 108 Ib 100 E. 1c.

²⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019.

Die Klägerin (Nachlassmasse der Swissair) begründete den Schaden damit, dass die Konzernuntergesellschaft Swissair der Konzernobergesellschaft SAir-Group in einer Krisensituation keine Darlehen hätte gewähren dürfen. In Bezug auf den hypothetischen Vermögensstand ohne das angeblich schädigende Verhalten (Gewährung der Darlehen) machte die Klägerin geltend, dass die Swissair die betreffenden Vermögenswerte im September 2001 auf eigenen Konten bei solventen Banken hätte anlegen und dort belassen müssen, damit sie beim Zusammenbruch der SAirGroup für die Gläubiger der Swissair zur Verfügung gestanden wären. Mit dieser Argumentation äusserte sich die Klägerin nach Auffassung des Handelsgerichtes und des Bundesgerichtes nicht zum Stand des Vermögens der Swissair mit und ohne Darlehensgewährung, sondern nur zu den Aktiven, die sich durch die gefährdeten Darlehen verminderten. Entscheidend für die Berechnung des Schadens der Swissair wäre aber gewesen, wie sich das Swissair-Vermögen – bestehend aus Aktiven und Passiven – ohne die Darlehensgewährung entwickelt hätte. Nach Ansicht des Handelsgerichts und Bundesgerichtes versties die Darlehensgewährung zwar gegen die oben erwähnten Kapitalschutzvorschriften, war aber unter Berücksichtigung des Konzerninteresses gerechtfertigt, weshalb es an einem widerrechtlichen Verhalten fehlte²⁵. Ein ähnlicher Gedankengang gilt auch für die Anspruchsvoraussetzung des Schadens. Wenn der Swissair-Flugbetrieb wie erwähnt unbedingt aufrecht zu erhalten war und ein Konkurs der Swissair nach unbestrittener Auffassung unter allen Umständen verhindert werden musste, hätte sich das Vermögen der weiterhin operativen Swissair laufend verändert. Die Klägerin fokussierte aber ausschliesslich auf einen *einzelnen Vermögensbestandteil* – nämlich die Darlehen der Swissair an die SAirGroup – und äusserte sich nicht zur Entwicklung bzw. zur *Differenz des gesamten Reinvermögens* mit und ohne Darlehensgewährung. Im Ergebnis setzte die Klägerin den verantwortungsrechtlichen Schadenersatzanspruch gegen die Organe mit dem Erfüllungsanspruch der Swissair gegenüber der SAirGroup aus den Darlehensverträgen gleich und ging so von einem falschen Schadensbegriff aus, weshalb ein Schaden im Sinn der Differenztheorie nicht dargetan war. Richtigerweise hätte die Klägerin nach der Differenztheorie darlegen müssen, wie sich das Gesamtvermögen der Swissair hypothetisch entwickelt hätte, wenn die Organe anstelle der als pflichtwidrig gerügten Darlehen pflichtgemässe Entscheide getroffen hätte²⁶.

²⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. V.5.3, S. 61 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A.268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.

²⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. VI.5.1, S. 122 ff.; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A.268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.

5. Konsequenzen

1. Die Gewährung von Darlehen durch die Gesellschaft an Dritte ist in der Regel unproblematisch, solange das Darlehen marktkonform ist. In einer solchen Situation liegt keine Pflichtverletzung der Organe vor. Wenn die Gesellschaft bei einem Darlehensausfall zu Schaden kommt, sind die Organe mangels Pflichtverletzung ohnehin nicht schadenersatzpflichtig.
2. Wenn Darlehen der Gesellschaft an Dritte von Anfang an nicht marktkonform sind oder im Verlauf der Darlehenslaufzeit nicht mehr Drittbedingungen entsprechen, handeln die Organe pflichtwidrig. Bei einem Darlehensausfall erleidet die Gesellschaft einen Schaden. Die Gesellschaft – bzw. im Konkurs der Gesellschaft die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger – können eine Gesellschaftsklage gegen die pflichtwidrig handelnden Organe erheben. Der Schaden entspricht grundsätzlich dem ungedeckten Teil der Darlehensforderung.
3. Ein Sonderfall liegt vor, wenn ein Darlehen der Gesellschaft an einen Dritten nicht nur eine Finanzanlage war, sondern einen unternehmerischen Hintergrund hatte. Im Umfang des ungedeckten Teils des Darlehens liegt zwar eine Verminderung der Aktiven vor. Dies sagt aber nichts aus über den Schaden im Sinn der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens und dem Stand des Vermögens ohne die Darlehensgewährung. In dieser Konstellation ist der ungedeckte Teil des Darlehens nicht mit dem Schaden gleichzusetzen, weil das Darlehen einen unternehmerischen Hintergrund hatte und für die Vermögensentwicklung relevant ist. Das Vorliegen eines Schadens im Sinn der Differenztheorie ist zwar nicht ausgeschlossen, doch kann der Schaden nicht einfach mit der Höhe der Darlehens gleichgesetzt werden. Aus diesem Grund kann eine exakte Bezifferung des Schadens in dieser Konstellation schwierig und/oder unzumutbar sein. Die Schwierigkeiten können vergleichbar sein mit dem Fall des Fortführungsschadens bei Konkursverschleppung, auf welche Konstellation im Folgenden einzugehen ist. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen ist diesbezüglich auf die Ausführungen weiter unten zu verweisen²⁷.

²⁷ Nachfolgend Ziff. V.6.

V. Fortführungsschaden bei Konkursverschleppung

1. Konstellation

Die vierte und letzte Fallgruppe betrifft überschuldete Gesellschaften. In dieser Situation muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR). Die gleiche Pflicht trifft die Revisionsstelle (Art. 729c OR). Das Gericht eröffnet den Konkurs (Art. 725a OR in Verbindung mit Art. 192 SchKG) und die Gesellschaft wird liquidiert (Art. 736 Ziff. 3 und Art. 740 Abs. 5 OR). Wenn der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle die Benachrichtigung des Gerichts unterlassen und dadurch die Liquidation der insolventen Gesellschaft hinausgezögert wird, kann aus der Konkursverschleppung ein Fortführungsschaden entstehen.

2. Rechtliche Ausgangslage

Der Fortführungsschaden ist immer ein Gesellschaftsschaden. Der Schaden entspricht der Zunahme der Überschuldung, die durch das Weiterwirtschaften trotz der eingetretenen Überschuldung entstanden ist. Oder genauer: Der Konkursverschleppungsschadens ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Vermögen im Zeitpunkt, in welchem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen (Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht), und dem Vermögen im Zeitpunkt der effektiven Konkurseröffnung (Vermögensstand im Zeitpunkt des späteren Konkurses). Massgebend ist die Differenz der Liquidationswerte, weil die Konkurseröffnung zur Liquidation der Gesellschaft führt (Art. 736 Ziff. 3 und Art. 740 Abs. 5 OR)²⁸. Aktivlegitimiert sind die Konkursverwaltung bzw. die Abtretungsgläubiger (Art. 260 SchKG und Art. 757 Abs. 2 OR). Im Folgenden ist genauer auf die zwei relevanten Liquidationswerte einzugehen, nämlich auf die Liquidationswerte im Zeitpunkt der unterlassenen Überschuldungsanzeige (nachfolgend E. 5.3.) und die Liquidationswerte im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (nachfolgend E. 5.4.)

3. Vermögensstand im Zeitpunkt der unterlassenen Überschuldungsanzeige

Für die Berechnung des Schadens ist zunächst der Vermögensstand im Zeitpunkt der hypothetischen Insolvenz der Gesellschaft massgebend. Dabei muss der Zeitpunkt der pflichtwidrig unterlassenen Überschuldungsanzeige exakt angegeben werden. Es kann nicht einfach auf den am nächsten liegenden

²⁸ BGE 136 III 322.

Jahresabschluss abgestellt werden. Insbesondere hat das Bundesgericht klargestellt, dass eine hypothetische Zwischenbilanz auch dann zu erstellen ist, wenn der Zeitpunkt der hypothetischen Überschuldung wenige Wochen nach dem ordentlichen Bilanzstichtag liegt. Es ist nicht zulässig, der Einfachheit halber auf die Werte am ordentlichen Bilanzstichtag abzustellen und anstelle der Fortführungswerte die Liquidationswerte einzusetzen²⁹.

Wenn sich die Überschuldung aufgrund der Jahresrechnung und des Revisionsberichtes herauskristallisiert, ist nicht das Datum des Vorliegens des Revisionsberichts, sondern ein Stichtag kurze Zeit später massgebend, weil den Organen nach Kenntnisnahme der Überschuldung eine gewisse Reaktionszeit für die Anzeige der Überschuldung zuzugestehen ist. In Bezug auf die exakte Dauer der Reaktionszeit dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die klagende Partei genügt ihrer Behauptungslast, wenn sie angibt, dass die Organe innert nützlicher Frist nach Kenntnis der Überschuldung dem Gericht eine entsprechende Anzeige hätten einreichen müssen.

4. Vermögensstand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung

Der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ergibt sich aus der Differenz zwischen den Aktiven und Passiven der Gesellschaft. Ausgangspunkt sind die Aktiven, die im Konkursinventar aufgeführt sind (Art. 221 ff. SchKG), abzüglich der Passiven, die im Kollokationsplan verzeichnet sind (Art. 244 ff. SchKG).

Diese Werte sind im Verantwortlichkeitsprozess jedoch nicht verbindlich. Der Kollokationsplan gibt Auskunft, wie die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen bestandes-, betrags- und rangmässig im Konkurs der Gemeinschuldnerin zu behandeln sind und ist grundsätzlich nur für das Konkursverfahren verbindlich. Eine über das konkrete Konkursverfahren hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung kommt der Kollokation nicht zu³⁰. Oder mit anderen Worten: Ob die kollozierten Forderungen effektiv bestehen und wenn ja in welcher Höhe, steht im Verantwortlichkeitsprozess nicht verbindlich fest. Kollokationsplan und Konkursinventar sind jedoch immerhin öffentliche Urkunden (Art. 8 Abs. 2 SchKG), denen öffentlicher Glaube

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016 E.3.2.

³⁰ BGE 132 III 342 E. 2.3.3. mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.275/2000 vom 24. April 2001 E. 3a.

zukommt (Art. 9 ZGB). Insofern kann die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen zumindest als Indiz für die Vergrösserung der Überschuldung Bedeutung zukommen³¹.

5. Massgeblichkeit der Liquidationswerte

Wie eingangs erwähnt, ist von den Liquidationswerten auszugehen, weil die Insolvenzanzeige zur Liquidation der Gesellschaft führt (Art. 736 Ziff. 3 und Art. 740 Abs. 5 OR). Die klagende Partei muss daher Liquidationswerte behaupten, und zwar sowohl für den Vermögensstand im Zeitpunkt der unterlassenen Überschuldungsanzeige als auch für den Vermögensstand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Alles andere geht grundsätzlich nicht³².

6. Substantiierung und Beweis; Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR

Ein grosses Thema ist die Substantiierung des Fortführungsschadens. Auf der sicheren Seite dürfte die klagende Partei sein, die sich zur Darlegung der Liquidationswerte (insbesondere im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht) auf ein Parteigutachten beruft. Mit einem Parteigutachten genügt die klagende Partei allerdings nur der Behauptungslast, aber im Bestreitungsfall nicht der Beweislast³³.

Der Nachweis des Fortführungsschadens ist regelmässig anspruchsvoll, wenn nicht sogar unzumutbar oder unmöglich. Es ist daher sowohl in der Rechtsprechung³⁴ als auch der Literatur³⁵ anerkannt, dass sich die klagende Partei im Sinn einer Beweiserleichterung auf die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR berufen kann. Gemäss dieser Bestimmung ist der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden nach Ermessen des Gerichtes mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Allerdings muss die beweisbelastete Partei alles Zumutbare vortragen, um die Schadensschätzung nachvollziehbar zu machen.

³¹ BGE 136 III 322 E. 3.3; zur Bedeutung dieser Dokumente im Kollokationsprozess vgl. im Einzelnen der sehr anschauliche Aufsatz von GLASL DANIEL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005, Forderung, 157 ff., insb. 163 ff.

³² Urteil des Bundesgerichts 2018 4A_611/2015 vom 19. April 2016 E. 3.3.1.

³³ Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, insb. E. 4.3.

³⁴ BGE 136 III 322, insb. E. 3.4.5. Auch im Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016 (insb. E. 4.3.2 letzter Satz) erwähnt das Bundesgericht die Möglichkeit der gerichtlichen Schadensschätzung, hält dann aber ohne Begründung fest, dass die Voraussetzung dafür nicht geben seien.

³⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, 5. A., Art. 754 N 21; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 372 f.

Art. 42 Abs. 2 OR entbindet nicht davon, soweit möglich sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, welche für die Existenz eines Schadens sprechen und eine Schadensschätzung ermöglichen oder erleichtern³⁶.

7. Konsequenz

1. Die Verantwortlichkeit wegen Konkursverschleppung bezieht sich oft auf Sachverhalte, die zeitlich weit zurück liegen. Die Buchhaltung und die Unterlagen der Revisionsstelle sind unter Umständen rudimentär und wenig aussagekräftig. Hinzu können Bewertungsprobleme kommen. Dies alles macht die Bezifferung des Schadens anspruchsvoll.
2. Klar ist, dass für die Schadenberechnung auf die Differenz des Vermögensstandes im Zeitpunkt der pflichtwidrig unterlassenen Insolvenzanzeige und des Vermögensstandes bei effektiver Überschuldungsanzeige abzustellen ist, wobei für beide Stichtage die Liquidationswerte massgebend sind.
3. Klar ist sodann, dass in Bezug auf den Zeitpunkt der hypothetischen Überschuldungsanzeige nicht einfach auf den am nächsten liegenden Jahresabschluss abgestellt werden darf. Vielmehr ist der hypothetische Überschuldungszeitpunkt unabhängig vom Jahresabschluss zu bestimmen und den verantwortlichen Organen eine gewisse Reaktionszeit einzuräumen.
4. Klar ist weiter, dass bei der Bestimmung des Vermögens bei der effektiven Überschuldungsanzeige nicht unbesehen auf Konkursunterlagen abgestellt werden kann. Die entsprechenden Bewertungen sind immerhin ein Indiz für den im Verantwortlichkeitsprozess interessierenden Vermögensstand.
5. Schliesslich werden die offensichtlich bestehenden Schwierigkeiten bei der Substantiierung und dem Nachweis des Fortführungsschadens durch die Möglichkeit der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR gemildert, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Beweisschwierigkeiten kann auch durch Herabsetzung des Beweismasses Rechnung getragen werden, indem sich das Gericht anstelle des Regelbeweismasses mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügt.

VI. Abschliessender Gedanke

Verantwortlichkeitsprozesse sind anspruchsvoll. Soll ein sachgerechter Entscheid resultieren, muss das Gesamtbild stimmen. Die Anspruchsvoraussetzung des Schadens ist nur eine Facette dieses Gesamtbildes. Namentlich wenn

³⁶ Anstatt vieler BGE 144 III 155 E. 2.3. mit zahlreichen Hinweisen.

eine Pflichtverletzung der eingeklagten Organe beispielsweise aufgrund eines vorangegangenen (Straf-)Verfahrens auf der Hand liegt und auch im Verantwortlichkeitsprozess zu bejahen ist, sollten die Anforderungen an die Substantiierung und den Nachweis des Schadens nicht unverhältnismässig hochgeschraubt werden. In einer solchen Konstellation können in Bezug auf die Bezifferung des Schadens Instrumente wie Schadensschätzung und/oder Beweiserleichterungen zum Tragen kommen. Allerdings ändern diese Erleichterungen nichts daran, dass es stets Sache der klagenden Partei ist, im skizzierten Rahmen den Bestand und die Höhe des Schadens darzutun und zu beweisen.

Die Kausalität, ein neues Hindernis im Verantwortlichkeitsprozess? – Zur neueren Praxis des Bundesgerichts

Peter Reichart*

Inhalt

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Einleitung | 141 |
| II. | Natürliche Kausalität | 142 |
| 1. | Fallbeispiel 1: Flightlease Cash Pool (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015) | 143 |
| 2. | Kommentare | 144 |
| III. | Kausalität bei Unterlassungen | 145 |
| 1. | Fallbeispiel 2: Revisionsstelle zeigt Kapitalverlust nicht an (Urteil des Bundesgerichts 4A_236/2015 vom 15. September 2015) | 145 |
| a) | Sachverhalt | 145 |
| b) | Kommentare | 146 |
| 2. | Fallbeispiel 3: Verlorenes Darlehen an Zahnarzt (Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019) | 148 |
| a) | Sachverhalt | 148 |
| b) | Kommentare | 149 |
| IV. | Rechtmässiges Alternativverhalten | 150 |
| 1. | Fallbeispiel 4: Entlaufene Evita verursacht Unfall (Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019) | 150 |
| 2. | Fallbeispiel 5: Swissair Cash Pool (Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019) | 151 |
| 3. | Kommentare | 152 |
| V. | Adäquater Kausalzusammenhang | 157 |
| 1. | Zusammenhang zwischen natürlicher und adäquater Kausalität | 157 |
| 2. | Bedeutung der Adäquanz im Verantwortlichkeitsrecht | 158 |
| 3. | Geringe Intensität des Kausalzusammenhangs | 159 |

* Überarbeitete Fassung des am 11. Februar 2020 an der 10. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, gehaltenen Referats. Grosser Dank gebührt Herrn MLaw VALERIO PREISIG für die Unterstützung bei der Recherche und der Redaktion dieses Beitrags.

| | |
|--|-----|
| VI. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs..... | 160 |
| VII. Fazit | 162 |
| Literaturverzeichnis..... | 162 |

I. Einleitung

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist ausservertragliche Haftung. Entsprechend gelten die allgemeinen Grundsätze, und es müssen daher auch hier Pflichtwidrigkeit, Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden vorliegen.

Dass ein Verlust entstanden ist, ist meist einfach zu sehen: die Gesellschaft ging Konkurs, die Investition war ein Reinfluss, der betrügerische Buchhalter ist mit dem Geld über alle Berge. Oft ist im Verantwortlichkeitsrecht auch die Pflichtwidrigkeit vergleichsweise einfach auszumachen. Schliesslich kann sich ein Organ wegen des objektivierten Verschuldensmassstabes kaum je mit dem Argument retten, ihn oder sie treffe kein Verschulden. Schwierig bleibt die *Verknüpfung zwischen Pflichtwidrigkeit und Verlust*, also – neben der Voraussetzung des Schadens – der Kausalzusammenhang.¹

Dass die Kausalität im Verantwortlichkeitsrecht Schwierigkeiten bereitet, ergibt sich oft dadurch, dass der Kläger eine Auswahlendung an Pflichtverletzungen behauptet. Im Bemühen, die beklagten Organe in ein schlechtes Licht zu rücken, wird breit abgehandelt, was sie während ihrer – möglicherweise langjährigen – Tätigkeit für das Unternehmen alles falsch gemacht hätten.² Damit erweist sich der Kläger keinen Dienst: Für jede Pflichtverletzung jedes beklagten Organs muss die Kausalität gesondert aufgezeigt und nachgewiesen werden; und ein Schaden kann nur ausnahmsweise auf verschiedene Pflichtverletzungen gleichzeitig zurückgeführt werden.³

In älteren Entscheiden hat das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang oft ohne nähere Begründung bejaht. Das hat sich zugunsten einer differenzierten Betrachtung geändert.⁴ In den letzten Jahren wurden deshalb immer wieder Klagen – nicht nur Verantwortlichkeitsklagen – wegen des feh-

¹ Launig wurde dazu schon bemerkt: „Bekanntlich gibt es zwei Arten von Juristen (...): diejenigen, die sich noch nicht mit der (...) Kausalität befasst haben, und diejenigen, die dies schon hinter sich haben, aber zu keinem befriedigenden Resultat gekommen sind.“ (SCHAER, Die unendliche Geschichte oder der Leidensweg der Jurisprudenz bei Schleudertraumata und psychischen Erwerbsunfähigkeiten, Teil I, SV 1993, 25, zitiert nach Frei v). – Der Autor gesteht zu, mit diesem Tagungsbeitrag vom einen in das andere Lager zu wechseln.

² Vgl. z.B. Urteil des Obergericht des Kantons Zürich LB110046 vom 8. September 2014 (Flightlease) E. V.1.3.d, „bunte[r] Strauss an Vorwürfen“.

³ Vgl. DRUEY, 86 f.; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, 494.

⁴ BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 44 m.w.H.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 418 f., 427 ff.; BÜHLER, 77.

lenden adäquaten Kausalzusammenhang abgewiesen, oder zumindest wurde in einer Eventualbegründung der Kausalzusammenhang verneint. Zuletzt etwa in folgenden Urteilen:

- 4A_372/2019 vom 19. November 2019 (Tierhalterhaftung)
- 4A_268/2018 vom 18. November 2019 (Swissair Cash Pool)
- 4A_87/2019 vom 2. September 2019 (Zahnarzt-Fall)
- 4A_603/2014 vom 11. November 2015 (Flightlease)
- 4A_236/2015 vom 15. September 2015 (Haftung Revisionsstelle)
- 4A_410/2011 vom 11. Juli 2011 (Roscor)
- 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 (SAirGroup Milliardenkredit)
- BGE 129 III 129 = Pra 2003 Nr. 105 (Haftung Revisionsstelle)

Einige dieser Entscheide werden hier vorgestellt, um ausgewählte Aspekte des Kausalzusammenhangs zu beleuchten.⁵

II. Natürliche Kausalität

Nach Lehre und Rechtsprechung ist für die natürliche Kausalität die *conditio sine qua non*-Formel massgebend. Danach ist jeder Umstand ursächlich, der nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit der eingetretene Erfolg entfiel.⁶

Der natürliche Kausalzusammenhang ist nach logischen und naturgesetzlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.⁷ Allerdings sind damit schon gewisse Wertungen verbunden.⁸ Natürliche Kausalität bedeutet mithin grundsätzliche Zurechenbarkeit einer Schädigung zu einem haftungsbegründenden Tatbestand.⁹

Der natürliche Kausalzusammenhang ist in der Praxis eine wichtige Haftungsvoraussetzung. Dennoch spielt er in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine untergeordnete Rolle, weil er Tatfrage ist.¹⁰ Feststellungen der Vorinstanz

⁵ Unmittelbar vor Redaktionsschluss kam das umfassende Werk von DANIEL SUMMERMATTER zur Kausalität heraus. Es konnte leider nur noch punktuell berücksichtigt werden.

⁶ Zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.1; 4C.70/2005, Urteil vom 18. Mai 2005 (SAirGroup Milliardenkredit) E. 3.2.1. Aus der Lehre z.B. REY/WILDHABER, N 621 m.H.

⁷ Vgl. BGE 123 III 110 E. 3.a; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 14.

⁸ REY/WILDHABER, N 624.

⁹ ROBERTO, N 06.08.

¹⁰ BSK-SCHOTT, Art. 95 BGG, N 29, 5. Lemma; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 110.

über die natürliche Kausalität binden das Bundesgericht und werden grundsätzlich nur auf Willkür überprüft.¹¹ Rechtsfrage ist einzig, ob die Vorinstanz den bundesrechtlichen Begriff der natürlichen Kausalität richtig erfasst hat.¹²

1. Fallbeispiel 1: Flightlease Cash Pool (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015)

Der Swissair-Konzern unterhielt als Teil der zentralen Konzernfinanzierung einen Cash Pool bei der UBS. Es war ein sog. physischer Cash Pool, die Bankkonti der Teilnehmergeellschaften wurden also täglich auf Null gestellt, indem die positiven bzw. negativen Saldi auf die Konti der Poolführerin (Finance B.V.) übertragen wurden („Sweep“). Die Teilnehmergeellschaften hatten danach anstelle von positiven oder negativen Kontoständen bei der UBS Forderungen bzw. Schulden gegenüber der Poolführerin Finance B.V.

Nach dem Sweep vom 28. September 2001 löste die UBS den Cash Pool-Vertrag per sofort auf. Die Bankkonti von Flightlease wiesen zu diesem Zeitpunkt einen Saldo von Null auf, hingegen hatte Flightlease Guthaben von rund CHF 68 Mio. bei Finance B.V.

Kurz danach wurde über Flightlease und weitere Gesellschaften des Swissair-Konzerns die Nachlassstundung eröffnet. Auch die Poolführerin konnte ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen. Finance B.V. ging Konkurs und Flightlease (jetzt in Nachlassliquidation) erhielt nur noch eine Konkursdividende.

Die Nachlassmasse von Flightlease machte die Organe für den Verlust der Forderungen gegen Finance B.V. verantwortlich. Unter anderem machte sie geltend, Flightlease habe ihre gesamte Liquidität in den Cash Pool abgeführt, wodurch ein enormes Klumpenrisiko der Liquidität entstanden sei.

Diesen Vorwurf verwarf das Obergericht des Kantons Zürich, weil die Eingehung eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos nicht *conditio sine qua non* für die Entstehung des geltend gemachten Schadens sei. Flightlease hätte ihre Forderungen gegen die Poolführerin auch verloren, wenn sie mit der Teilnahme am Cash Pool kein Risiko bezüglich ihrer Liquidität eingegangen wäre, weil sie z.B. noch anderweitig liquide Mittel verfügbar hatte. Es fehle deshalb an der natürlichen Kausalität.¹³

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.1 m.H.

¹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2005 vom 20. Mai 2005 E. 3; 4C.281/2004 vom 9. November 2004 E. 2.4 und 2.5.

¹³ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB110046-O vom 8. September 2014 (Flightlease) E. V.3.2.3.2.b.aa, S. 141 f.

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid.¹⁴

2. Kommentare

1) Strittig war im Flightlease-Fall unter anderem, zwischen welchen Elementen der Kausalzusammenhang eigentlich bestehen muss.

Die Klägerin hatte argumentiert, es müsse ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen zwischen der Teilnahme bzw. Aufrechterhaltung der Teilnahme am Cash Pool (Ursache) und dem Verlust der Guthaben (Wirkung). Für dieses Verständnis konnte sie sich auf Stimmen in der Lehre stützen.¹⁵ Das Obergericht Zürich hingegen erachtete als massgebend, ob zwischen der Eingehung und Aufrechterhaltung eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos und dem eingetretenen Schaden ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehe.¹⁶

Das Bundesgericht pflichtete dem Obergericht bei und stellte klar: Der natürliche Kausalzusammenhang muss bei Verschuldenshaftungen wie der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zwischen der *Pflichtverletzung* und dem Schaden bestehen. Als rechtlich relevante Ursache komme nur eine Pflichtverletzung der belangten Organe in Betracht; nur eine solche könne eine Haftung begründen. Wenn die Klägerin den beklagten Organen das Eingehen eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos als Pflichtverletzung vorwerfe, dann müsse zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen. Es erübrige sich, die Kausalität von Ursachen für den Schaden zu ergründen, die den Organen nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Denn mit der Bejahung ihrer Kausalität wäre für die Begründung einer Haftung nichts gewonnen.¹⁷

2) Die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist wie erwähnt eine Tatfrage; er ist vom Kläger zu beweisen.¹⁸ Dabei muss aber kein strikter Beweis erbracht werden, der Richter muss nicht zur „vollen Überzeugung“

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 6.1 und 6.3.

¹⁵ Vgl. z.B. FREI, N 508 (und ihr folgend BÜHLER, 70 f.): „Zwar kann auch vom Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg gesprochen werden, doch geht es dabei nicht um den natürlichen Kausalzusammenhang, denn dieser kann nur zwischen einem realen Verhalten (bzw. einem anderen haftungsbegründenden Ereignis) und einem Erfolg, nicht aber zwischen einer Pflichtwidrigkeit und einem Erfolg bestehen.“

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 (Flightlease) E. 6.2.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 (Flightlease) E. 6.2; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 42a; REY/WILDHABER, N 749.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.2.1, 3.2.3; 4C.281/2004 vom 9. November 2004 E. 2.4 und 2.5; BGE 107 II 269 E. 2.a und 2.b; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 116a ff.

gelingen. Vielmehr genügt der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit.¹⁹ Diese ist gegeben, „wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen“.²⁰ Was diese Formel im Einzelfall bedeutet, ist schwierig zu sagen; eine Wahrscheinlichkeit von 51% gilt aber nicht als überwiegend.²¹ Im Flightlease-Fall gelang der Klägerin der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des natürlichen Kausalzusammenhangs auf jeden Fall nicht.

III. Kausalität bei Unterlassungen

Bei Unterlassungen wird dem Haftpflichtigen vorgeworfen, er unterlasse die Änderung des Kausalverlaufs, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre.²² Eine Unterlassung ist also nur widerrechtlich, wenn der Haftpflichtige eine Garantenstellung innehatte und damit eine Pflicht zum Handeln.

I. Fallbeispiel 2: Revisionsstelle zeigt Kapitalverlust nicht an (Urteil des Bundesgerichts 4A_236/2015 vom 17. September 2015)

a) Sachverhalt

Die Gläubigerin einer Aktiengesellschaft, die im Dezember 1995 in Konkurs gefallen war, klagte gegen die Revisionsstelle. Die Revisionsstelle habe es versäumt, dem Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 1 OR den hälftigen Kapitalverlust anzuzeigen, woraus ein Fortsetzungsschaden entstanden sei.

¹⁹ BGE 133 III 462 = Pra 97 (2008) Nr. 27, E. 4.4.2 m.H.; BGE 119 Ib 334 = Pra 83 (1994) Nr. 74, E. 4.c.dd; REY/WILDHABER, N 623 mit Fn. 677; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 15; JENNY, 839; SUMMERMATTER, Kausalität, IV. Teil N 339.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_397/2008 vom 23. September 2008 E. 4.3; BGE 132 III 715 E. 3.2.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4D_151/2009 vom 15. März 2010 = Pra 100 (2011) Nr. 9, E. 2.4; BGE 130 III 321 E. 3.3.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_397/2008 vom 23. September 2008 E. 4.3; nach der Vorinstanz wäre offenbar eine Wahrscheinlichkeit von 70–80% als überwiegend angesehen worden, vgl. E. 4.1. In der Lehre wird verschiedentlich eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 75% gefordert (vgl. WALTER, 54; REY/WILDHABER, N 623 sowie die Nachweise bei BK-BREHM, Art. 41 OR, N 117a). Das Bundesgericht verwendet soweit ersichtlich keine – m.E. problematische – Prozentzahl.

²² OFTINGER/STARK, § 3 N 52 ff.; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 18; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, vor Art. 754–760 OR N 44.

Das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden bejahte die Pflichtverletzung. Die Revisionsstelle hatte es tatsächlich unterlassen, dem Verwaltungsrat den hälftigen Kapitalverlust anzuzeigen. Das Gericht verneinte jedoch den adäquaten Kausalzusammenhang, weil der Verwaltungsrat über die schlechte finanzielle Situation informiert war und nicht anders gehandelt hätte, wenn die Revisionsstelle ihn auf die Pflicht, eine Generalversammlung einzuberufen, aufmerksam gemacht hätte.

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid am 15. September 2015 – fast 20 Jahre nachdem die fragliche Aktiengesellschaft Konkurs gegangen war.

b) Kommentare

1) Die Revisionsstelle hatte eine pflichtwidrige *Unterlassung* begangen. Der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden wird in diesen Fällen bejaht, wenn die unterlassene Handlung, wäre sie erfolgt, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Ausbleiben des Schadens geführt hätte.²³

Das ist nach der Rechtsprechung eine Tatfrage. Weil aber mit dieser Feststellung des hypothetischen Zusammenhangs bereits ein Werturteil gefällt wird (das bei Handlungen erst bei der Prüfung der Adäquanz notwendig wird), ist es in der Regel nicht mehr sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.²⁴

Das Bundesgericht konnte sich deshalb damit begnügen, die Beweiswürdigung der Vorinstanz wiederzugeben. Es zeichnete nur noch nach, gestützt auf welche Beweise die Vorinstanz geschlossen hatte, dass der Fortsetzungsschaden der Gläubiger auch eingetreten wäre, wenn die Revisionsstelle auf den Kapitalverlust hingewiesen hätte.²⁵

Das Bundesgericht bestätigte denn auch erst kürzlich seine konstante Rechtsprechung, wonach die Feststellungen des Sachrichters zur Kausalität von Unterlassungen für das Bundesgericht bindend sind. Nur wenn die hypothetische Kausalität *ausschliesslich* gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung –

²³ BGE 141 V 51 E. 8.1; 132 III 715 E. 3.2; 124 III 155 E. 3.d; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 43.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3; BGE 141 V 51 E. 8.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2; BGE 132 III 715 E. 2.3; vgl. auch schon Urteil des Bundesgerichts 4C.177/1991 vom 5. November 1991 E. 4.c m.H.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_236/2015 vom 15. September 2015 E. 3.4 f.

und nicht gestützt auf Beweismittel – festgestellt wird, unterliegt die hypothetische Kausalität als Rechtsfrage der freien Überprüfung durch das Bundesgericht.²⁶

Das bedeutet, dass dem Sachrichter bei der Beurteilung der Kausalität von Unterlassungen grösseres Gewicht zukommt als bei Handlungen. Dies weil die Wertungen, die bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs in das Urteil einfließen (und die bei Handlungen typischerweise erst mit der Adäquanz geprüft werden), der Überprüfung durch das Bundesgericht grundsätzlich entzogen sind.²⁷

Allerdings: ob das Bundesgericht sich dann wirklich immer an diese Selbstbeschränkung hält, wenn es den adäquaten Kausalzusammenhang bei Unterlassungen überprüfen will, scheint mir nicht sicher.²⁸

2) Bei der Substantiierung des hypothetischen Kausalzusammenhangs bei Unterlassungen stellt die Rechtsprechung tiefere Anforderungen als üblich; Sachvorbringen sind ausnahmsweise auch dann ausreichend substantiiert, wenn die bestehenden Lücken erst noch durch das Beweisverfahren geschlossen werden müssen.²⁹ Angesichts der hypothetischen Natur des Geschehensablaufs bei pflichtgemäsem Handeln kann der Geschädigte sodann alternativ verschiedene Handlungsweisen und Szenarien behaupten, die nach seiner Behauptung zur Vermeidung des behaupteten Schadens geführt hätten.³⁰ Zu beweisen hat der Geschädigte den hypothetischen Kausalzusammenhang dann aber natürlich immer noch.³¹

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_65/2019 vom 18. Februar 2020 E. 4.3; 4A_87/2019, Urteil vom 2. September 2019 E. 4.1.3; 4A_236/2015 vom 15. September 2015 E. 3.3; BGE 141 V 51 E. 8.1 f. (hypothetische Kausalität trotz freier Prüfung bejaht); Urteil des Bundesgerichts 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.3; 4A_464/2008 vom 22. Dezember 2008 = Pra 98 (2009) Nr. 67, E. 3; BGE 132 III 305 E. 3.5; 132 III 715 E. 2.3; 129 III 129 = Pra 92 (2003) Nr. 105, E. 8 (hypothetische Kausalität offenbar als Rechtsfrage behandelt); BGE 126 III 10 E. 2.b.

²⁷ Vgl. BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 19.

²⁸ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 3.3-3.5; 4A_464/2008 vom 22. Dezember 2008 = Pra 98 (2009) Nr. 67, E. 3; 4C.118/2005 vom 8. August 2005 E. 4.4.

²⁹ Vgl. GULDENER, 167.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2 ff.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

2. Fallbeispiel 3: Verlorenes Darlehen an Zahnarzt (Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019)

Der folgende Fall, bei dem es um eine Haftung aus Vertrag ging, illustriert die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Handlungen und Unterlassungen.

a) Sachverhalt

Der Darlehensnehmer, Zahnarzt C, sollte von einem Freund zwei Darlehen über total USD 4 Mio. erhalten. C gab dem Darlehensgeber bei Vertragsschluss die Nummer eines Kontos bei der Bank B an, auf welches die Darlehen ausbezahlt werden sollten. Den Namen des Kontoinhabers nannte er nicht. Der Darlehensgeber ging offenbar davon aus, das Konto gehöre dem C.

Die Darlehen wurden von der Hausbank des Darlehensgebers per SWIFT an die Bank B überwiesen. Diese schrieb die Beträge dem bezeichneten Konto gut. Sie stützte sich dabei allein auf die Kontonummer und ignorierte, dass in der SWIFT-Mitteilung C als Begünstigter angegeben war, das Konto diesem aber gar nicht gehörte. Trotz dieser Inkongruenz gelangte die Darlehensvaluta unbestrittenermassen in den Herrschaftsbereich von C. Beim Kontoinhaber handelte es sich nämlich um den Anwalt von C, und dieser verfügte über die erhaltenen Geldbeträge gemäss dessen Weisungen.

Der Darlehensgeber konnte die Darlehen nur teilweise von C zurückholen. Er klagte deshalb gegen die Bank B. Diese habe es pflichtwidrig unterlassen, die im SWIFT-Verfahren vorgesehene doppelte Prüfung (d.h. Prüfung von Kontonummer *und* Name des Begünstigten) vorzunehmen. Sie hätte das Geld nicht gutschreiben dürfen, sondern an die Absenderbank retournieren müssen. Wenn sie das getan hätte, hätte der Darlehensgeber keinen Schaden erlitten.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab, was das Bundesgericht bestätigte.³² Zwar hatte die Bank B die (in casu unbestrittene) Pflicht verletzt, sich vor Ausführung des SWIFT-Auftrages zu vergewissern, dass Name des Begünstigten und Kontonummer übereinstimmen. Das aber diene nicht dem Schutz davor, dass ein Darlehen nicht zurückbezahlt werden könne.

³² Urteil des Kreisgerichts St. Gallen OV.2016.24 vom 11. September 2017; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BO.2017.52 vom 10. Januar 2019; Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019.

b) *Kommentare*

1) Die Parteien und die Vorinstanzen hatten aufgrund der Inkongruenz zwischen dem Namen des Kontoinhabers und der Kontonummer eine pflichtwidrige *Unterlassung* der Bank angenommen. Sie habe es unterlassen, die Kongruenz zu prüfen. Das Bundesgericht sah darin aber eine pflichtwidrige *Handlung*, nämlich die Ausführung einer Zahlung trotz fehlender Kongruenz der Kontoangaben.³³

Bei der Prüfung der Kausalität ist wie erwähnt wesentlich, ob eine Handlung oder eine Unterlassung infrage steht.³⁴ Ob das eine oder das andere vorliegt, erachtet das Bundesgericht – wie dieser Entscheid zeigt – als Rechtsfrage und prüft diese frei³⁵.

Die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ist allerdings oft schwierig und zum Teil geradezu arbiträr; ein Geschehen kann oft sowohl als fehlerhaftes Tun als auch als Unterlassen des gebotenen Handelns betrachtet werden.³⁶ In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen, fahrlässige Handlungen allgemein als Unterlassungen zu qualifizieren, da die Fahrlässigkeit stets auf der Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt beruhe.³⁷ In der Rechtsprechung des Bundesgerichts fand dieser Vorschlag bislang aber keine Beachtung.

Es bleibt also dabei, dass in der Praxis zwischen Handlungen und Unterlassungen unterschieden wird, was Auswirkungen hat auf die Behauptungs- und Substantiierungslast und auf die Beweislage (vgl. oben II.2 und III.1.b). Man kann sich als Partei zwar überlegen, ob man ein Tun oder ein Unterlassen argumentieren will. Die Gerichte können das dann aber trotzdem anders einordnen.

2) Die Klägerin hatte argumentiert, mit der erstellten Sorgfaltspflichtverletzung sei die hypothetische Kausalität zu vermuten, weshalb eine Beweislast-

³³ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2.

³⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2; vgl. SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen, 289 Fn. 2.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2. Dies, obwohl der Kläger der Beklagten eine Unterlassung vorgeworfen hatte, und beide Vorinstanzen den Anspruch unter dieser Prämisse geprüft hatten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019, Sachverhalt lit. B.b.a; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BO.2017.52 vom 10. Januar 2019 E. III.2.b.aa.).

³⁶ ROBERTO, N 06.10 f.; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 18. Eingehend SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen, 289 ff.

³⁷ ROBERTO, N 06.10.

umkehr eintrete.³⁸ Das Bundesgericht verwarf diese Auffassung. Diese Klarstellung ist gerade in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hilfreich: Die ältere Rechtsprechung ging zum Beispiel von der Vermutung aus, dass der Verwaltungsrat bei Vorliegen eines korrekten Revisionsberichts seine Pflicht erfüllt und auf Hinweise der Revisionsstelle hin die notwendigen Massnahmen ergriffen hätte.³⁹ Das gilt heute nicht mehr einfach so.

IV. Rechtmässiges Alternativverhalten

Mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens macht der Schädiger geltend, der Schaden wäre auch eingetreten, wenn er sich pflichtgemäss verhalten hätte. Zu diesem Thema bieten zwei neue Fälle Anschauungsmaterial, einer zur Tierhalterhaftung und einer zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

1. Fallbeispiel 4: Entlaufene Evita verursacht Unfall (Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019)

Das rechtmässige Alternativverhalten ist in Art. 56 OR (Tierhalterhaftung) ausdrücklich normiert: Der Halter haftet für den von einem Tier angerichteten Schaden, wenn er nicht nachweist, dass er entweder (1) alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet hat oder dass (2) der Schaden *auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten* wäre. Die Tierhalterhaftung bietet deshalb immer wieder Anwendungsfälle für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens. So auch in einem Fall, den das Obergericht des Kantons Bern zu beurteilen hatte:⁴⁰

Zwei Pferde waren ihrer Pferdeweide entlaufen. Ein Motorradfahrer kollidierte später mit einem der Pferde (namens Evita) und verletzte sich erheblich.

Die Umzäunung der Pferdeweide hatte nicht die vorgeschriebene Mindesthöhe; der Tierhalter hatte also nicht alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet. Allerdings hatte die Vorinstanz festgestellt, dass die Pferde in Panik geraten waren, weil Kühe von einer benachbarten Wiese in ihre Weide eingedrungen waren. In diesem Panikzustand hätten sie auch einen

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3.2; BGE 132 III 715 E. 3.2.2; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BO.2017.52 vom 10. Januar 2019 E. III.2.b.bb.bbb.

³⁹ BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 44; BÜHLER, 77; ferner BÄRTSCHI, 229.

⁴⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 19 80 vom 19. Juni 2019.

ordnungsgemäss errichteten Zaun durchbrochen. Der Schaden wäre also auch bei Anwendung aller Sorgfalt eingetreten; die Sorgfaltspflichtverletzung war daher nicht kausal für den Unfall.

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid.⁴¹

2. Fallbeispiel 5: Swissair Cash Pool (Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019)

Swissair hatte im oben II.1. angesprochenen Cash Pool des Swissair-Konzerns ebenfalls Guthaben gegenüber der Poolführerin, die sie nach dem Zusammenbruch in Höhe von rund CHF 178 Mio. nicht mehr eintreiben konnte. Sodann hatte Swissair bei der Konzernobergesellschaft SAirGroup Festgelddarlehen von rund CHF 103 Mio.

Diese Beträge klagte die Nachlassmasse von Swissair gegenüber den Organen ein. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mangels Pflichtverletzung und Schaden ab. In einer Alternativbegründung verneinte es auch den Kausalzusammenhang.⁴² Das Handelsgericht erachtete dabei als nachgewiesen, dass

- Swissair ihren Flugbetrieb im Interesse der Gläubiger unter allen Umständen aufrechterhalten musste; und dass
- für die Aufrechterhaltung des Flugbetriebs namhafte finanzielle Mittel erforderlich gewesen wären.

Es folgte aus diesen Tatsachen, dass die adäquate Kausalität fehle, da die Swissair-Gläubiger auch bei dem von der Klägerin geforderten rechtmässigen Verhalten der Beklagten (Austritt aus dem Cash Pool und Nichterneuerung der Festgeldanlagen) nicht besser gestellt gewesen wären, weil die Guthaben ohnehin hätten aufgebraucht werden müssen.

Das Bundesgericht erklärte, das sei nicht zu beanstanden.⁴³

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019.

⁴² Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. VII, S. 155 ff.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2.

3. Kommentare

1) Heute gilt als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsverständnisses, dass keine Haftung greift, wenn der Haftpflichtige beweist, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten.⁴⁴

Als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsverständnisses kann der Einwand sowohl bei ausservertraglichen als auch bei vertraglichen Haftungen erhoben werden. So ist der Einwand des beklagten Anwaltes, der Prozess wäre auch verloren gegangen, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre, ein klassisches Beispiel für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens im Vertragsrecht.⁴⁵ Auch bei einer pflichtwidrigen Anlageberatung kann der Berater einwenden, der Kunde hätte bei ordnungsgemässer Aufklärung und Beratung andere Wertschriften erworben, mit denen er ebenfalls zu Verlust gekommen wäre.⁴⁶ Ebenso kann das Organ im Verantwortlichkeitsprozess einwenden, der Schaden wäre auch eingetreten, wenn es sich rechtmässig verhalten hätte.⁴⁷

2) Bei *Unterlassungen* besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens eine Frage des natürlichen (d.h. des hypothetischen) Kausalzusammenhangs ist. Bei *Handlungen* ist die dogmatische Einordnung hingegen umstritten: hier wird der Einwand teils ebenfalls als Problem des natürlichen Kausalzusammenhangs gesehen. Der natürliche Kausalzusammenhang fehle, wenn die Schädigung selbst mit korrektem Handeln nicht hätte vermieden werden können.⁴⁸ Ein anderer Teil der Lehre nimmt an, es gehe um eine Frage des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.⁴⁹

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019 E. 2.1; 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2; BGE 131 III 115 E. 3.1; vgl. bereits BGE 119 II 255 = Pra 83 (1994) Nr. 61, E. 4.b und dazu BÄRTSCHI, 229 mit Fn. 1204; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149h.

⁴⁵ BÜHLER, 73 f.

⁴⁶ Vgl. ABEGGLEN, 90 ff.; ROBERTO, N 06.24.

⁴⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. VII.4, S. 157; vgl. auch schon ZR 88 (1989) Nr. 65 E. 3. – Das entspricht der Rechtslage in Deutschland, vgl. BGH II ZR 24/17, Urteil vom 10. Juli 2018, Rz 38 ff.

⁴⁸ BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 29a; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149h; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 42b; BÄRTSCHI, 228.

⁴⁹ STUDHALTER, 214 f.; ROBERTO, N 06.27; FREI, N 507 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019 E. 2.1. Daneben gibt es weitere Positionen in der Lehre, vgl. BÜHLER, 70 f.; JENNY, N 720 f., 838. – Die unterschiedlichen Lehrmeinungen sind teilweise auf eine unterschiedliche Umschreibung der natürlichen Kausalität zurückzuführen; vgl. dazu oben II.2.

Das Bundesgericht prüft die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens jeweils im Kontext mit der natürlichen Kausalität.⁵⁰ Das bedeutet, dass das rechtmässige Alternativverhalten grundsätzlich eine *Tatfrage* darstellt.⁵¹ Entsprechend konnte sich das Bundesgericht im *Swissair Cash Pool-Fall* mit der Aussage begnügen, es sei „nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz mit Blick auf die von ihr getroffenen Sachverhaltsfeststellungen mit diesen Erwägungen das Vorliegen eines (...) kausal verursachten Schadens verneinte.“

3) Im *Swissair Cash Pool-Fall* war die Frage der Beweislast nicht relevant, weil aufgrund von unbestrittenen Sachverhaltselementen auf das rechtmässige Alternativverhalten geschlossen wurde. Dennoch einige Bemerkungen dazu:

Nach einer in Rechtsprechung und Lehre verbreiteten Formel trägt der Schädiger die Beweislast für das rechtmässige Alternativverhalten; er müsse nachweisen, dass der Erfolg auch bei pflichtgemässem Verhalten eingetreten wäre.⁵² Das ist allerdings verkürzt, nicht immer trägt der Schädiger die Beweislast.⁵³

a) Dass der Schädiger das rechtmässige Alternativverhalten nachweisen muss, gilt nicht bei Unterlassungen:⁵⁴ Bei Unterlassungen geht es beim rechtmässigen Alternativverhalten wie gesehen um eine Frage der hypothetischen Kausalität. Dafür hat nach allgemeinen Grundsätzen der Geschädigte den Beweis zu erbringen. Der Geschädigte muss deshalb zeigen, dass pflichtgemässes Handeln mit überwiegender Wahrchein-

⁵⁰ Ohne sich allerdings zur dogmatischen Einordnung explizit zu äussern; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_372/2019 vom 19. November 2019 E. 2.1 (ebenso Vorinstanz Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 19 80 vom 19. Juni 2019 E. 6.1.2); 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2; 4D_67/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.1, 2.4; 4A_61/2009 vom 26. März 2009 E. 5.2; BGE 131 III 115 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.53/2003 vom 25. Juni 2003 (Spar- und Leihkasse Thun) E. 6; vgl. GERICKE/WALLER, 284. – Im *Swissair Cash Pool-Entscheid* heisst es allgemeiner, dieses Thema sei „im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs zu prüfen“ (Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.3).

⁵¹ JUTZI/MÜLLER, 1032; a.A. BÜHLER, 81.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.2.1; BGE 131 III 115 E. 3.1; JUTZI/MÜLLER, 1032; BÜHLER, 83; vgl. auch die Verweise bei STUDHALTER, 273, Fn. 1606.

⁵³ Vgl. differenzierend STUDHALTER, 274 ff. und ihm folgend BÜHLER, 82 f.; vgl. auch BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 29a.

⁵⁴ KRAMER, 300.

lichkeit den eingetretenen Erfolg verhindert hätte.⁵⁵ Der Schädiger kann demgegenüber den *Gegenbeweis* antreten, dass der Schaden unabhängig von seinem Verhalten eingetreten wäre.⁵⁶

b) Im Strafrecht muss der Staat bei Unterlassungen nachweisen, dass der verpönte Erfolg hätte abgewendet werden können, wenn der Täter die ihm gebotene Pflicht zu handeln beachtet hätte. Unterlassungen sind dann kausal, wenn der Eintritt des deliktischen Erfolgs bei pflichtgemäsem Handeln mit grosser Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können.⁵⁷ Das gilt auch bei einer fahrlässig begangenen Körperverletzung: Der Staat muss nachweisen, dass diese durch korrektes Verhalten des Täters hätte vermieden werden können.⁵⁸ Gleichermassen muss m.E. auch im Haftpflichtrecht gelten, dass der Schaden dem Schädiger nur zugerechnet werden kann, wenn mindestens eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Schädigung bei rechtmässigem Alternativverhalten ausgeblieben wäre.⁵⁹

4) Betreffend Beweismass heisst es in Rechtsprechung und Lehre verschiedentlich, der Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens müsse strikt erbracht werden.⁶⁰

Diese Formel stammt soweit ersichtlich aus der Tierhalterhaftung, wo strenge Beweisanforderungen an den Entlastungsbeweis gelten.⁶¹ Der Tierhalter schafft nämlich – im eigenen ökonomischen oder Affektions-Interesse – ein Risiko für sein Umfeld, weil Tiere oft unberechenbar sind und durch ihr Verhalten gefährlich werden können. Entsprechend ist es billig, dass diese besondere Gefahr durch eine besondere, strengere Haftungsregel sanktioniert wird.⁶² Dass der Entlastungsbeweis hier „strikt“ erfolgen muss, soll damit pri-

⁵⁵ STUDHALTER, 274 f.; KRAMER, 295 f.; BÖCKLI, Neuerungen, 23 f.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3; vgl. auch Kantonsgericht St. Gallen BO.2017.52, Urteil vom 10. Januar 2019, S. 11 f. (wobei das Gericht im Gegensatz zum Bundesgericht von einer Unterlassung ausging, siehe oben III.2.b); ZBGR 67 (1986) Nr. 21, E. 6.

⁵⁶ So ist m.E. BGE 129 III 129 = Pra 92 (2003) Nr. 105, E. 8 zu verstehen; vgl. auch SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen, 289 Fn. 2; SUMMERMATTER, Kausalität, II. Teil N 512.

⁵⁷ BGE 109 IV 137 E. 2a; 108 IV 3 E. 2; Praxis Komm.-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 11 StGB N 18; BSK-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 StGB, N 110; CR-CASSANI, Art. 11 CP, N 57 ff.

⁵⁸ BGE 116 IV 306 E. 2; 105 IV 18 E. 3 und dazu KRAMER, 293 und 299 Fn. 38.

⁵⁹ BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 29a a.E.

⁶⁰ BGE 131 III 115 E. 2.1 und 3.3; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 29a; JENNY, N 723; vgl. SUMMERMATTER, Kausalität, IV. Teil, N 340.

⁶¹ BGE 131 III 115 E. 3.3; 110 II 136 = Pra 73 (1984) Nr. 172, E. 2.a; 102 II 232 E. 1; vgl. BK-BREHM, Art. 56 OR, N 52.

⁶² BK-BREHM, Art. 56 OR, N 4.

mär aus rechtspolitischen Gründen sicherstellen, dass der Tierhalter wirklich alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um sich entlasten zu können.

Die Formel kann m.E. aber nicht unbesehen auf die Frage der Kausalität bei anderen Haftungsarten übertragen werden, namentlich nicht auf die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Beim rechtmässigen Alternativverhalten wird nämlich ein hypothetischer Kausalverlauf (bei angenommenem rechtmässigen Verhalten) mit einem tatsächlichen Kausalverlauf (bei erstelltem pflichtwidrigen Verhalten) verglichen. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein strikter Beweis hier kaum möglich ist.⁶³ Es kann mithin für den Nachweis des hypothetischen Kausalverlaufs (soweit den Schädiger überhaupt die Beweislast trifft) nicht mehr verlangt werden als der *Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*.⁶⁴

M.E. zeigt die Rechtsprechung denn auch, dass der Schädiger in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit tatsächlich keinen strikten Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens antreten muss.⁶⁵

5) Im referierten Swissair Cash Pool-Fall ist bemerkenswert, dass das Handelsgericht die weitere Entwicklung der Geschehnisse in die Argumentation einbezog:⁶⁶

Wenn die Swissair – wie von der Klägerin gefordert – ihre Cash Pool-Guthaben (...) nicht der Finance BV zur Verfügung gestellt hätte und die Festgeld-Anlagen bei der SAirGroup (...) im September 2001 nicht erneuert hätte, hätten diese Guthaben für die Weiterführung des Flugbetriebes eingesetzt werden müssen und wären dabei vollständig aufgebraucht worden. Aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass die Swissair die erwähnten Beträge im Interesse der Gläubiger für die Weiterführung des Flugbetriebes hätte verwenden müssen und dass diese Gelder dabei aufgebraucht worden wären, entfällt eine Haftung der Beklagten. Der eingeklagte Schaden wäre

⁶³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.5: „... verkennt die Vorinstanz die Eigenheit hypothetischer Kausalverläufe, die sich nie unmittelbar beweisen und feststellen lassen“; vgl. ferner SUMMERMATTER, Kausalität, IV. Teil, N 342, 345.

⁶⁴ BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149h; im Ergebnis ähnlich JUTZI/MÜLLER, 1032; FREI, N 514; BÜHLER, 83; vgl. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 267/2002 vom 21. Januar 2004 E. 6.2 und bereits ZR 88 (1989) Nr. 65, E. 3.a und 3.b („höchstwahrscheinlich“). – Zur Problematik der Terminologie bezüglich Beweismass vgl. WALTER, 52 ff.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.177/1991 vom 5. November 1991 E. 4.c; ZR 88 (1989) Nr. 65 E. 3.a.

⁶⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. VII.4.3.c, S. 160 f.

auch bei dem von der Klägerin geforderten rechtmässigen Alternativverhalten eingetreten, weshalb es an der Haftungsvoraussetzung der adäquaten Kausalität fehlt.

Es wurden somit nicht nur die Handlungsalternativen (1) Einschiessen Guthaben in Cash Pool und (2) Nichteinschiessen Guthaben in Cash Pool verglichen, um festzustellen, ob der gleiche Schaden bewirkt worden wäre. Ausschlaggebend war vielmehr, dass das Geld *später* ohnehin verbraucht worden wäre.

Spätere Entwicklungen werden aber beim rechtmässigen Alternativverhalten in der Regel nicht berücksichtigt.⁶⁷ Auch hier wäre der gedachte Geschehensablauf wohl ein wesentlich anderer gewesen, denn die Swissair hätte, wenn sie noch Geld gehabt hätte, länger fliegen können. M.E. geht es hier deshalb auch nicht um rechtmässiges Alternativverhalten, sondern um einen Anwendungsfall von hypothetischer Kausalität. Hypothetische (oder überholende) Kausalität liegt vor, wenn eine Rechtsgutverletzung später aus einem anderen Grund (der sog. Reserveursache) *ohnehin* eingetreten wäre.⁶⁸

Eine überholende Kausalität, die im Risikobereich des Geschädigten liegt, kann unter Umständen berücksichtigt werden, im allgemeinen Haftpflichtrecht namentlich bei der sog. konstitutionellen Prädisposition. Überholende Kausalität ist aber nicht bei der Kausalität, sondern gemäss Bundesgericht bei der Berechnung bzw. Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.⁶⁹

Das Bundesgericht schützte die Auffassung des Handelsgerichts im Ergebnis. Weil unbestritten war, dass Swissair den Flugbetrieb im Interesse der Gläubiger unter allen Umständen aufrechterhalten musste und dafür namhafte finanzielle Mittel erforderlich gewesen wären, fehlte es (auch) am Kausalzusammenhang.⁷⁰ Im Ergebnis halte ich diesen Entscheid denn auch für absolut richtig.

⁶⁷ Vgl. z.B. BGHZ 29, 215 (zitiert bei HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 64): „Bei Ersatzansprüchen für die Zerstörung einer Sache sind hypothetische Umstände regelmässig unerheblich, weil mit dem Eingriff sogleich der Anspruch auf Schadenersatz entstanden war und das Gesetz den späteren Ereignissen keine schuldtilgende Kraft beigelegt hat. Spätere Ereignisse und ihre hypothetische Einwirkung auf den Ablauf der Dinge sind nur bei der Berechnung des entgangenen Gewinns, bei der Ermittlung des Schadens aus fortwirkender Erwerbsminderungen oder aus dem Ausfall ähnlicher langandauernder Vorteile von Bedeutung.“; vgl. auch BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149h; FREI, N 510.

⁶⁸ REY/WILDHABER, N 715; ROBERTO, N 06.17; FREI, N 510 f.; SUMMERMATTER, Kausalität, II. Teil N 459.

⁶⁹ ROBERTO, N 06.20 m.H.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2.

V. Adäquater Kausalzusammenhang

1. Zusammenhang zwischen natürlicher und adäquater Kausalität

Ist der natürliche Kausalzusammenhang erstellt, ist nach konstanter Rechtsprechung zu fragen, ob dieser auch „adäquat“ ist. Diese Generalklausel muss im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit konkretisiert werden. Es geht um ein Werturteil; es soll im Einzelfall eine billige Zurechnungsentscheidung gefällt werden.⁷¹ Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist eine Begrenzung der Haftung.⁷² Als Rechtsfrage unterliegt sie der freien Prüfung durch das Bundesgericht.⁷³

Die Adäquanztheorie wird in der Lehre seit längerem kritisiert. Aus Kausalitätsüberlegungen liessen sich die Entscheidungen der Gerichte meist nicht herleiten; die Adäquanz erscheine bloss als nachträgliche Scheinbegründung⁷⁴. Sie hat sich jedoch in der schweizerischen Rechtsprechung durchwegs etabliert.⁷⁵

Fehlt die natürliche Kausalität, erübrigt sich die Prüfung der Adäquanz.⁷⁶ Das ist in Entscheidbegründungen oft nicht klar ersichtlich, weil in einer Kurzformel gesagt wird, der adäquate Kausalzusammenhang fehle bzw. sei gegeben, ohne dass natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang auseinandergehalten würden.⁷⁷

Es ist aber keineswegs müssig, diese Prüfreihefolge zu betonen, denn es gibt gerade im Verantwortlichkeitsrecht Konstellationen, in denen zwar allenfalls die Adäquanz bejaht werden könnte, aber der natürliche Kausalzusammenhang fehlt:

⁷¹ BGE 143 III 242 = Pra 107 (2018) Nr. 115, E. 3.7; 142 III 433 E. 4.5; 123 III 110 E. 3.a.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.3; BGE 142 III 433 E. 4.5; 138 III 276 E. 4; 123 III 110 E. 3.a; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 120. Zur Kritik an der Adäquanztheorie ROBERTO, N 06.54 ff.

⁷³ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.2; BGE 143 III 242 = Pra 107 (2018) Nr. 115, E. 3.7.

⁷⁴ ROBERTO, N 06.49.

⁷⁵ REY/WILDHABER, N 663 ff.; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 16a.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.2; 4C.108/2005 vom 20. Mai 2005 E. 3.2; BGE 107 II 269 E. 3; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 120; REY/WILDHABER, N 642 ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 7.2. Auch in der Lehre wird zum Teil nicht differenziert, vgl. z.B. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 91 ff.

Im Fall Flightlease wurde wie oben II.1 ausgeführt der Vorwurf erhoben, die Gesellschaft habe ihre gesamte Liquidität in den Cash Pool abgeführt, sie sei mithin ein Klumpenrisiko der Liquidität eingegangen.⁷⁸ Wenn eine Gesellschaft ihre gesamte Liquidität einem Dritten überlässt, ist an sich naheliegend, dass ihr ein Schaden entstehen kann, wenn sie von einem Tag auf den anderen ihre gesamte Liquidität verliert. Die Adäquanz könnte somit bejaht werden. Aber: Der Verlust der Guthaben im Cash Pool war unabhängig davon, ob diese Guthaben einen kleinen Teil der Liquidität der Gesellschaft ausmachten, einen grossen Teil oder sogar die gesamte Liquidität. Es fehlte am natürlichen Kausalzusammenhang, weshalb die Adäquanz nicht mehr geprüft werden musste.

2. Bedeutung der Adäquanz im Verantwortlichkeitsrecht

Im Verantwortlichkeitsrecht wird bloss selten eine Inadäquanz festgestellt.⁷⁹ Das hat mehrere Gründe:

1) Generell stellt die Rechtsprechung nur geringe Anforderungen an die Adäquanz, sie scheint in der neueren Rechtsprechung sogar noch an Bedeutung zu verlieren. Nach jüngsten Entscheiden ist die Adäquanz zu bejahen, wenn die betreffende Ursache *„nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“*.⁸⁰

Das ist eine kleine, aber nicht unerhebliche Änderung gegenüber früheren Umschreibungen, wo als haftungsbegründend die Ursache bezeichnet wurde, die *„nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint“*.⁸¹

2) Singuläre Schadensfolgen sind zwar nicht adäquat, auch wenn die Ursache *„an sich“* geeignet wäre, einen solchen Schaden herbeizuführen.⁸² Das Bundesgericht hat aber schon wiederholt aussergewöhnliche Kausalzusammen-

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 6.1 und 6.3.

⁷⁹ FORSTMOSER, N 269; BÄRTSCHI, 232; ROBERTO, N 06.39a.

⁸⁰ So BGE 142 III 433 E. 4.5 m.H.; REY/WILDHABER, N 633 m.H.

⁸¹ ROBERTO, N 06.37; OFTINGER/STARK, § 3 N 15.

⁸² KRAMER, 308.

hänge für adäquat erklärt.⁸³ In BGER 4A_87/2019 heisst es nun: „Es ist nicht notwendig, dass dieser Erfolg regelmässig oder häufig eintritt. Er muss aber in den Bereich des objektiv und vernünftigerweise Vorausssehbaren fallen.“⁸⁴

Entscheidend ist somit nicht die subjektive Vorhersehbarkeit, sondern die objektive Eignung. Die Beurteilung der Adäquanz erfolgt also *ex post*, d.h. mittels einer objektiven nachträglichen Prognose.⁸⁵ Die Adäquanz wird damit verwischt durch den hindsight bias: Im Nachhinein betrachtet erscheint kaum mehr eine Ursache als inadäquat.⁸⁶ Diese *ex post*-Beurteilung der Adäquanz verträgt sich nur schlecht mit dem anerkannten Grundsatz, dass bezüglich Pflichtverletzung auf die Kenntnisse und die Massstäbe zum Zeitpunkt der angeblich pflichtverletzenden Verhaltensweise abzustellen ist.⁸⁷

3) Im allgemeinen Haftpflichtrecht schränkt das Bundesgericht insbesondere bei Reflexschäden („Folge der Folge des Unfalls“) die Haftung gestützt auf eine Verneinung der Adäquanz ein. Es bestehe hier die Gefahr einer Ausuferung der Haftung und das Bedürfnis nach einer vernünftigen Haftungsbegrenzung.⁸⁸ Solche Fallkonstellationen sind im Verantwortlichkeitsrecht nur schwer vorstellbar, möglicherweise etwa, wenn ein Dritter einen Direktschaden geltend macht.

4) Wesentlich ist schliesslich, dass bei Unterlassungen, die im Verantwortlichkeitsrecht eine grosse Rolle spielen, in der Regel die Adäquanz nicht selbstständig geprüft wird, sondern diese Prüfung mit der Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs zusammenfällt (siehe oben III.1.b). Entsprechend wird die Adäquanz von Unterlassungen in der Praxis des Bundesgerichts nur noch beschränkt zum Thema.

3. Geringe Intensität des Kausalzusammenhangs

Im Prinzip kann eine geringe Intensität des Kausalzusammenhangs zu einer Herabsetzung der Haftung nach Art. 43 und 44 OR führen.⁸⁹ Auf diese Weise könne der Richter eine ausgewogene Lösung finden, indem er in einem Grenz-

⁸³ REY/WILDHABER, N 648 ff.; ROBERTO, N 06.38; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 124 ff.

⁸⁴ Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_65/2019 vom 18. Februar 2020 E. 5.1.

⁸⁵ REY/WILDHABER, N 655 f.; ROBERTO, N 06.38; BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 16; OFTINGER/STARK, § 3 N 22; FELLMANN/KOTTMANN, N 425 ff.

⁸⁶ REY/WILDHABER, N 647.

⁸⁷ Vgl. BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 31c und vor Art. 754 OR N 3a.

⁸⁸ BGE 142 III 433 E. 4.5; 138 III 276 E. 4.

⁸⁹ BGE 123 III 110 E. 3.c; REY/WILDHABER, N 654; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 124c, 128.

fall zugunsten des Geschädigten zwar die Adäquanz bejahe, den Schadenersatz aber herabsetze.⁹⁰ Praktisch hat das in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bis heute keine Bedeutung.

Das erstaunt, denn bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird oft ein geradezu grotesker Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden herbeigeredet. Swissair bietet dazu ein Extrembeispiel: Frau D. stiess gegen Ende Juni 2001 als Finanzchefin zum Konzern, drei Monate vor dem Zusammenbruch.⁹¹ Sie wurde in der Folge in mehrere Verantwortlichkeitsprozesse verwickelt und dabei auf eine Gesamtsumme von hunderten von Millionen Franken verklagt. Dass Frau D. in drei Monaten einen Schaden in dieser Höhe verursacht haben könnte, ist nur sehr schwer zu glauben. Ein allfälliger Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem behaupteten Schaden wäre daher wohl bloss entfernt gewesen.

Die Klagen gegen Frau D. wurden alle aus anderen Gründen abgewiesen, so dass sich die Frage nicht stellte. Es bleibt also abzuwarten, ob die geringe Intensität des Kausalzusammenhangs im Verantwortlichkeitsrecht je entscheidungsrelevant wird.

VI. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

1) Nach Lehre und Rechtsprechung kann ein an sich gegebener adäquater Kausalzusammenhang durch hinzutretende weitere Ursachen „unterbrochen“ werden.⁹² Die Unterbrechung kann auf höhere Gewalt, grobes Selbst- oder Drittverschulden zurückgeführt werden.

Allerdings muss die hinzutretende Mitursache so aussergewöhnlich sein, dass mit ihr schlechterdings nicht gerechnet werden musste.⁹³ Sie muss einen derart hohen Wirkungsgrad aufweisen, dass die an sich adäquate Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint.⁹⁴

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.4; BK-BREHM, Art. 43 OR, N 54.

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019, Sachverhalt lit. A.b (D., Beklagte 4).

⁹² OFTINGER/STARK, § 3 N 132 ff.; zur Problematik dieser Terminologie vgl. BSK-KESSLER, Art. 41 OR, N 20; REY/WILDHABER, N 668 ff.; ROBERTO, N 06.40.

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_183/2010 vom 23. April 2010 E. 3.

⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.3; 4A_385/2013 vom 20. Februar 2014 E. 5; BGE 127 III 453 = Pra 90 (2001) Nr. 179, E. 5d.

Die Umstände, die den Kausalzusammenhang unterbrechen könnten, sind vom Haftpflichtigen zu behaupten und zu beweisen.⁹⁵ Ob diese Gründe allerdings derart intensiv sind, dass sie den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermögen, ist eine Wertung und damit Rechtsfrage.⁹⁶

2) Fälle, in denen die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs angenommen wurde, sind selten. Das Bundesgericht hat aber erst kürzlich eine solche Unterbrechung bejaht. Im oben III.2 vorgestellten Zahnarztfall hatte das Bundesgericht argumentiert, die Pflicht zur Überprüfung, ob Kontonummer und Name des Begünstigten übereinstimmen, diene dazu zu verhindern, dass ein unberechtigter Dritter eine Zahlung erhalte. Sie diene nicht dem Schutz davor, dass das Darlehen nicht zurückbezahlt werden könne. Daraus schloss das Gericht.⁹⁷

Damit läge die eigentliche Ursache des Schadens im betrügerischen Verhalten des Darlehensnehmers. Sie wäre derart intensiv, dass der Wirkungsgrad der von der Beschwerdegegnerin gesetzten Ursache dermassen hinter denjenigen der vom Darlehensnehmer gesetzten zurücktreten würde, dass von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen wäre.

Damit wurde ein grobes Drittverschulden als Unterbrechungsgrund angeführt.

M.E. hätte das Bundesgericht es allerdings mit der Aussage bewenden lassen können, die verletzte Norm zielt nicht darauf ab, einen Schaden in der Art des eingetretenen zu verhindern. Damit hätte je nach Terminologie die Adäquanz gefehlt bzw. der Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die Argumentation mit der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs erscheint mir überflüssig.

3) Als höhere Gewalt wird ein zu grosser Intensität gesteigerter Zufall verstanden. Es muss sich um ein unvorhersehbares und unvermeidliches Ereignis handeln, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht.⁹⁸ Unter höherer Gewalt werden auch kriegerische Ereignisse oder Terrorismus subsumiert,⁹⁹ obwohl z.B. ein Terrorakt von Menschen und damit von „Dritten“ verursacht wird. Die Praxis ist ausserordentlich restriktiv, wenn es um die Annahme von höherer Gewalt geht.¹⁰⁰

⁹⁵ REY/WILDHABER, N 674; JENNY, N 722.

⁹⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.3.3; REY/WILDHABER, N 673.

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.3.3.

⁹⁸ ROBERTO, N 06.41; CR-WERRO, Art. 41 CO, N 46; CHK-MÜLLER, Art. 41 OR N 41.

⁹⁹ REY/WILDHABER, N 691.

¹⁰⁰ REY/WILDHABER, N 692.

In den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen argumentierten die Beklagten jeweils, die Terroranschläge vom 11. September 2001 hätten den Kausalzusammenhang unterbrochen.¹⁰¹ Das wurde nie entscheidrelevant, weil die Klagen bereits aus anderen Gründen abgewiesen wurden. Es bleibt also weiterhin offen, inwiefern solche Argumente im Verantwortlichkeitsrecht tragen. M.E. sind die Terroranschläge vom 11. September 2001 aber geradezu ein Lehrbeispiel für höhere Gewalt – wie nun auch die COVID-19-Pandemie bald in Lehre und Rechtsprechung Diskussionen zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auslösen wird.

VII. Fazit

Der Kausalzusammenhang hat in der neueren Praxis des Bundesgerichts zunehmend an Bedeutung erlangt.

Während früher oft in einer Kurzformel ohne nähere Begründung festgestellt wurde, der adäquate Kausalzusammenhang sei zu bejahen, wird heute genauer geprüft, ob der eingetretene Schaden tatsächlich auf die Pflichtvergessenheit von Organen zurückzuführen ist. Das mag für die klagende Partei als weitere Hürde erscheinen, ist aber zu begrüßen: Dass Organe Fehler machen, kommt immer wieder vor, auch wenn sie sich redlich bemühen. Es ist nichts als richtig, dass genau geprüft wird, ob der entstandene Schaden wirklich gerade auf diesen Fehler zurückzuführen ist.

Es ist wohl kein Zufall, dass mehrere Fälle, in denen die Kausalität verneint wurde, Verantwortlichkeitsklagen im Swissair-Konzern betreffen. Die zunehmende Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Verantwortlichkeitsrecht erscheint hier als Ausdruck der Erkenntnis, dass der Einfluss der Organe auf die Geschehensabläufe gerade in grösseren Unternehmungen beschränkt ist: Das Organ kann sich so oder anders verhalten; letztlich sind die äusseren Umstände oft stärker.

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, ASR 573, Diss. Univ. Bern 1995.

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, SSHW 210, Diss. Univ. Zürich 2001.

Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), 3. A., Basel 2018 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. XX BGG, N YY).

¹⁰¹ Vgl. z.B. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073 E. VII.3, S. 156.

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2020 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. XX OR, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK-BARBEITER, Art. XX OR, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Strafrecht I (Art. 1–36 StGB), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. XX StGB, N YY).
- Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, in: Brehm Roland, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM, Art. XX OR, N YY).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994 (zit. BÖCKLI, Neuerungen).
- BÜHLER CHRISTOPH B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016.
- Commentaire Romand, Code des obligations I (Art. 1–529 CO), in: Thévenoz/Werro, 2. A., Basel 2012 (zit. CR-BEARBEITER, Art. XX CO, N YY).
- Commentaire Romand, Code pénal I (Art. 1–110 CP), in: Roth/Morreillon (Hrsg.), Basel 2009 (zit. CR-BEARBEITER, Art. CXX CO, N YY).
- DONATSCH ANDREAS, Aspekte der ungetreuen Geschäftsführung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, ZStStr 120, Bern 2002.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981).
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012.
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FREI MIRIAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, ZStStr. 56, Diss. Univ. Zürich 2010.
- GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 2007–2017 (das Jahrzehnt der Richterinnen), ZSR 2018, 259 ff.
- GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, 479 ff.
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979.
- Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Zürich/St.Gallen 2016.

- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016.
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013.
- JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, SSHW 312, Diss. Univ. Zürich 2012.
- JUTZI THOMAS/MÜLLER JANINE, Entscheidbesprechung HGer ZH, HG130073-O U/ei: Swissair/Verantwortlichkeitsklage, AJP 2018, 1023 ff.
- KRAMER ERNST A., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 123 (1987), 289 ff.
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A., Zürich 1995.
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018.
- ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Hrsg.: Trechsel Stefan/Piet Mark, 3. A., Zürich 2017 (zit. Praxis Komm.-BEARBEITER).
- STUDHALTER BERNHARD, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe: hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, ZStP 118, Diss. Univ. Zürich 1995.
- SUMMERMATTER DANIEL, Kausalität, Ein Handbuch, Bern 2019 (zit. Summermatter, Kausalität).
- SUMMERMATTER DANIEL, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZSR 2014, 289 ff. (zit. SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen).
- WALTER HANS PETER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtrecht, in: Fellmann Walter/Weber Stephan, Haftpflichtprozess 2009, Zürich/Basel/Genf 2009.

Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen

Peter Forstmoser/Marcel Küchler*

Inhalt

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer, ein Fehlentscheid? | 167 |
| II. | Um welche Klagen geht es? | 169 |
| 1. | Aktienrechtliche Klagen | 169 |
| 2. | Allgemeine privatrechtliche Klagen | 170 |
| III. | Die allgemeinen Anforderungen an das Verwaltungsrats Handeln bei aktienrechtlichen Klagen | 171 |
| 1. | Sorgfältige Aufgabenerfüllung | 171 |
| 2. | Handeln im Gesellschaftsinteresse | 173 |
| 3. | Gleichbehandlung der Aktionäre | 175 |
| IV. | Einzelfragen | 177 |
| 1. | Anwendbarkeit der Business Judgment Rule beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen? | 177 |
| a) | Anwendungsvoraussetzungen im Allgemeinen | 177 |
| b) | Das Vorliegen eines Geschäftsentscheides als implizite weitere Voraussetzung | 178 |
| 2. | Recht und Pflicht zur Klageabwehr | 181 |
| a) | Im Allgemeinen: Entscheidung unter Würdigung der Prozesschancen | 181 |
| b) | Besonderheit: Klagen aufgrund von Generalversammlungsbeschlüssen | 182 |
| 3. | Recht und Pflicht zur Klageerhebung | 183 |
| 4. | Vom Wert und Unwert von Gutachten | 185 |
| a) | Beizug externer Fachpersonen | 185 |
| b) | Beizug unternehmensinterner Fachpersonen | 187 |

* Ergänzte und mit Anmerkungen versehene Fassung des vom Erstautor am 11. Februar 2020 an der 10. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht des Europa Instituts an der Universität Zürich gehaltenen Vortrags.

| | | |
|-----|---|-----|
| 5. | <u>Delegierbarkeit der Entscheidung über aktienrechtliche Klagen an andere Gesellschaftsorgane?</u> | 187 |
| a) | <u>Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates</u> | 187 |
| b) | <u>Gesetzliche Kompetenzzuweisungen</u> | 188 |
| c) | <u>Delegation der Entscheidung an die Generalversammlung</u> | 189 |
| aa) | <u>Delegation durch die Statuten</u> | 189 |
| bb) | <u>Delegation im Einzelfall?</u> | 190 |
| d) | <u>Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung?</u> | 190 |
| 6. | <u>Delegation der Klageführung an Aktionäre?</u> | 191 |
| a) | <u>Streitverkündung</u> | 191 |
| b) | <u>Nebenintervention</u> | 192 |
| c) | <u>Parteiwechsel</u> | 192 |
| V. | <u>Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer – doch kein Fehlentscheid?</u> | 192 |
| 1. | <u>Eine besondere Fallkonstellation</u> | 193 |
| 2. | <u>Schwächen der Gutachten</u> | 194 |
| 3. | <u>Offene Fragen</u> | 195 |
| | <u>Literatur</u> | 196 |

I. Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer, ein Fehlentscheid?

Vor einigen Jahren hatte das Bundesgericht die *Verantwortlichkeitsklage* einer Grossaktionärin gegen die Verwaltungsratsmitglieder der Reishauer Beteiligungen AG („Reishauer“) zu entscheiden.¹ Die Beklagten sollten dazu verpflichtet werden, der Gesellschaft als Schadenersatz die Kosten zu erstatten, die dieser aus einem durch alle Instanzen geführten Prozess entstanden waren.²

Gegenstand des Prozesses war die Ablehnung eines *Eintragungsbegehrens* für *Namenaktien*, welche die klagende Grossaktionärin – die Lorze AG – erworben hatte. Der Verwaltungsrat hatte die Eintragung abgelehnt, gestützt auf die statutarischen Vinkulierungsbestimmungen und unter Berufung auf die so genannte *Escape Clause* (Art. 685b Abs. 1 OR). Dagegen setzte sich die Grossaktionärin erfolgreich zur Wehr: Sowohl das Zürcher Handels- als auch das Bundesgericht beurteilten die Ablehnung des Eintragungsgesuchs als *rechtsmissbräuchlich* und *gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstossend*.³

Dabei liess es die Grossaktionärin aber nicht bewenden. Vielmehr verlangte sie in einem weiteren Verfahren, die Verwaltungsratsmitglieder hätten der Gesellschaft für die Kosten der Prozessführung Ersatz zu leisten.

Auch im *Verantwortlichkeitsverfahren* war die Klägerin erfolgreich. Das Bundesgericht entschied, es sei *schuldhaft pflichtwidrig* gewesen, die Ablehnung des Eintragungsgesuchs *bis zu einem letztinstanzlichen Entscheid* zu verteidigen. Die beklagten Verwaltungsratsmitglieder müssten daher die der Gesellschaft entstandenen Kosten – Gerichts- und Parteikosten sowie Experten- und Anwaltshonorare – gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR ersetzen.⁴

Der Entscheid erstaunt, aus drei Gründen:

- Der Verwaltungsrat hatte im Hinblick auf die Ablehnung des Eintragungsgesuchs bei zwei Rechtsprofessoren *Gutachten* eingeholt. Diese *bestätigten*, dass die *Ablehnung rechtmässig* sei. Auch nach der Guttheissung der Klage

¹ BGE 139 III 24 ff., im Folgenden „*Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer*“.

² Zum Sachverhalt vgl. die Zusammenfassung im Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003.

³ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3 und 5, im Folgenden „*Vinkulierungsentscheid Reishauer*“.

⁴ BGE 139 III 24 E. 3.

auf Eintragung durch das Zürcher Handelsgericht⁵ erachtete einer der beiden Gutachter die Chancen bei einem Weiterzug an das Bundesgericht weiterhin als gut.

- Immerhin einer der Fachrichter des Handelsgerichts hatte in einer *dissenting opinion* die Position des Verwaltungsrates für vertretbar erachtet.
- Schliesslich hatte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Bülach – im Rahmen eines parallel dazu, ebenfalls von der Klägerin eingeleiteten Verfahrens um Durchführung einer Sonderprüfung – in seiner Verfügung die Rechtsposition der Gutachter bestätigt und die Eintragungsverweigerung als nicht rechtsmissbräuchlich erachtet. Das Zürcher Obergericht bestätigte diese Verfügung in einem Rekursentscheid und bezeichnete die Ausführungen des Einzelrichters zur Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit ausdrücklich als zutreffend.⁶

Bei diesen Vorgaben – dies wohl die spontane Reaktion der meisten Juristen – durfte sich der Verwaltungsrat der Reishauer darin bestätigt fühlen, dass sein ablehnender Eintragungsentscheid *rechtens oder zumindest vertretbar* gewesen sei. Daher sei auch nicht zu beanstanden gewesen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates an ihrer Position festgehalten hatten, bis diese schliesslich durch das Bundesgericht abgelehnt worden war.

Unter *Mitgliedern von Verwaltungsräten* und ihren Beratern hat der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer verständlicherweise *für Unruhe gesorgt*: Sollte es künftig nicht mehr möglich sein, sich ohne das Risiko einer persönlichen Verantwortlichkeit gegen Aktionärsklagen zur Wehr zu setzen? Oder war zumindest davon abzuraten, einen für die Gesellschaft negativen erstinstanzlichen Entscheid weiterzuziehen? Andererseits: Handelte man nicht im Gegenteil gerade dann pflichtwidrig, wenn man sich nicht im Namen der Gesellschaft gegen eine Rechtsposition zur Wehr setzte, die man für falsch hielt? Und schliesslich: Wie sollte man sich als Verwaltungsrat absichern, wenn der Beizug von ausgewiesenen Experten keine Sicherheit mehr bot?

* * *

⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 21. Mai 2001, HG990234 (der Entscheid ist nicht publiziert).

⁶ Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 16. April 1999 und Rekursentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (vgl. die Ausführungen in Bezirksgericht Zürich CG030256 vom 27. Februar 2006 E. 12) (die Entscheide sind nicht publiziert).

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen näher beleuchtet werden, unter denen ein Verwaltungsrat sich für die Gesellschaft gegen Aktionärsklagen wehren darf – oder gar muss (Ziff. III und IV). Zunächst sollen aber stichwortartig die Klagen aufgelistet werden, um die es geht (Ziff. II).

II. Um welche Klagen geht es?

I. Aktienrechtliche Klagen

Unter „aktienrechtlichen Klagen“ sind hier solche zu verstehen, die sich auf Bestimmungen des Aktienrechts (oder angrenzender Rechtsgebiete) stützen.

Typisch für diese Klagen ist, dass am Verfahren jeweils auf der einen Seite die Gesellschaft (als Beklagte oder Klägerin) und auf der anderen Seite Aktionäre, und zwar *in ihrer Rolle als Aktionäre* beteiligt sind. Auf Aktionärsseite kann es um Interessen des Aktionariats insgesamt gehen oder um die Interessen von Mehrheits- oder Minderheitsaktionären.⁷

Als Klagen von Aktionären gegen ihre Gesellschaft sind zu nennen:

- Klage bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien (Art. 685a ff. OR).
- Klage bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung nicht voll liberierter Namenaktien (Art. 685 OR).
- Klage gegen die Streichung von Eintragungen im Aktienbuch (Art. 686a OR).
- Klage auf Einberufung einer Generalversammlung und/oder die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen (Art. 699 OR).
- Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR; auch Art. 652b Abs. 1 und 2 und Art. 691 Abs. 3 OR).
- Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706a OR).
- Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen (Art. 714 OR).
- Klage auf Auskunft und/oder auf Einsicht in Geschäftsunterlagen (Art. 697 OR).
- Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR).
- Klage wegen Organisationsmängeln (Art. 731b OR).
- Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 OR; auch Art. 643 Abs. 2 OR).

⁷ Dazu auch KUNZ, *Klagen*, 37 ff.

Diesen Klagen geht in der Regel die Entscheidung eines Gesellschaftsorgans – der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates – voraus, in welcher ein Anliegen der später klagenden Aktionäre abgelehnt worden ist.

In anderen Konstellationen ist es die *Aktiengesellschaft, die gegen Aktionäre klagt*:

- Klage auf nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien (Art. 634a OR).
- Klage auf Rückerstattung von Leistungen, die an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates oder an diesen nahestehende Personen ausgerichtet worden sind (Art. 678 OR).

Spezifisch aktienrechtlicher Natur sind schliesslich auch die *Klagen auf Schadenersatz* gestützt auf das *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht* (Art. 752 ff. OR).

2. Allgemeine privatrechtliche Klagen

Von den spezifisch aktienrechtlichen Klagen abzugrenzen sind die *allgemeinen privatrechtlichen Klagen und Verfahren*, für die es rechtlich grundsätzlich keine Besonderheiten gibt, wenn auf der einen Seite die Gesellschaft und auf der anderen Seite einer ihrer Aktionäre – allenfalls auch der Hauptaktionär – stehen.⁸

Bezüglich Klageerhebung, Klageanerkennung und/oder Weiterzug etc. haben die Gesellschaft bzw. die zuständigen Organe bei solchen Verfahren die allgemeinen Abwägungen hinsichtlich Chancen und Risiken zu treffen, die sich generell im Zusammenhang mit Geschäftsentscheidungen ergeben.⁹

⁸ Ausnahmsweise kann freilich die Nähe zu einer aktienrechtlichen Beziehung relevant sein: So dürfte etwa das *Gleichbehandlungsprinzip* zu beachten sein, wenn eine Gesellschaft zu entscheiden hat, ob sie wegen der Verletzung eines mit mehreren Aktionären abgeschlossenen Vertrags klagen will oder nicht. Unzulässig wäre es, auf eine Klage gegen bestimmte Aktionäre nur deshalb zu verzichten, weil sie im Verwaltungsrat vertreten sind oder weil sie ein grosses Aktienpaket halten.

⁹ Von den Organpersonen sind – wie bei anderen Entscheidungen auch – die aktienrechtlichen Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten zu beachten (Art. 717 Abs. 1 OR).

III. Die allgemeinen Anforderungen an das Verwaltungsratshandeln bei aktienrechtlichen Klagen

Um es vorwegzunehmen: Auch im Bereich der aktienrechtlichen Klagen geht es zunächst um die grundsätzlichen Anforderungen an das Verwaltungsratshandeln, um *sorgfältige Aufgabenerfüllung*, um *Orientierung am Gesellschaftsinteresse* und um die *Gleichbehandlung der Aktionäre*.

Zu jeder dieser Anforderungen gibt es kluge Dissertationen und Habilitationsschriften und eine Unzahl von Aufsätzen.¹⁰ Auch sind sie vielfach in der Gerichtspraxis thematisiert worden. Es wird daher im Folgenden auf eine weitere Kurzdarstellung verzichtet und lediglich aufgezeigt, wie sich das Bundesgericht in den Reishauer-Fällen – dem Verantwortlichkeitsentscheid von 2012 und dem Vinkulierungsentscheid von 2003¹¹ – dazu geäußert hat.

Bekanntlich sieht das schweizerische Recht nur eine allgemein gehaltene Bestimmung zur „Sorgfalts- und Treuepflicht“ (so das Marginale) der Organpersonen gegenüber ihrer Gesellschaft vor: Der Verwaltungsrat bzw. seine Mitglieder sind nach Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet, „ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt [zu] erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren“. Die *sorgfältige Aufgabenerfüllung* und die *Ausrichtung auf das Gesellschaftsinteresse* sind mithin die Leitplanken für das Verwaltungsratshandeln. Ausserdem sind die Verwaltungsratsmitglieder gehalten, „die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“ (Art. 717 Abs. 2 OR).

Das Bundesgericht hat diese Vorgaben in den Reishauer-Fällen wie folgt bestätigt und konkretisiert:

1. Sorgfältige Aufgabenerfüllung

Das Bundesgericht hält fest, dass auch bei Entscheidungen und Handlungen des Verwaltungsrates im Rahmen von Gerichtsverfahren

¹⁰ Zur *Sorgfaltspflicht* des Verwaltungsrates statt aller ISLER PETER R., *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in: Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, EIZ 41, Zürich 2003, 1 ff. Zum *Gesellschaftsinteresse*: LAMBERT CLAUDE, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1992 (ASR = 535). Und zum *Gleichbehandlungsgebot* HUGUENIN JACOBS CLAIRE, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Habil. Zürich 1994.

¹¹ Vgl. vorne, Anm. 1 und 3.

„die Sorgfalt ... sich nach dem Recht, Wissensstand und Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung [richtet]. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden ...“.

Und

„auch hier gilt, dass die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses zu beurteilen sind“.¹²

Der so genannte *hindsight bias* – die Voreingenommenheit desjenigen, der ein Verhalten im Nachhinein prüft – soll so verhindert werden. Daher schliesst es das Bundesgericht ausdrücklich aus, aus einem negativen Prozessausgang ohne Weiteres auf eine mangelnde Sorgfalt des Verwaltungsrates zu schliessen:

„Allein aufgrund des späteren Unterliegens im Prozess kann nicht auf eine Unterlassung der sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen geschlossen bzw. der Entscheid über die Prozessführung als pflichtwidrig beurteilt werden.“¹³

Es gibt also auch beim Prozessieren *keine Erfolgshaftung*, sondern nur eine *Haftung für schuldhafte Pflichtvergessenheit*.

Wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates als Generalisten mit einer bestimmten Sach- oder Fachfrage überfordert sind, kann es sich aufdrängen, *Rat bei einer Fachperson* zu suchen. Für Fragen im Zusammenhang mit einer allfälligen Prozessführung wird dies ein Jurist sein. So sieht es auch das Bundesgericht im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer:

„Der Verwaltungsrat hat – *nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen* – die Prozesschancen sorgfältig abzuklären“, und „es ist im Einzelfall abzuklären, ob es im Lichte der gegebenen Umstände und Prozessrisiken vertretbar erscheint, dass der Verwaltungsrat den Rechtsweg beschreitet“.¹⁴

Genau das hat der Verwaltungsrat der Reishauer getan und dabei gleich doppelt gemoppelt: Er hat zwei Rechtsprofessoren mit Gutachten beauftragt. Was das Bundesgericht dazu ausführt, verblüfft nun allerdings:

¹² BGE 139 III 24 E. 3.2 f.

¹³ A.a.O.

¹⁴ BGE 139 III 24 E. 3.2 f. (Hervorhebung durch die Autoren).

„Ebenso wenig helfen ... die Gutachten von zwei Rechtsprofessoren ..., auf die sich [die Mitglieder des Verwaltungsrates] bei ihrem Prozessführungsentscheid gestützt haben wollen ...“.¹⁵

Weshalb das Bundesgericht zu diesem Schluss gekommen ist, ist hinten in Ziff. V.2 zu erläutern.

2. Handeln im Gesellschaftsinteresse

Der zweite Aspekt der verwaltungsrätlichen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ist das *Handeln im Interesse der Gesellschaft*: Dieses schliesst die *sorgfältige Aufgabenerfüllung* mit ein, denn es kann nie im Interesse der Gesellschaft liegen, wenn der Verwaltungsrat unsorgfältig handelt. Insoweit deckt sich die Verfolgung des Gesellschaftsinteresses mit dem Gebot der sorgfältigen Aufgabenerfüllung. Darüber hinaus verlangt das Gesellschaftsinteresse aber nicht nur ein sorgfältiges Handeln, sondern zudem, dass dieses Handeln ein *im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel* verfolgt. In Bezug auf Prozessführungsentscheide hat das Bundesgericht dies im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer so ausgedrückt:

„Das Gesellschaftsinteresse bildet demnach in zweierlei Hinsicht Richtschnur für die Beurteilung von Prozessführungsentscheiden des Verwaltungsrats: Zum einen kann es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, die nur unnötige Kosten für die Gesellschaft generieren. Zum andern verbietet das Gesellschaftsinteresse, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt wird.“¹⁶

Worin jedoch das Gesellschaftsinteresse besteht, ist bis heute nicht restlos geklärt. Es ist jedenfalls nicht einfach mit den Interessen des Aktionariats gleichzusetzen und schon gar nicht mit den Interessen der Aktionärsmehrheit

¹⁵ A.a.O.

¹⁶ A.a.O., E. 3.3.

oder eines Grossaktionärs.¹⁷ Umstritten und in den letzten zwei Jahrzehnten intensiv und kontrovers diskutiert worden ist, inwieweit die Interessen weiterer Stakeholder (allen voran der Mitarbeitenden) zu berücksichtigen sind. Als im Gesellschaftsinteresse liegend kann sicherlich das *Weiterbestehen der Gesellschaft* und die Erfüllung des im Handelsregister *eingetragenen Zwecks* identifiziert werden. Auch die *Gewinnerzielung* liegt im Interesse der Gesellschaft, wobei heute vorherrschend die Ansicht ist, dass man sich auf eine längerfristige Profitabilität ausrichten darf und soll.¹⁸

In den Worten des Bundesgerichts im Vinkulierungsentscheid Reishauer von 2003:

„Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat einzig auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und erklärt diese zur Richtschnur seines Handelns. ... Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind indessen Vertrauenspersonen aller Aktionäre und nicht nur von deren Mehrheit. Sie haben nicht die Interessen von Mehrheit und Minderheit gegeneinander abzuwägen, sondern diese beidseitigen Interessen am Gesellschaftsinteresse zu messen ... Auch ihre eigenen Interessen haben die Mitglieder des Verwaltungsrates aufgrund der Treuepflicht hinten zu stellen, wenn diese mit dem Gesellschaftsinteresse kollidieren.“¹⁹

¹⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 672. – Die Interessen der Gesellschaft und die der Aktionäre sind nicht zwingend gleichlaufend. Illustrativ für einen Gegensatz zwischen dem Gesellschaftsinteresse und den Interessen eines bedeutenden Aktionärs ist eine Auseinandersetzung beim Telekommunikationsunternehmen Sunrise im Jahr 2019. Das Unternehmen beabsichtigte, den Kabelanbieter UPC Cablecom zu übernehmen. Dies wurde allgemein als im geschäftlichen Interesse von Sunrise liegend betrachtet, weil dem Unternehmen bisher ein direkter Kabelzugang in die Haushalte der Kunden fehlte. Die Transaktion hätte bei Sunrise eine Kapitalerhöhung bedingt, bei der die bisherigen Aktionäre, wollten sie ihre verhältnismässigen Beteiligungen beibehalten, hätten mitziehen müssen. Die grösste Einzelaktionärin von Sunrise wollte oder konnte sich jedoch nicht an der Kapitalerhöhung im entsprechenden Umfang beteiligen und stellte sich deshalb aus Eigeninteresse (Verhinderung der Verwässerung ihrer Beteiligung) gegen die Transaktion, die sie zunächst begrüsst hatte (vgl. MÜLLER GIORGIO V., Freenet setzt Sunrise unter Druck, NZZ vom 17. August 2019, 25; FLÜTSCH ANDREAS, Sunrise erklärt Grossaktionär Freenet den Krieg, Tages-Anzeiger vom 23. August 2019, 13; MORDELLE EFLAMM, Sunrise kämpft mit Aktionariat, FuW vom 24. August 2019, 5). Kapitalerhöhung und Übernahme kamen in der Folge nicht zustande.

¹⁸ Daher muss sich „der einzelne Aktionär damit abfinden, dass die Gesellschaft ... aus sachlichen Gründen eine Gesellschaftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist“ (BGE 100 II 384 E. 4). – Zum Ganzen schon FORSTMOSER, *Profit*, 55 ff.; auch BISCHOF, 201 f.; NIKITINE, insb. 125 ff.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3.3.

Von solchen allgemeinen Aussagen abgesehen, denen man sicher nicht widersprechen will, lässt sich das Gesellschaftsinteresse jedoch *nicht abstrakt festlegen*. Vielmehr ist es für jede einzelne Geschäftsführungsentscheidung aufgrund der *konkreten Umstände* zu bestimmen.

Im Vinkulierungsentscheid Reishauer führte das Bundesgericht zur Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Geltendmachung der *Escape Clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR aus:

„Für die Rechtfertigung eines Beschlusses durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen ist auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen ... Die Ausübung des bedingten Ankaufsrechts der Gesellschaft stellt, selbst wenn der veräusserungswillige Aktionär das Angebot ablehnen kann, auch einen Eingriff in seine Rechtsstellung dar, wenn es ihm bei der Veräusserung nicht oder nicht allein um die Realisierung des in den Aktien verkörperten Vermögenswertes geht. Für einen solchen Eingriff verlangt das Sachlichkeitsgebot ... ebenfalls eine Rechtfertigung durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit der Aktionäre. ... Nicht zur Rechtfertigung des Eingriffs tauglich sind hingegen die persönlichen Interessen bloss einzelner Aktionäre, insbesondere wenn der von den Mehrheitsaktionären bestellte Verwaltungsrat über die Übertragung von Aktien der Minorität zu befinden hat ...“²⁰

Zu ergänzen ist, dass in Bezug auf die *Prozessführung* das Interesse der Gesellschaft auch etwa darin liegen kann, eine für sie relevante *rechtliche Grundsatzfrage klären* zu lassen, die sich für sie in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellen wird (z.B. eine Frage im Zusammenhang mit der Auslegung einer statutarischen Bestimmung). Hingegen dürfte das Gesellschaftsinteresse den Gang zum Gericht nicht rechtfertigen, wenn es nur um die Klärung einer *abstrakten juristischen Grundsatzfrage* geht – auch wenn dies die juristische Fachwelt (als eine doch recht entfernte Anspruchsgruppe) begrüssen würde.

3. Gleichbehandlung der Aktionäre

Bei aktienrechtlichen Klagen bzw. bei der Prozessführung im Rahmen solcher Klagen kommt schliesslich *neben der sorgfältigen Aufgabenerfüllung und dem Gesellschaftsinteresse* auch das *aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot* zum Tragen, also die Pflicht, „die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“ (Art. 717 Abs. 2 OR).

Dazu das Bundesgericht im Vinkulierungsentscheid Reishauer:

²⁰ A.a.O., E. 5.1.

„Die Verwaltungsorgane haben ... ihr Ermessen in der Weise auszuüben, dass sie weder einzelnen Aktionären Sondervorteile verschaffen noch deren Partikularinteressen fördern ... Das Gesetz stellt in Art. 717 OR das Gleichbehandlungsgebot für den Verwaltungsrat auf die gleiche Ebene wie die Sorgfaltpflicht und die Treuepflicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Verwaltungsrat also auch, bei seinen Entscheidungen den persönlichen Interessen einzelner Aktionäre ein anderes Gewicht beizumessen als den persönlichen Interessen der auf der Gegenseite betroffenen anderen Aktionäre, soweit eine solche unterschiedliche Gewichtung nicht durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist.“²¹

Der Verwaltungsrat der Reishauer hatte ins Feld geführt, die Ablehnung des Eintragungsbegehrens der Klägerin liege im Gesellschaftsinteresse, weil die Klägerin auf die Gesellschaft einen schädlichen Einfluss habe. Das Bundesgericht liess dies nicht gelten. Es hielt fest, es habe bereits die Vorinstanz

„die von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsinteresses vorgebrachten Gründe als nicht stichhaltig bezeichnet und in der Ausübung des Ankaufsrechts eine krasse Parteinahme zugunsten der Mehrheitsgruppe der Aktionäre erblickt ... Zu Recht [habe die Vorinstanz] festgehalten, dass ein solches Verhalten mit dem in Art. 717 Abs. 2 OR statuierten Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar [sei].“²²

* * *

Soweit das Grundsätzliche. Es gibt jedoch zahlreiche Einzelfragen:

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3.3.

²² A.a.O.

IV. Einzelfragen

1. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen?

a) Anwendungsvoraussetzungen im Allgemeinen

In der Praxis des Bundesgerichts hat sich zur Beurteilung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Geschäftsentscheidungen in den letzten Jahren die Anwendung der so genannten Business Judgment Rule (BJR) gefestigt.²³

Auch im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer geht das Bundesgericht auf die Business Judgment Rule ein:

„Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind ...“²⁴

Die Business Judgment Rule betont die Bedeutung eines *formell korrekten Entscheidfindungsprozesses*.²⁵ Wenn eine Entscheidung angemessen vorbereitet

²³ Zur Business Judgment Rule (BJR) als Checkliste für die richterliche Beurteilung von Geschäftsentscheidungen von Verwaltungsräten und ihren Mitgliedern vgl. insb. GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Diss. Zürich 2018 (= RiU 14); GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 186); NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 266); VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff. Zur Auseinandersetzung mit der BJR speziell im Hinblick auf den Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer vgl. SETHE, 168 ff. und insb. 173 ff.

²⁴ BGE 139 III 24 E. 3.2. – Der Entscheid ist denn auch in die Reihe derjenigen Entscheide aufgenommen worden, die in der Lehre als allgemeine Bestätigung der Geltung der Business Judgment Rule angesehen werden, vgl. z.B. CHRISTEN ALEX, „Quo vadis, BJR?“, AJP 2015, 123 ff., 125; RUSTERHOLZ LEO/HELD LUKAS, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2016, 186 ff., 192 f.; VISCHER MARKUS, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff., 54; VON DER CRONE HANS CASPAR/BAUM OLIVIER, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278 ff., 294.

²⁵ Statt aller SETHE, 176 ff.

und ordnungsgemäss gefällt und umgesetzt worden ist, dann soll das Gericht das Geschäftsermessen des Verwaltungsrates respektieren. Um die inhaltliche Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung sicherzustellen bedingt dies, dass

- die Mitglieder des Verwaltungsrates angemessen und zeitgerecht dokumentiert worden sind (allenfalls auch mit Gutachten zu Fragen, zu deren Beantwortung sie nicht ohne Weiteres kompetent sind);
- sie die Möglichkeit hatten, ihre Meinung frei zu äussern;
- ein formell korrekter Entscheidungsfindungsprozess stattfand; und dass
- sowohl die Beschlüsse als auch die Verhandlungen des Verwaltungsrates sauber protokolliert worden sind (Art. 713 Abs. 3 OR).

Sind diese Voraussetzungen erfüllt und bestanden keine Interessenkonflikte, dann ist gerichtlich nur zu prüfen, ob die *Entscheidung vertretbar* ist. War hingegen der *Entscheidungsfindungsprozess mangelhaft* oder befanden sich mitwirkende Verwaltungsratsmitglieder in einem *Interessenkonflikt*, dann ist die Entscheidung durch das Gericht *umfassend zu prüfen*.

Im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer beurteilte das Bundesgericht die Entscheidung des Verwaltungsrates insofern als mangelhaft, als sie seines Erachtens nicht im Interesse der Gesellschaft lag, der Verwaltungsrat sich mit hin in einem Interessenkonflikt befand (Konflikt zwischen den Interessen der Mehrheitsaktionärin, welche die Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt hatten, und denjenigen der Gesellschaft). Es beschied deshalb, dass die Business Judgment Rule keine Anwendung finde.²⁶

b) *Das Vorliegen eines Geschäftsentscheides als implizite weitere Voraussetzung*

Die Business Judgment Rule setzt voraus, dass eine *Geschäftsentscheidung* gefällt worden ist oder hätte gefällt werden müssen. Nun trifft ein Verwaltungsrat jedoch nicht nur *Geschäftsentscheidungen* (in einem engeren Sinne), sondern auch *Kontroll- und Organisationsentscheidungen* (Beispiele sind etwa die Einberufung der Generalversammlung oder die Ausübung von Kompetenzen im Zusammenhang mit einer Vinkulierung).²⁷

In einem *kürzlich ergangenen Entscheid* hat das Bundesgericht sich zur Abgrenzung zwischen diesen unterschiedlichen Arten von Entscheidungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule geäussert:

²⁶ BGE 139 III 24 E. 3.4 a.E.

²⁷ Ausführlich SETHE, 173 ff.

„Gemäss [der Business Judgment Rule] anerkennt das Bundesgericht, im Hinblick auf die Beurteilung von Verletzungen der Sorgfaltspflicht durch ein Organ gemäss Art. 717 Abs. 1 OR hätten sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind ... Die vom Bundesgericht verwendete Formulierung zur Einschränkung seiner Überprüfung und den diesbezüglichen Voraussetzungen bezieht sich also auf Geschäftsentscheide. Die innere Begründung dieser Praxis ergibt sich daraus, dass sich das Gericht nicht anmasset, eigentliche unternehmerische Entscheide im Nachhinein besser beurteilen zu können als die damals im konkreten Geschäft tätigen verantwortlichen Personen ... Demgegenüber eignen sich andere Aufgaben des Verwaltungsrats, namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben, für eine justizmässige Nachkontrolle ... Ein Entscheid des Verwaltungsrats, mit welchem er von der gesetzlichen (hier auch statutarischen) Befugnis gemäss Art. 685a Abs. 1 OR zum Ankauf eigener Aktien und der Verweigerung der Übertragung auf einen anderen Erwerber Gebrauch macht,²⁸ fällt entgegen der Vorinstanz nicht in den Anwendungsbereich der dargelegten Überprüfungsbeschränkung.“²⁹

Nach diesem Entscheid wäre also, entgegen den allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer,³⁰ die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung über eine Eintragungsverweigerung gestützt auf die *Escape Clause* – als Kontroll- oder Organisationsentscheidung – ohnehin kein Anwendungsfall für die Business Judgment Rule gewesen. Dies wirft die *Frage* auf, *wann eine Geschäftsentscheidung vorliegt und wann eine Kontroll- oder Organisationsentscheidung*, die sich für eine umfassende justizmässige Nachkontrolle eignet.

Dafür haben ROLF SETHE und HANS CASPAR VON DER CRONE einen normativen Ansatz vorgeschlagen:³¹

- Nach SETHE³² „liegt ein Geschäftsentscheid – entsprechend der ratio der Business Judgement Rule – nur vor, wenn dem Verwaltungsrat in Bezug

²⁸ Also die Entscheidung über eine Eintragungsverweigerung mit gleichzeitigem Kaufangebot zum wirklichen Wert gestützt auf Art. 685b Abs. 1 OR (Fussnote hinzugefügt).

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1, nicht publizierter Teil von BGE 145 III 351. – Rätselhaft bleibt, weshalb die soeben zitierten und über den konkreten Fall hinaus relevanten Ausführungen nicht in die amtliche Publikation aufgenommen worden sind.

³⁰ BGE 139 III 24 E. 3.2 ff.

³¹ SETHE, 171 ff. (in Auseinandersetzung mit dem Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer); VON DER CRONE, Videobeitrag vom 21. Januar 2020.

³² SETHE, 173 f.

auf eine wirtschaftliche Weichenstellung mehrere Handlungsalternativen offen stehen, der Entscheid (oder wesentliche seiner Teile) prognostischen Charakter aufweist und/oder unter Zeitdruck gefällt werden muss. Der Geschäftsentscheid steht damit im Gegensatz zu einer gebundenen Entscheidung, bei der dem Verwaltungsrat gerade kein Auswahlermessen zusteht, sondern das Gesetz oder die Statuten ihn zu einem eindeutigen und bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichten.“

- In gleicher Weise grenzt VON DER CRONE ab: Verfügt der Verwaltungsrat bei einer Entscheidung über geschäftliches Ermessen, dann kommt die Business Judgment Rule zur Anwendung. Lässt eine spezifische Norm dagegen kein (oder nur ein geringes) geschäftliches Ermessen zu (was durch Auslegung zu bestimmen ist), dann erfolgt eine umfassende justizmässige Nachkontrolle des Ergebnisses; die Business Judgment Rule kommt nicht zur Anwendung.

Diese Grenzziehung überzeugt.³³ Es ist dabei freilich zu beachten, dass der Übergang fliegend ist und dass überdies selbst strikte gesetzliche Vorgaben bei der Umsetzung oft Raum für Ermessen belassen. So muss etwa der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres eine Generalversammlung stattfindet (Art. 699 Abs. 2 OR). Doch ist er frei – und muss er nach pflichtgemäsem Ermessen bestimmen – wann und wo innerhalb dieser Sechsmonatsfrist die Versammlung stattfinden soll.³⁴ Auch kann er zu den gesetzlich vorgeschriebenen Traktanden weitere hinzufügen. Für Entscheidungen in diesen Fragen kann die Business Judgment Rule wiederum relevant sein.

³³ Nicht einleuchtend ist u.E., dass auch auf die Frage der zeitlichen Dringlichkeit abgestellt wird: Wohl ist diese zu berücksichtigen, wenn beurteilt wird, ob ein Verwaltungsrat sorgfältig gehandelt hat, doch liegt der Grund dafür nicht darin, dass sich der Richter nicht in unternehmerische Entscheide einmischen soll, sondern dass wegen des Zeitdrucks unvermeidliche Abstriche an der Gründlichkeit des Willensbildungsprozesses gemacht werden mussten.

³⁴ Grundsätzlich handelt der Verwaltungsrat zwar pflichtgemäss, wenn die Generalversammlung innert sechs Monaten stattfindet. Ausnahmsweise könnte es sich aber aufdrängen, die Durchführung vorzuziehen, wenn eine Entscheidung unbedingt und rasch getroffen werden muss, um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern. Auch den Versammlungsort kann der Verwaltungsrat grundsätzlich frei bestimmen, doch muss er sicherstellen, dass die Versammlung an diesem ordnungsgemäss stattfinden kann und er für alle Aktionäre mit vernünftigem Aufwand erreichbar ist.

2. Recht und Pflicht zur *Klageabwehr*

Ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich im Namen der Gesellschaft gegen Klagen zur Wehr zu setzen? Grundsätzlich ja, aber es ist zu differenzieren (lit. a) und es gibt Ausnahmen (lit. b):

a) *Im Allgemeinen: Entscheidung unter Würdigung der Prozesschancen*

Im Allgemeinen gilt, dass der Verwaltungsrat, wie bei seinem gesamten Handeln, sich auch in Bezug auf den Widerstand gegen Klagen (allgemein privatrechtlicher oder spezifisch aktienrechtlicher Art), die gegen die Gesellschaft erhoben werden, von der Pflicht zur sorgfältigen Aufgabenerfüllung und vom Gesellschaftsinteresse leiten lassen muss.³⁵ Eine generelle Pflicht oder ein generelles Recht zur Prozessführung gibt es somit nicht.³⁶ Vielmehr hat der Verwaltungsrat seine Entscheidung unter *Abwägung und Würdigung der Prozesschancen und -risiken* zu treffen. Für eine spätere gerichtliche Beurteilung des Verwaltungsratshandelns wird dabei in der Regel die Business Judgment Rule zur Anwendung kommen. Geht es um Klagen, in die Aktionäre in ihrer Rolle als Aktionäre involviert sind,³⁷ ist vom Verwaltungsrat zusätzlich das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu beachten.

Die Prozesschancen sind aber nicht immer das entscheidende Kriterium:

- Richtet sich die Klage gegen eine Entscheidung des Verwaltungsrates, kommt es – wie in der Konstellation im Vinkulierungsprozess Reishauer – darauf an, ob der Verwaltungsrat seine ursprüngliche Entscheidung sorgfältig getroffen hat und ob er sie auch bei erneuter Erwägung für richtig hält. Dann kann – und soll – er sich zur Wehr setzen, auch wenn die Prozesschancen unter fünfzig Prozent liegen.
- Umgekehrt kommt ein Verzicht auf Widerstand oder die Einwilligung in einen Vergleich trotz allenfalls guter Prozesschancen dann in Frage, wenn wesentliche Gesellschaftsinteressen dafür sprechen. Das wird bei allgemeinen privatrechtlichen Klagen nicht selten der Fall sein: Die Verfahrenskosten oder das jedem Prozess anhaftende Risiko sind zu hoch oder eine im Übrigen gute Geschäftsbeziehung soll nicht riskiert werden. Aber auch bei spezifisch aktienrechtlichen Klagen kann ein Einlenken sinnvoll sein, etwa die freiwillige Information als Antwort auf eine Auskunft- oder Einsichtsklage, obwohl die Informationsbegehren über das hinausgehen, was von der Gesellschaft beantwortet werden muss.

³⁵ Vgl. vorne, Ziff. III.2.

³⁶ KUNZ, Prozesse, Rz 9.

³⁷ Wie eben bei einer Klage aufgrund eines abgelehnten Eintragungsgesuchs.

- Andererseits kann der Verwaltungsrat aufgrund des Gesellschaftsinteresses zur Klageabwehr berechtigt oder gar gehalten sein, obwohl nur bescheidene Prozesschancen bestehen. So etwa, wenn es darum geht, eine grundsätzliche Frage im Zusammenhang mit der Auslegung der Gesellschaftsstatuten auch für die Zukunft zu klären.

b) Besonderheit: Klagen aufgrund von Generalversammlungsbeschlüssen

Wenn allerdings eine Klage ihren Grund in einer Entscheidung der Generalversammlung hat, dann hat der Verwaltungsrat u.E. die Pflicht, sich im Namen der Gesellschaft gegen die Klage zur Wehr zu setzen. Dies ist allgemein dann der Fall, wenn Aktionäre einen Generalversammlungsbeschluss anfechten (Art. 706 OR), ebenso bei gesetzlich spezifisch geregelten Entscheidungen der Generalversammlung wie dem, die Einsetzung eines Sonderprüfers abzulehnen (Art. 697b OR).

Solche Klagen anzuerkennen oder das Verfahren vergleichsweise zu erledigen kommt für den Verwaltungsrat nicht in Frage, selbst wenn er zum Schluss kommen sollte, dass im konkreten Fall das Risiko des Unterliegens grösser ist als die Chance zu gewinnen. Denn stünde es dem Verwaltungsrat in solchen Verfahren frei, die Klage vorbehaltlos anzuerkennen, dann könnte er die Entscheidung der Generalversammlung dadurch aushebeln, dass er sich gegen die Klage eines unterlegenen Aktionärs nicht zur Wehr setzt.³⁸

Dazu sei dreierlei ergänzt:

- Nach Art. 706 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat selbst gegen gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anfechtungsberechtigt. Daraus kann aber nicht ein Recht abgeleitet werden, eine Anfechtungsklage von Aktionärsseite, mit welcher der Verwaltungsrat sympathisiert, anzuerkennen.³⁹ Vielmehr ist für die Gesellschaft allenfalls ein Vertreter zu bestellen, wie dies in Art. 706a Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen ist.
- Fragen kann man sich, ob die Gesellschaft sich durch alle Instanzen hindurch zur Wehr setzen muss oder ob sie nach einem erst- oder zweitinstanzlichen Entscheid auf einen Weiterzug verzichten darf. U.E. ist dies – ausser bei Offenkundigkeit – nicht zulässig, und jedenfalls wird man den Mitgliedern des Verwaltungsrates keinen Vorwurf machen dürfen, wenn alle Rechtsmittel ausgeschöpft werden.

³⁸ BGE 122 III 279 E. 3c/aa wonach dem Verwaltungsrat eine Verfügung über den Streitgegenstand durch Klageanerkennung oder Vergleich verwehrt sein soll.

³⁹ BaK-DUBS/TRUFFER, OR 706 N 27; JUTZI, 504 f.

- In der Literatur wird erwogen, eine Klageanerkennung sei zumindest mit Zustimmung der Generalversammlung zuzulassen.⁴⁰ Dem ist nicht zu widersprechen. Dabei dürfte die Einwilligung der Generalversammlung in der Regel darin bestehen, dass sie im Sinne eines *contrarius actus* einen neuen Entscheid trifft, in welchem sie auf den angefochtenen Entscheid zurückkommt.

3. Recht und Pflicht zur *Klageerhebung*

Grundsätzlich gilt in Bezug auf die *Klageerhebung* durch die Gesellschaft das Gleiche wie bei der *Klageabwehr*: Der Verwaltungsrat hat mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse die Chancen und Risiken der Prozessführung, aber auch weitere Aspekte gegeneinander abzuwägen. Er hat eine Ermessensentscheidung zu treffen, wofür er erheblichen *Spielraum* hat.

Eine *Pflicht zur Klageerhebung* ist für den Verwaltungsrat allerdings dann gegeben, wenn der Auftrag dazu von der *Generalversammlung* erteilt wird. Das geltende Recht äussert sich dazu nur im Hinblick auf die *Verantwortlichkeitsklage*, und auch dies nur implizit: Nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR soll bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage das Stimmenprivileg von Stimmrechtsaktien nicht gelten.

Im künftigen Recht wird die Weisungskompetenz der Generalversammlung explizit festgehalten, und dies nicht nur für die Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 Abs. 2 nOR), sondern auch für die Rückerstattungsklage (Art. 658 Abs. 5 nOR). Ausserdem wird die Generalversammlung ausdrücklich ermächtigt, anstelle des Verwaltungsrates einen Vertreter mit der Prozessführung zu beauftragen.

Möglich ist es u.E. – auch ohne besondere statutarische Basis –, dass die Generalversammlung den Verwaltungsrat anweist, keine Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Denn der Generalversammlung kommt unübertragbar die Kompetenz zur Entlastung des Verwaltungsrates zu (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR), und darin dürfte – *in maiore minus* – die Möglichkeit enthalten sein, über den (allenfalls auch nur vorläufigen) Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen zu entscheiden.⁴¹

⁴⁰ BaK-DUBS/TRUFFER, OR 706 N 27; JUTZI, 505 ff.

⁴¹ FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 11 Anm. 47.

Wie beim Entscheid darüber, ob sich die Gesellschaft gegen eine Klage zur Wehr setzen soll, sind auch beim Entscheid über eine allfällige Klageerhebung die Prozesschancen nicht das einzige Kriterium:

- Erhebt eine Gesellschaft Klage gegen (ehemalige) Mitglieder des Verwaltungsrates und/oder der Geschäftsleitung, dann muss sie ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten dieser Organpersonen darlegen. Nun ist aber bekanntlich das Handeln von Organpersonen – soweit in geschäftlicher Verrichtung begangen – der Gesellschaft zuzurechnen (Art. 722 OR). Durch ihre Klagebegründung wird die Gesellschaft folglich – wenn durch das gerügte Verhalten auch Dritte direkt geschädigt worden sind – Munition liefern für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen sie selbst. Für die Gesellschaft kann es daher vorteilhafter sein, auf eine Klage zu verzichten.⁴²

Auch andere Überlegungen wird sich der Verwaltungsrat machen müssen:

- Wie wirkt sich eine Klage und eine allenfalls damit verbundene Berichtserstattung in den Medien auf die *Reputation* der Gesellschaft aus? Schadet es dem Ansehen, wenn über vermutete Missstände berichtet wird? Oder riskiert die Gesellschaft umgekehrt den Vorwurf der Vertuschung, wenn auf eine Klage verzichtet wird?
- Wie belastend ist es für Mitarbeitende, die Geschäftsleitung und allenfalls auch den Verwaltungsrat, wenn sie sich über Jahre oder gar Jahrzehnte mit einer Angelegenheit befassen müssen, die intern längst aufgearbeitet worden ist?⁴³
- Und wie wirkt sich eine Klage – oder der Verzicht darauf – auf das Verhalten der Mitarbeitenden und das Betriebsklima aus? Scheuen die Mitarbeitenden künftig jedes Risiko (und verpassen sie damit auch die entsprechenden Chancen), wenn sie befürchten müssen, bei jeder Fehlleistung ans Messer geliefert zu werden? Oder schafft Passivität den Eindruck eines *Laissez-faire*, das Missstände toleriert?

⁴² Vor diesem Dilemma standen etwa Schweizer Banken, die zu entscheiden hatten, ob sie Klage einleiten sollten gegen Organpersonen, die in den USA gegen Gesetze und Weisungen verstossen hatten. Die von den Banken in Verantwortlichkeitsprozessen vorzulegenden Beweise und Argumente hätten allenfalls in den USA gegen sie selber verwendet werden können.

⁴³ Verantwortlichkeitsprozesse dauern regelmässig lange. Auch beim hier referierten Verantwortlichkeitsprozess Reishauer liegen zwischen Klageerhebung und dem Entscheid des Bundesgerichts gut neun Jahre. Eindrücklichstes (aber in der Schweizer Wirtschaftsgeschichte immerhin einmaliges) Beispiel bilden die Swissair-Prozesse, die auch fast zwei Jahrzehnte nach dem Zusammenbruch der Swissair immer noch nicht gänzlich abgeschlossen sind.

4. Vom Wert und Unwert von Gutachten

Im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Verwaltungsrat die Prozesschancen sorgfältig abzuklären habe,

„nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen“.⁴⁴

Der Verwaltungsrat der Reishauer hat dies fast im Übermass getan: Gleich zwei Professoren wurden mit Gutachten beauftragt. Beide äusserten sich positiv, wodurch sich der Verwaltungsrat offenbar in seiner Entscheidung zur Ablehnung des Eintragungsgesuchs und danach zur Verteidigung dieses Entscheides vor Gericht bestärkt fühlte.

Dennoch kam das Gericht zum Schluss, dass dies den Mitgliedern des Verwaltungsrates im konkreten Fall nicht helfe, um sie vor einer persönlichen Haftung zu schützen.⁴⁵

a) *Beizug externer Fachpersonen*

Weshalb das Bundesgericht zu dieser Folgerung kam, wird hinten in Ziff. V dargelegt. Hier ist zunächst allgemein darzulegen, weshalb auch das Einholen von Expertenrat den Verwaltungsrat nicht ohne Weiteres von einer Verantwortlichkeit zu befreien vermag. Die folgenden Kriterien sind für den Entscheid, Gutachten in Auftrag zu geben, zu beachten:

- Der Verwaltungsrat darf für seine Entscheidungsfindung Expertenrat einholen, wenn er dies für sinnvoll erachtet. Wenn kein Mitglied des Gremiums über die erforderliche Sachkunde verfügt, dann muss er dies sogar tun.⁴⁶
- Wenn es um technisches Fachwissen geht und kein Spezialist im Verwaltungsrat sitzt, dürfte es in der Regel ohne Unterstützung nicht gehen. Diese ist zunächst bei den Fachleuten in der Gesellschaft selbst zu holen.⁴⁷ Falls die internen Stellungnahmen nicht vollständig überzeugen oder die Überprüfung der internen Positionen durch eine Zweitmeinung angezeigt erscheint, ist gesellschaftsexterne Expertenkenntnis einzuholen. Bei rechtlichen und ökonomischen Fragen ist wohl, wenn der Verwaltungsrat angemessen zusammengesetzt ist, gesellschaftsinterne Fachkunde zumeist vorhanden. Bei komplexen Themen kann aber auch in diesen Bereichen der Beizug von Experten nötig sein, etwa für „das Begutachten

⁴⁴ BGE 139 III 24 E. 3.3.

⁴⁵ A.a.O., E. 3.4.

⁴⁶ SETHE, 187 f.

⁴⁷ Dazu sogleich IV.4.b).

wettbewerbsrechtlicher Konsequenzen eines Verhaltens oder die Anwendung ausländischer Gesetze“.⁴⁸ Ebenfalls kann in Krisen- oder Sanierungssituationen die vorhandene Kenntnis der Verwaltungsratsmitglieder an Grenzen stoßen, oder es kann sinnvoll sein, die eigene Beurteilung, die oft zu positiv ausfällt, durch einen kritischen Blick von aussen hinterfragen zu lassen (so etwa bei der Beurteilung der Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft).⁴⁹

- Bezüglich des Verkehrs mit Experten wird man sich auf die drei *curae* stützen können, die als Voraussetzung für die Delegation von Aufgaben innerhalb der Aktiengesellschaft (Art. 754 Abs. 2 OR) und auch aus der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR) wohlbekannt sind: Sorgfalt in der Auswahl (*cura in eligendo*), der Instruktion (*cura in instruendo*) und in der Überwachung (*cura in custodiendo*).⁵⁰

In der Literatur finden sich ausführlichere Listen, wobei sich die erweiterten Sorgfaltsaspekte jeweils einer der drei *curae* zuordnen lassen:⁵¹

- *Experten Auswahl*: Auswahl eines unabhängigen, objektiv fachkundigen, qualifizierten Experten mit entsprechender Ausbildung und Erfahrung;
- *Experteninstruktion*: klare Auftragserteilung, allenfalls unter Beizug interner Fachleute, Offenlegung sämtlicher relevanter Sachverhaltselemente und Dokumente;
- Die *Überwachung* wird vor allem in einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Resultat, dem vorgelegten Gutachten bestehen: Ist dieses vollständig? Geht es auf den konkreten Sachverhalt ein? Ist es widerspruchsfrei? Stimmt es mit anderen Entscheidungsgrundlagen – etwa internen Stellungnahmen – überein oder setzt es sich überzeugend kritisch mit diesen auseinander?

Zur Überwachung und kritischen Kenntnisnahme gehört auch eine *Plausibilitätsprüfung*, was voraussetzt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und allenfalls der Geschäftsleitung das Gutachten sorgfältig studiert haben und dass sie es nachvollziehen können.⁵² Das Lesen des *Executive Summary* allein genügt dazu meist nicht. Bei Zweifeln und offenen Fragen sind

⁴⁸ KÄLIN, 215.

⁴⁹ KÄLIN, 214.

⁵⁰ Vgl. KÄLIN, 216 ff.; SETHE, 194 ff.

⁵¹ Hier nach BISCHOF, 204 f. (m.w.H.).

⁵² Dies sollte einem Verwaltungsratsmitglied in der Regel möglich sein, denn es ist „zu verlangen, dass der Verwaltungsrat diejenigen Mindestkenntnisse besitzt, die notwendig sind, um die normalerweise anfallenden Geschäftsvorfälle ohne fremde Hilfe zu bewältigen“ (SETHE, 186, mit Verweis auf die Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs).

allenfalls Zusatzabklärungen in Auftrag zu geben, und schliesslich kann das eigene Urteil auch durch ein *Obergutachten* bestätigt oder in Frage gestellt werden.

Bei aller Sorgfalt im Verkehr mit den Experten und bei der Würdigung ihrer Ergebnisse bleibt es aber dabei: *Entscheiden muss der Verwaltungsrat selbst*, die Verantwortung lässt sich nicht delegieren.

b) Beizug unternehmensinterner Fachpersonen

Wie bereits erwähnt, wird sich der Verwaltungsrat vor dem Beizug externer Fachpersonen auf *unternehmensinterne Fachleute* – hinsichtlich der Prozessführung werden dies Mitglieder der Rechtsabteilung sein – abstützen, und vielfach ist dies auch ausreichend. In der Literatur ist freilich die Ansicht vertreten worden, dies wirke für die Mitglieder des Verwaltungsrates nicht haftungsbefreiend, zum einen, weil die internen Fachpersonen dem Verwaltungsrat unterstellt seien, und zum andern, weil dem Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die unübertragbare Aufgabe zukomme, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu überwachen.⁵³ Das ist u.E. nicht überzeugend: Der Verwaltungsrat und seine Mitglieder haben sich ihre Meinung aufgrund angemessener Informationen zu bilden. Solche Informationen können, wenn das nötige Fachwissen in der Gesellschaft vorhanden ist, auch intern bezogen werden. Dabei können die Auskünfte von hierarchisch relativ tief eingestuftten Sachbearbeitern besonderen Wert haben, denn gerade bei ihnen findet sich oft das benötigte Spezialwissen.

5. Delegierbarkeit der Entscheidung über aktienrechtliche Klagen an andere Gesellschaftsorgane?

Die Delegation von Entscheidungen *nach oben*, an die Generalversammlung, oder *nach unten*, an die Geschäftsleitung, scheint auch beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen verlockend, könnte dies doch für den Verwaltungsrat mit einem geringeren Verantwortlichkeitsrisiko einhergehen.

a) Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates

Das Gesetz sieht für Entscheidungen bezüglich der Prozessführung bei aktienrechtlichen Klagen – mit wenigen Ausnahmen – keine Kompetenzzuweisung an ein bestimmtes Organ vor. Die Entscheidungskompetenz liegt deshalb grundsätzlich beim Verwaltungsrat, denn er kann (und muss) „in allen Angele-

⁵³ So etwa KÄLIN, 219 f.

genheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung [bzw. allgemeiner: einem anderen Organ] zugeteilt sind“ (Art. 716 Abs. 1 OR). Immerhin ist diese Bestimmung – mit Ausnahmen, die sich aus dem Gesetz ergeben – dispositiver Natur, was sich schon darin zeigt, dass statutarische Kompetenzzuweisungen explizit vorbehalten werden.

b) Gesetzliche Kompetenzzuweisungen

Eine ausdrückliche und zwingende Kompetenzzuweisung an den Verwaltungsrat liegt in folgenden Fällen vor:

- Unübertragbar und unentziehbar durch das Gesetz zugewiesen sind dem Verwaltungsrat die Kompetenzen in Bezug auf die Vorbereitung der Generalversammlung (worunter auch Einberufung und Traktandierung fallen) (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Damit muss der Verwaltungsrat auch gerichtliche Auseinandersetzungen in diesem Zusammenhang in der Hand behalten.
- In der Kompetenz des Verwaltungsrates liegen weiter die Entscheidung über „die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien“ (Art. 634a Abs. 1 OR) sowie über die allfälligen Konsequenzen eines diesbezüglichen Zahlungsverzuges (Art. 681 f. OR). Auch hier ist die Kompetenz des Verwaltungsrates, zu dessen Aufgabenbereich die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gehört,⁵⁴ zwingend gegeben.⁵⁵

Ausnahmsweise kommt die Kompetenz, über die Prozessführung zu entscheiden, aufgrund der gesetzlichen Ordnung gerade nicht dem Verwaltungsrat zu, sondern einem gerichtlich für die Gesellschaft bestellten Vertreter.

- Dies ist der Fall, wenn der Verwaltungsrat eine Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der Generalversammlung erhebt (Art. 706 Abs. 1 i.V.m. 706a Abs. 2 OR). Dasselbe dürfte gelten – obwohl gesetzlich nicht geregelt – bei Klagen des Verwaltungsrates auf Feststellung der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.

⁵⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR (vgl. künftig Art. 725 Abs. 1 nOR: „Der Verwaltungsrat überwacht die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.“).

⁵⁵ BaK-SCHENKER, OR 634a N 4 (m.w.H.); BaK-VOGT, OR 681/682 N 11.

c) *Delegation der Entscheidung an die Generalversammlung?*

aa) *Delegation durch die Statuten*

Eine Reihe von Entscheidungen, die zu aktienrechtlichen Klagen führen können, nennt als Akteurin „die Gesellschaft“, so:

- die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung nicht voll liberierter Namenaktien (Art. 685 OR);⁵⁶
- die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien (Art. 685a ff. OR);⁵⁷ oder
- die Streichung von Eintragungen im Aktienbuch (Art. 686a OR).

In anderen Fällen geht es um Beschlüsse der Generalversammlung, etwa bei:

- der Klage auf Auskunft und/oder Einsicht in Geschäftsunterlagen (Art. 697 OR);
- der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR; auch Art. 652b Abs. 1 und 2 OR [Aufhebung des Bezugsrechts] und Art. 691 Abs. 3 OR [unberechtigte Teilnahme]); oder
- der Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR).

Auch kann der Grund, der zur Klage führt, allenfalls auf frühere Beschlüsse der Generalversammlung zurückgeführt werden, so bei:

- der Klage wegen Organisationsmängeln (Art. 731b OR); oder
- der Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 OR; auch Art. 643 Abs. 2 OR [Missachtung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften bei der Gründung]).

Es fragt sich, ob in solchen Fällen die Statuten vorsehen können, dass neben der zugrunde liegenden und allenfalls klageauslösenden Entscheidung auch die Entscheidungskompetenz in Bezug auf die nachfolgende Prozessführung der Generalversammlung zukommen soll.

Dies ist für die verschiedenen Klagen je gesondert zu prüfen. Zumeist dürfte eine Delegation aber nicht in Betracht kommen:

- Unsinnig wäre eine Delegation an die Generalversammlung in denjenigen Fällen, in denen gegen Beschlüsse der Generalversammlung selbst vorgegangen werden soll.
- Die Möglichkeit einer Delegation ist dann unnötig, wenn das Gesetz den Aktionären bzw. jedem einzelnen Aktionär ein Klagerecht einräumt, wie

⁵⁶ BaK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, OR 685a N 9.

⁵⁷ BaK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, OR 685a N 9; KLÁY, 354.

etwa bei der Klage wegen unbefugter Teilnahme an einer Generalversammlung (Art. 691 Abs. 3 OR) oder bei der Verantwortlichkeitsklage mit Bezug auf den Gesellschaftsschaden (Art. 756 OR). Denn dann kann der Aktionär schon von Gesetzes wegen und aus eigenem Recht klagen.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass das Gesetz die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung unübertragbar dem Verwaltungsrat zuordnet (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) und dass die Generalversammlung (schon aus praktischen Gründen) meist nicht das geeignete Organ ist, um Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Prozessführung zu fällen.

bb) Delegation im Einzelfall?

Das GmbH-Recht sieht seit der Reform von 2005 vor, dass die Geschäftsführer – allerdings nur bei entsprechender statutarischer Grundlage – der Gesellschafterversammlung „einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können“ (Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Für das Aktienrecht fehlt eine entsprechende Bestimmung, und es wurde die Einführung einer solchen im Rahmen der Aktienrechtsreform ausdrücklich und u.E. zu Recht abgelehnt.⁵⁸

Denkbar ist immerhin, die Generalversammlung mittels einer *Konsultativabstimmung* einzubeziehen.⁵⁹ Den Verwaltungsrat und seine Mitglieder entbindet das zwar nicht von der Entscheidungsverantwortung, aber die Mehrheitsmeinung der Generalversammlung kann ein Element sein, das bei einer sorgfältigen Entscheidungsfindung mit zu berücksichtigen ist.

d) Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung?

Grundsätzlich kann die Entscheidung über das Erheben allgemeiner privatrechtlicher Klagen und über das Führen solcher Prozesse vom Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung delegiert werden, jedenfalls soweit sie sich aus dem (laufenden) Geschäftsbetrieb ergeben.⁶⁰

⁵⁸ Die Möglichkeit eines solchen Genehmigungsvorbehalts zugunsten der Generalversammlung hatte der Reformentwurf von 2007 vorgesehen (Botschaft vom 21. Dezember 2007 [BBl 2008 1589 ff., 1611]). In den Entwurf von 2016 wurde der Vorschlag jedoch nicht übernommen (Botschaft vom 23. November 2016 [BBl 2017 399 ff., 456]).

⁵⁹ Zu den Konsultativabstimmungen vgl. ISLER MARTINA, *Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung*, Diss. Zürich 2010 (= SSHW 297).

⁶⁰ In der Praxis zeigt sich allerdings die Tendenz, auch diese Entscheidungen beim Verwaltungsrat – zumindest im Sinne eines Genehmigungsvorbehalts – zu behalten, soweit es sich nicht um Routineverfahren aus dem täglichen Geschäft handelt; vgl. FORSTMOSER, *Organisation*, § 8 N 129.

Aber ist auch im Bereich der spezifisch aktienrechtlichen Klagen eine Delegation an die Geschäftsleitung erlaubt? Dagegen spricht zunächst, dass es bei aktienrechtlichen Klagen und Verfahren oft um Fragen von grundsätzlicher und strategischer Tragweite für die Gesellschaft geht (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Und vielfach betreffen solche Klagen in einem weiteren Sinn den Verkehr mit den Aktionären bzw. eine Auseinandersetzung von Aktionären mit der Gesellschaft, weshalb auch aus diesem Grund eine Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung nicht in Frage kommen dürfte (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).

Deshalb sind u.E. bei aktienrechtlichen Klagen die Entscheidungen über die wesentlichen Verfahrensschritte seitens der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat zu fällen. Eine Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung fällt damit ausser Betracht, doch kann die Ausführung nach unten delegiert werden (Art. 716a Abs. 2 OR).⁶¹

6. Delegation der Klageführung an Aktionäre?

Es gibt Fälle, in denen es bei einer Streitfrage materiell primär um die Interessen von Aktionären bzw. von Aktionärsgruppen geht (so wie im Vinkulierungsentscheid Reishauer), während für die Gesellschaft selber der Ausgang eines Verfahrens kaum relevant ist. Kann sich die Gesellschaft in einem solchen Fall neutral verhalten und die Klageführung den interessierten Parteien überlassen?

Diese Fragen – sie sind primär verfahrensrechtlicher und nicht gesellschaftsrechtlicher Natur – sollen hier nur mit Hinweis auf die einschlägigen Regeln der Zivilprozessordnung kurz gestreift und zur Diskussion gestellt werden.

a) Streitverkündung

Im Rahmen einer Streitverkündung kann „eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, ... diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen“ (Art. 78 ff. ZPO). „Die streitberufene Person kann ... zugunsten der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, ohne weitere Voraussetzungen intervenieren [oder] ... anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, mit deren Einverständnis den Prozess führen“ (Art. 79 Abs. 1 ZPO).

⁶¹ Art. 716b Abs. 2 OR spricht zwar nur von der Zuweisung der Vorbereitung, Ausführung und Überwachung von Geschäften an Ausschüsse oder einzelne Verwaltungsratsmitglieder. Es ist aber unbestritten, dass solche Aufgaben auch der Geschäftsleitung oder Dritten zugewiesen werden können, vgl. FORSTMOSER, *Organisation*, § 4 N 15 ff.; ZK-HOMBURGER, OR 716a N 687.

Vorausgesetzt wäre damit, dass die intervenierenden Aktionäre zu befürchten hätten, im Falle des Unterliegens der Gesellschaft selbst belangbar zu werden. Denkbar wäre auch, dass der Verwaltungsrat im Falle des Unterliegens eine Verantwortlichkeitsklage von Aktionären befürchtet, was allerdings voraussetzte, dass der Verwaltungsrat unsorgfältig prozessiert. Eine Streitverkündung dürfte jedenfalls nur in seltenen Konstellationen in Frage kommen.

b) Nebenintervention

Ein weiteres prozessrechtliches Instrument ist die Nebenintervention: „Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen“ (Art. 74 ff. ZPO).

Gestützt darauf kann ein Verfahren nicht durch den Verwaltungsrat an Aktionäre „delegiert“ werden, weil die Nebenintervention ein eigenes Aktivwerden der Nebenpartei, d.h. der betreffenden Aktionäre bedingt. Soweit Aktionäre selber am Ausgang des Verfahrens interessiert sind, ist eine Nebenintervention aber immerhin denkbar.

c) Parteiwechsel

Schliesslich sieht das Zivilprozessrecht noch die Möglichkeit eines gewillkürten Parteiwechsels vor, dem jedoch die Gegenpartei zustimmen muss (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Ein solcher dürfte freilich schon deshalb kaum je in Frage kommen, weil eine Gegenpartei nicht ihr Einverständnis dazu geben wird, eine desinteressierte Gegnerin (die Gesellschaft) gegen eine motivierte (einzelne Aktionäre) einzutauschen. Im Übrigen wären die prozessualen Konsequenzen eines solchen Wechsels vertieft zu klären.

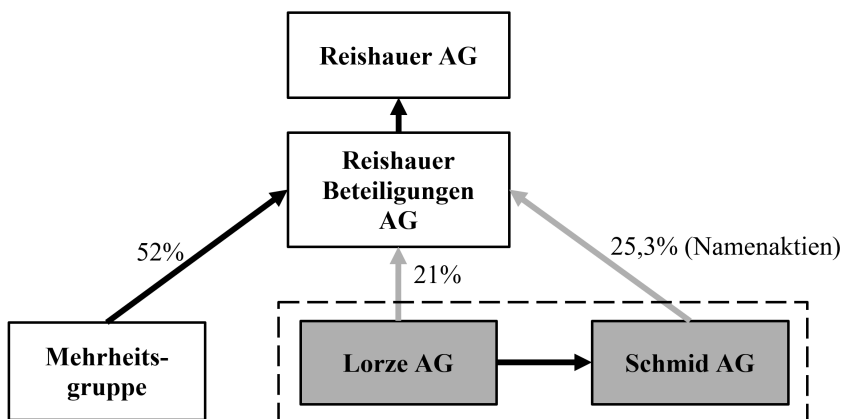
V. Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer – doch kein Fehlentscheid?

Abschliessend ist auf den Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer zurückzukommen. Es sind zunächst Besonderheiten des Sachverhalts nachzutragen, welche dem Vinkulierungsentscheid zugrunde lagen (Ziff. 1). Dann ist auf Schwächen hinzuweisen, welche die Gutachten nach Ansicht des Bundesgerichts aufgewiesen haben (Ziff. 2). Und abschliessend seien einige kritische Fragen erwähnt, die auch nach einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Entscheid offen bleiben (Ziff. 3).

1. Eine besondere Fallkonstellation

Der Entscheidung des Verwaltungsrates der Reishauer, das Eintragungsgesuch gestützt auf die *Escape Clause* abzulehnen, lag ein ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde:⁶²

Das Aktionariat der Reishauer bestand nämlich im Wesentlichen aus einer Mehrheitsgruppe (mit 52% der Aktien), die auch alle Mitglieder des Verwaltungsrates stellte, und einer Minderheitsgruppe, bestehend aus zwei Gesellschaften: der Lorze AG mit 21% der Aktien und der Schmid AG mit 25,3% der Aktien. Die Lorze AG war Alleinaktionärin der Schmid AG. Sowohl die Reishauer-Aktien der Lorze AG als auch diejenigen der Schmid AG waren im Aktienbuch der Reishauer eingetragen. Die Lorze AG kontrollierte damit direkt und indirekt insgesamt ca. 47% der Aktien der Reishauer:



Nun übernahm die Lorze AG die Schmid AG durch Annexion. Dadurch gingen deren Vermögenswerte – einschliesslich der Aktien der Reishauer – durch Universalsukzession auf die Lorze AG über. Diese stellte das umstrittene Eintragungsgesuch, welches der Verwaltungsrat wie erwähnt unter Berufung auf Art. 685b Abs. 1 OR ohne Begründung abgelehnt hatte.

Wäre es bei der Ablehnung geblieben, dann wäre der Einfluss der Lorze AG – obwohl sich wirtschaftlich nichts geändert hatte – von 47 % auf 21 % abge-

⁶² Zum Sachverhalt vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003.

sackt, und damit wäre sie auch der Sperrminorität bei besonders wichtigen Generalversammlungsbeschlüssen (ein Drittel der Stimmrechte, Art. 704 Abs. 1 OR) verlustig gegangen.

Diese besondere Situation auszunutzen hielt das Bundesgericht für *rechtsmissbräuchlich*. Denn es sei dabei nicht um das Interesse der Gesellschaft gegangen (für diese änderte sich hinsichtlich der beteiligten Aktionärsblöcke nichts), sondern nur darum, im *Interesse der Aktionärsmehrheit* den Einfluss der Minderheit zu reduzieren. Es sei dem Verwaltungsrat nicht gelungen, konkrete und stichhaltige Gründe für die Eintragungsverweigerung aus Sicht des *Gesellschaftsinteresses* geltend zu machen. Die vorgebrachten hypothetischen Gründe hätten sich vor allem auf Befürchtungen in Bezug auf den künftigen Einfluss der Lorze AG (bzw. von ihrem Hauptaktionär) auf die Geschäftspolitik der Reishauer bezogen. Diese Gründe seien aber schon deshalb nicht valabel, weil mit der Eintragung im Hinblick auf den Einfluss der Minderheit nur der Status Quo weitergeführt werde.⁶³

Der Verwaltungsrat habe sodann das aktienrechtliche *Gleichbehandlungsgebot* verletzt, indem er die *Escape Clause* zum Nachteil einzelner Aktionäre bzw. einer Aktionärsgruppe eingesetzt habe, ohne dass das Gesellschaftsinteresse dies erfordert hätte. Dass die *Escape Clause* eine Abfindung zum wirklichen Wert sicherstelle, ändere daran nichts. Denn mit der Ablehnung der Eintragung hätte die Minderheitsgruppe ihre Drittels-Sperrminorität verloren und entscheidend an Einfluss eingebüsst, was das Handelsgericht als krasse Parteinarbeit zugunsten der Aktionärsmehrheit qualifiziert habe.⁶⁴

Eine solche „Minderung des Einflusses bestehender Aktionäre [liege] ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung“, deren Funktion in einer Zutrittskontrolle bestehe.⁶⁵

2. Schwächen der Gutachten

Das Bundesgericht wies sodann auf Schwächen der eingeholten Gutachten hin:

„Diese Gutachten ... äusserten sich nicht zur [relevanten] Frage eines Rechtsmissbrauchs. Jedenfalls ist solches im für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz nicht festgestellt. Einzig das Gutachten vom 10. März 2000 behandelte speziell die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der

⁶³ A.a.O., E. 5.1.

⁶⁴ A.a.O., E. 3.3.

⁶⁵ A.a.O., E. 5.2.

Anrufung der Escape-Klausel. Aber auch diesbezüglich schweigen die angefochtenen Entscheide darüber, ob der Gutachter seine Beurteilung hinsichtlich des hier massgebenden Sachverhalts vornahm.⁶⁶

Ein Gutachten kann aber nur dann als Entscheidungsgrundlage für den Verwaltungsrat dienen, wenn es in Kenntnis der wesentlichen Tatbestandselemente und in Auseinandersetzung mit diesen erstellt wird.⁶⁷

Darin zeigt sich die – oft zu wenig beachtete – Bedeutung einer klaren Auftragserteilung an die Gutachter unter Offenlegung des vollständigen und ungeschönten Sachverhalts gegenüber dem Gutachter (*Experteninstruktion*).

Ebenso zeigt sich die Notwendigkeit der Überprüfung eines vorgelegten Gutachtens zumindest im Sinne einer Plausibilitätsprüfung (*Expertenüberwachung*). Dabei kann nicht verlangt werden, dass der Verwaltungsrat jede einzelne Schlussfolgerung des Gutachtens in Zweifel zieht und selbst nochmals zu klären versucht. Im konkreten Fall hätte aber spätestens nach dem Urteil des Zürcher Handelsgerichts, welches die Entscheidung des Verwaltungsrates u.a. auch als rechtmisbräuchlich erachtete,⁶⁸ Anlass für eine entsprechende Rückfrage bei den Gutachtern unter Zugrundelegung der besonderen Sachlage bestanden.⁶⁹ Und es hätte den Verwaltungsrat auch hellhörig machen müssen, dass einer der Gutachter – trotz Klageabweisung durch das Handelsgericht – die Prozesschancen weiterhin als gut bezeichnete.

3. Offene Fragen

Der Entscheid des Bundesgerichts überzeugt – jedenfalls auf der Basis des Sachverhalts, den das Bundesgericht zugrunde zu legen hatte.

Zwei Fragen seien immerhin abschliessend gestellt:

- War es nicht vertretbar, prozessual die ersten Schritte zu machen? Durfte der Verwaltungsrat nicht wenigstens die Klärung durch einen Entscheid des Handelsgerichts anstreben?
- Waren nicht gewisse Kostenpunkte – etwa für das Einholen von Gutachten – gerechtfertigt und hätten sie daher von der eingeklagten Summe abgezogen werden müssen?

⁶⁶ BGE 139 III 24 E. 3.4.

⁶⁷ Zum Ganzen schon vorne, Ziff. IV.4.a).

⁶⁸ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 21. Mai 2001, HG990234 E. 5.3 (der Entscheid ist nicht publiziert).

⁶⁹ Zum Ganzen schon vorne, Ziff. IV.4.a).

Beides wird man dann – und nur dann – verneinen, wenn davon ausgegangen wird, dass es für den Verwaltungsrat von Anfang an erkennbar war, dass er missbräuchlich handelt. Dies erscheint aber nicht offensichtlich, was sich darin zeigt, dass die Verantwortlichkeitsklage immerhin in erster Instanz mit ausführlicher Begründung abgelehnt worden war.⁷⁰ Das Bundesgericht hatte dazu mangels entsprechender Begehren und Feststellungen der Vorinstanz nicht Stellung zu nehmen.

* * *

Zum Abschluss ist Folgendes in Erinnerung zu rufen:

Verwaltungsräte, die sich entscheiden müssen, ob sie sich gegen eine Aktionärsklage zur Wehr setzen wollen, sollten sich davor hüten, aus dem Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer den falschen Schluss zu ziehen, das Beste sei, nichts zu tun. Denn passives Verhalten gegenüber einer Klage, die nach dem sorgfältig gefällten Urteil des Verwaltungsrates den Gesellschaftsinteressen zuwiderläuft, ist genauso ein Verstoss gegen die Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Art. 717 Abs. 1 OR wie eine sture Abwehrhaltung in einem chancenlosen Prozess. Wie so oft befindet sich der Verwaltungsrat auch dann, wenn er über die Anhebung eines Prozesses oder die Abwehr einer Klage entscheiden soll, auf einer Gratwanderung und in Gefahr, bei einem Fehltritt auf die eine oder auf die andere Seite abzustürzen und in persönliche Verantwortlichkeitsverfahren verstrickt zu werden.

Man sollte deshalb als Verwaltungsrat stets die grundlegenden Pflichten gemäss OR 717 – sorgfältige Auseinandersetzung mit den Problemen, Ausrichtung auf die Interessen der Gesellschaft, Gleichbehandlung der Aktionäre, soweit nicht besondere Umstände vorliegen – im Fokus haben und sich bei der Entscheidungsfindung an die Vorgaben der Business Judgment Rule halten.

Literatur

BISCHOF ELIAS, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, SJZ 2014, 197 ff.

BRUGGER DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, Urteilsbesprechung: BGer 4A_375/2012, SZW 2013, 178 ff.

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011 (zit. FORSTMOSER, Organisation).

⁷⁰ Urteil des Bezirksgerichts Zürich CG030256 vom 27. Februar 2006 (der Entscheid ist nicht publiziert).

- FORSTMOSER PETER, Profit – das Mass aller Dinge? in: Zäch et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 55 ff. (zit. FORSTMOSER, Profit).
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Diss. Zürich 2018 (= RiU 14).
- GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 186).
- HERREN DOROTHEA, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrätlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015, 203 ff.
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994.
- ISLER PETER R., Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden. Ein Beitrag zu Art. 754 Abs. 1 OR, in: Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2019, 203 ff.
- JUTZI THOMAS, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 2014, 500 ff.
- KÄLIN OLIVER, Fehlerhafter Expertenrat – wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen? GesKR 2016, 214 ff.
- KUNZ PETER V., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (= SnA 12) (zit. KUNZ, Klagen).
- KUNZ PETER V., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse? Einige Bemerkungen zu BGE 139 III 24, Jusletter, 3. Juni 2013 (zit. KUNZ, Prozesse).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018.
- NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 266).
- RAUBER MARTIN, 4A_623/2018: Zustimmung zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch (Business Judgment Rule, Durchgriff; amtl. Publ.), Entscheidbesprechung, 18. August 2019 (<<https://swissblawg.ch>>).
- SETHE ROLF, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 165 ff.
- VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Business Judgment Rule – Das Geschäftsermessen des Verwaltungsrates (BGE 145 III 351), Videobeitrag vom 21. Januar 2020 (<<https://www.aktienrechtplus.ch>>).

Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht

Rolf Sethe/Lukas Fahrländer

Inhalt

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 200 |
| II. | Reform des Verjährungsrechts | 201 |
| III. | Reform der kapitalmarktrechtlichen Prospekthaftung | 202 |
| 1. | Bisherige Rechtslage | 203 |
| 2. | Anwendungsbereich und systematische Einordnung von Art. 69 FIDLEG | 205 |
| 3. | Aktivlegitimation | 207 |
| 4. | Passivlegitimation | 208 |
| 5. | Schaden | 213 |
| 6. | Widerrechtlichkeit | 214 |
| 7. | Kausalzusammenhang | 214 |
| 8. | Verschulden | 215 |
| 9. | Haftungsausschluss | 218 |
| 10. | Verjährung | 219 |
| 11. | Solidarität und Rückgriff | 220 |
| IV. | Reform der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit | 220 |
| 1. | Streichung der Sachübernahme bei der Gründungshaftung | 221 |
| 2. | Klärung der Kompetenzen der Generalversammlung zur Klageerhebung | 228 |
| 3. | Keine Berücksichtigung von Forderungen mit Rangrücktritt bei der Schadensberechnung | 229 |
| 4. | Verlängerung der Verwirkungsfrist beim Entlastungsbeschluss | 233 |
| 5. | Anpassungen bei der Verjährungsfrist | 234 |
| 6. | Keine Änderung bei der Solidarität in Bezug auf die Revisionshaftung | 235 |
| V. | Fazit | 239 |
| | Literatur | 240 |

I. Einleitung

Das Recht der Unternehmensverantwortlichkeit ist in Bewegung. Verschiedene Reformen bzw. Reformvorhaben enthalten Änderungen einzelner Verantwortlichkeitsbestimmungen oder wollen – wie die Konzernverantwortungsinitiative – die Verantwortlichkeit grundlegend erweitern: (1) Die zum 1. Januar 2020 in Kraft getretene Revision des Verjährungsrechts¹ erfasste Art. 760 OR. (2) Mit Inkrafttreten des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG)² am 1. Januar 2020 wurde die Prospekthaftung aus den Verantwortlichkeitsbestimmungen des Obligationenrechts herausgelöst und in Art. 69 FIDLEG verschoben. Die neue Haftungsbestimmung basiert weitgehend auf der Vorläufernorm des Art. 752 aOR, bringt aber einige für die Praxis bedeutende Neuerungen mit sich. Im Zusammenhang mit der Prospekthaftung ist zudem die Revision der Verjährungsbestimmung von Art. 60 OR von Bedeutung, welche ebenfalls am 1. Januar 2020 in Kraft trat.³ (3) Weiter verabschiedete das Parlament am 19. Juni 2020 die „grosse“ Aktienrechtsrevision,⁴ welche verschiedene Änderungen der Art. 753–760 OR enthält. Mit Inkrafttreten dieser Reform ist voraussichtlich im Jahr 2022 zu rechnen.⁵ (4) Die im Jahr 2016 eingereichte „Konzernverantwortungsinitiative“⁶ möchte Unternehmen mit Sitz oder Hauptverwaltung in der Schweiz die Verantwortung dafür auferlegen, dass durch sie kontrollierte Unternehmen (rechtliche oder faktische Kontrolle) international anerkannte Menschenrechts- und Umweltstandards bei der Wahrnehmung ihrer Geschäftstätigkeit einhalten (Art. 101a Abs. 2 lit. a und b E-BV). Für den Fall von Verstössen gegen diese Standards ist eine Haftung des kontrollierenden Unternehmens vorgesehen (Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV). Dieses kann sich allerdings exkulpieren. Unabhängig vom IPRG soll Schweizer Recht gelten (Art. 101a Abs. 2 lit. d E-BV) und damit eine Zuständigkeit schweizerischer Gerichte begründet werden.⁷ Über die Initiative wird am 29. Novem-

¹ Ziff. I des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 (Revision des Verjährungsrechts), AS 2018, 5343.

² Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018, SR 950.1.

³ Ziff. I, AS 2018, 5343.

⁴ Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5573 ff. Die Referendumsfrist lief am 8. Oktober 2020 unbenutzt ab.

⁵ Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 11. September 2020. Die verabschiedeten aber noch nicht in Kraft stehenden Bestimmungen werden im Folgenden mit „revOR“ bezeichnet.

⁶ Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, zustande gekommen am 1. November 2016, BBl 2016, 8107.

⁷ Vgl. dazu Botschaft zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ vom 15. September 2017, BBl 2017, 6335 ff.

ber 2020 eine Volksabstimmung stattfinden.⁸ Sollte die Initiative vom Volk abgelehnt werden, würde der vom Parlament ausgearbeitete indirekte Gegenvorschlag⁹ in Kraft treten.¹⁰ Dieser sieht eine Berichterstattungspflicht für Unternehmen über Umweltbelange, Achtung der Menschenrechte und Korruptionsbekämpfung sowie spezifische Sorgfaltspflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vor (Art. 964^{bis} ff. E-OR). Der indirekte Gegenvorschlag verzichtet auf eine Haftungsregelung. Die Thematik wird nachfolgend nicht vertieft, da offen ist,¹¹ ob die Konzernverantwortungsinitiative oder der indirekte Gegenvorschlag geltendes Recht werden wird.¹²

Im Folgenden werden die Neuerungen des Verjährungsrechts (II.) und der kapitalmarktrechtlichen Prospekthaftung aufgezeigt (III.), bevor auf die (angenommenen und verworfenen) Änderungen der Verantwortlichkeitsbestimmungen durch die Aktienrechtsrevision eingegangen wird (IV.). Der Beitrag schliesst mit einer Bewertung (V.).

II. Reform des Verjährungsrechts

Die Reform des Verjährungsrechts war erforderlich, um das zuvor geltende Recht zu vereinheitlichen und zu vereinfachen, da es bei der Verjährung nach dem Rechtsgrund der Ansprüche differenzierte und zudem eine Vielzahl von Sonderregelungen enthielt.¹³ Eine derartige Sonderregelung stellte auch die Bestimmung zur Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen (Art. 760 aOR) dar. Sie sah eine relative Verjährungsfrist von fünf Jahren und eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vor (Abs. 1). Da die Reform auf eine Verkürzung der Verjährungsfristen verzichtete,¹⁴ wurde die Bestimmung nicht an die allgemeine deliktische Verjährungsvorschrift des Art. 60 Abs. 1 OR angeglichen, der neu eine relative Frist von drei Jahren vorsieht.

⁸ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 1. Juli 2020.

⁹ Obligationenrecht (Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“), Änderung vom 19. Juni 2020, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Schlussabstimmungs-text%20%20NS%20D.pdf>>.

¹⁰ Unter der Voraussetzung, dass dagegen kein Referendum ergriffen wird.

¹¹ Der vorliegende Beitrag ist auf dem Stand 8. Oktober 2020.

¹² Vgl. zur Konzernverantwortungsinitiative aus gesellschaftsrechtlicher Sicht etwa BÖCKLI/BÜHLER, *passim*; BOHRER, 323 ff.; HANDSCHIN, 998 ff.; HOFSTETTER, 271 ff.

¹³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, 235 ff., 236.

¹⁴ BBl 2014, 263 und 264.

Vereinheitlicht wurde hingegen der Verjährungsbeginn der absoluten Verjährung von zehn Jahren. Er knüpfte zuvor lediglich an den Tag der schädigenden Handlung an. Neu beginnt die absolute Verjährung an dem Tag, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder – im Falle der Schädigung durch Unterlassen – aufhörte. Mit dieser Präzisierung übernahm der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹⁵ Von weitergehenden Anpassungen des Absatzes 1 sah er bewusst ab, da diese im Zuge der Aktienrechtsrevision zu prüfen seien.¹⁶ Dieses „gespaltene Vorgehen“ hatte die kuriose Folge, dass das Parlament am 15. Juni 2018 die Revision des Verjährungsrechts verabschiedete und dabei für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit die relative fünfjährige Verjährungsfrist beibehielt, der Nationalrat aber am gleichen Tag im Rahmen der damals laufenden Beratungen zur Aktienrechtsreform beschloss, die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre zu verkürzen (dazu unten IV.5.).

Entgegen der im Vorentwurf geplanten Streichung wurde Art. 760 Abs. 2 OR beibehalten. Er soll verhindern, dass der Geschädigte seine privatrechtlichen Ansprüche infolge Verjährung nicht mehr geltend machen kann, obgleich der Schädiger strafrechtlich verurteilt wird.¹⁷ Diese Bestimmung wurde an das allgemeine Verjährungsrecht (Art. 60 Abs. 2 OR) angeglichen. Geklärt wurden zugleich zahlreiche Streitfragen zur Reichweite der Bestimmung.¹⁸

III. Reform der kapitalmarktrechtlichen Prospekthaftung

Mit Inkrafttreten der neuen zivilrechtlichen Prospekthaftungsnorm in Art. 69 FIDLEG per 1. Januar 2020 sind die bisherigen Anspruchsgrundlagen in Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR entfallen. Im Folgenden wird insbesondere auf die durch die Reform erfolgten Änderungen des Haftungstatbestandes eingegangen.¹⁹ Für jene Haftungsvoraussetzungen, bei denen sich keine Neuerungen ergeben haben, kann auf die bisherige Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden. Ein besseres Verständnis der Reform der Prospekthaftung bedingt jedoch zunächst einen kurzen Blick zurück auf die bisherige Rechtslage.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_67/2008 vom 27. August 2009 E. 7.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_65/2008 vom 3. August 2009 E. 9.2.

¹⁶ BBl 2014, 263.

¹⁷ BBl 2014, 255.

¹⁸ Hierauf kann aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Vgl. stattdessen BBl 2014, 255 ff.

¹⁹ Nicht thematisiert wird vorliegend die Strafbestimmung von Art. 90 FIDLEG, welche die Erstellung mangelhafter Prospekte neu auch einer strafrechtlichen Sanktionierung unterwirft; vgl. dazu etwa FAHRLÄNDER, 242 f.; GERICKE/SCHIFFERLE, 197, 199.

1. Bisherige Rechtslage

Das bis zum 31. Dezember 2019 geltende Recht kannte keine einheitliche Anspruchsgrundlage für die Prospekthaftung. Bei der öffentlichen Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen durch schweizerische Aktiengesellschaften war Art. 752 aOR anwendbar. Waren in den genannten Dokumenten unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet worden, haftete jeder, der absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, den Erwerbern der Titel für den dadurch verursachten Schaden. Art. 752 aOR erfasste mithin sowohl die Eigenmittelbeschaffung bei der Gründung oder Kapitalerhöhung durch die Ausgabe von Aktien und Partizipationsscheinen als auch die Fremdkapitalbeschaffung durch die Emission von Anleihen und Notesanleihen sowie Mischformen wie Wandel- und Optionsanleihen.²⁰ Ob unter den Begriff der „anderen Titel“ auch Finanzinstrumente fielen, die keinen gesellschaftsrechtlichen Bezug zur Eigen- oder Fremdkapitalbeschaffung des Emittenten aufweisen – namentlich Derivate und strukturierte Produkte –, war umstritten; die h.L. bejahte dies jedoch.²¹ Nicht zur Anwendung kam Art. 752 aOR dagegen bei reinen Sekundärplatzierungen.²² Die Haftungsnorm von Art. 752 aOR galt gestützt auf Art. 39 BankG bei schweizerischen Banken – mit Ausnahme der Privatbankiers (Art. 38 Abs. 1 BankG) – unabhängig davon, welche Rechtsform sie aufwiesen.²³

Bei der Emission von Anleiheobligationen war Art. 1156 Abs. 3 aOR einschlägig. Sind solche ohne einen den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Prospekt ausgegeben worden, oder enthielt dieser unrichtige oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben, so waren die Personen, die absichtlich oder fahrlässig mitgewirkt haben, solidarisch für den Schaden haftbar. Nach h.L. ging bei der Emission von Obligationen durch eine schweizerische AG Art. 752 aOR als *lex specialis* Art. 1156 Abs. 3 aOR vor. Entsprechend kam letztere Bestimmung nur bei ausländischen Emittenten (falls

²⁰ NOTH/GROB, 1438; SPILLMANN/MEYER, 39; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 3 f.

²¹ OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 8; CONTRATTO, Regulierung, 330 f.; HUTTERLI, N 485; MAURENBRECHER/WALLER, 70; SCHLEIFFER/FISCHER, 180; a.M. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 21.

²² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 22; KuKo OR-LEHMANN, Art. 752 N 2; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 3.

²³ Komm.-BankG-ZOBL, Art. 39 BankG N 6.

sich der Anleiensgläubiger gestützt auf Art. 156 IPRG auf Schweizer Recht berief)²⁴ und bei schweizerischen Emittenten in einer anderen Rechtsform als jene der AG zur Anwendung (mit Ausnahme der Banken).²⁵

Bei der Ausgabe von kollektiven Kapitalanlagen statuierte das KAG keine ausdrückliche Prospekthaftung; eine solche leitete sich jedoch nach Lehre und Praxis aus der allgemeinen Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 145 KAG ab.²⁶

In Bezug auf die Anspruchsgrundlage für eine Prospekthaftung bei der Ausgabe von Derivaten und strukturierten Produkten war im bisherigen Recht zu differenzieren. Zunächst bestand nach Art. 5 Abs. 1 lit. b aKAG beim Vertrieb von strukturierten Produkten an nicht qualifizierte Anleger die Pflicht, einen vereinfachten Prospekt zu erstellen. Weil Art. 5 Abs. 5 aKAG die übrigen Bestimmungen des KAG ausdrücklich für nicht anwendbar erklärte, war auf strukturierte Produkte (anders als bei kollektiven Kapitalanlagen) die Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 145 KAG nicht einschlägig.²⁷ Folgte man der h.L., wonach Derivate und strukturierte Produkte unter den Begriff der „anderen Titel“ i.S.v. Art. 752 aOR zu subsumieren waren, kam bei Emissionen durch schweizerische Aktiengesellschaften und Banken Art. 752 aOR zur Anwendung (bei Banken i.V.m. Art. 39 BankG).²⁸ In allen anderen Fällen (praktisch bedeutsam sind insbesondere die Fälle, in denen die Emittentin eine ausländische Gesellschaft ist) existierte keine (ausdrückliche) Anspruchsgrundlage für eine Prospekthaftung. In der Lehre gab es Versuche, diese Lücke durch eine Berufung auf die Vertrauenshaftung oder auf die Deliktshaftung von Art. 41 OR zu schliessen.²⁹

Für den Fall eines fehlerhaften Kotierungsprospekts fand sich weder im aBHEG noch in den Kotierungsregularien der Börsen eine Haftungsgrundlage. In der Literatur wurde i.d.R. trotzdem das Bestehen einer Prospekthaftung angenommen, wobei wie folgt differenziert wurde: Lag ein kombinierter Emissions- und Kotierungsprospekt (Einheitsprospekt) vor, bestand in der Lehre Einigkeit darüber, dass eine Prospekthaftung gegeben war; diese wurde je nach Rechtsform des Emittenten auf Art. 752 aOR, Art. 39 BankG oder Art. 1156

²⁴ BGE 129 III 71 E. 2.3.

²⁵ ERB, 112 f.; NOTH/GROB, 1437; BSK Wertpapierrecht-WATTER, Art. 1156 N 23; ZOBL/KRAMER, N 1137.

²⁶ BGE 112 II 172; ROBERTO/WEGMANN, 164; SPILLMANN/MEYER, 39; BSK KAG-WEBER, Art. 75 N 55.

²⁷ HUTTERLI, N 480 f.; MAURENBRECHER/WALLER, 68.

²⁸ CONTRATTO, Regulierung, 329 ff.; HUTTERLI, N 482 ff.; MAURENBRECHER/WALLER, 70 f.

²⁹ Vgl. CONTRATTO, Regulierung, 333 ff.; CONTRATTO, Prospekt, 200 f.; HUTTERLI, N 495 ff.; MAURENBRECHER/WALLER, 74 ff., je m.w.V.

Abs. 3 aOR gestützt.³⁰ Umstritten war jedoch, ob bei einem reinen Kotierungsprospekt, z.B. im Fall einer Sekundärplatzierung, eine Haftung möglich war. Ein Teil des Schrifttums bejahte dies mit der Begründung, der Kotierungsprospekt stellte eine „ähnliche Mitteilung“ i.S.v. Art. 752 aOR dar.³¹ Die Gegenansicht lehnte eine Haftung in diesem Fall ab, weil es sich bei der Kotierung von Effekten, die nicht neu emittiert wurden, um einen Vorgang im Rahmen des Sekundärmarkts handle, welcher nicht unter Art. 752 aOR gefallen sei.³²

Schliesslich statuierte Art. 76 Abs. 1 aKAG i.V.m. Art. 145 KAG eine Haftung für das sog. Key Investor Information Document (KIID) bei Effektenfonds und übrigen Fonds für traditionelle Anlagen. Eine darüber hinausgehende Haftung für ein fehlerhaftes Basisinformationsblatt (BIB) war dem bisherigen Recht mangels genereller Pflicht zur Erstellung eines BIB unbekannt.

2. Anwendungsbereich und systematische Einordnung von Art. 69 FIDLEG

Art. 69 Abs. 1 FIDLEG lautet: „Wer in Prospekten, im Basisinformationsblatt oder in ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben macht, ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, haftet dem Erwerber eines Finanzinstruments für den dadurch verursachten Schaden.“ Zwar stützt sich diese neue Bestimmung grundsätzlich auf Art. 752 aOR.³³ Im Vergleich mit dem bisherigen Recht hat der sachliche Anwendungsbereich der Prospekthaftung aber durch die im FIDLEG erweiterte Prospektpflicht (Art. 35 ff. FIDLEG)³⁴ und durch die neue Pflicht, in bestimmten Fällen ein Basisinformationsblatt zu erstellen (Art. 58 ff. FIDLEG),³⁵ in verschiedener Hinsicht eine Erweiterung erfahren. Neben dieser Erweiterung bringt Art. 69 FIDLEG auch eine Vereinheitlichung mit sich, denn

³⁰ CAMENZIND, 89; CONTRATTO, Regulierung, 336 f.; NOTH/GROB, 1440; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 3; ZOBL/KRAMER, N 1140.

³¹ APPENZELLER/WALLER, 261 f.; DAENIKER/WALLER, Due Diligence, 59 f.; HENCKEL VON DONNERSMARCK, 179; KOWALEWSKI, 1024; NOTH/GROB, 1440; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 14.

³² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 26a; CAMENZIND, 89; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 973; ZOBL/KRAMER, N 1140.

³³ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, 8901 ff., 8992.

³⁴ Eingehend zur erweiterten Prospektpflicht BÖSCH, Prospektrecht, 81 ff.; BÖSCH, FS von der Crone, 495 ff.; BÖSCH, FIDLEG-Prospektrecht, 451 ff.; COURVOISIER, 307 ff.; FAHRLÄNDER, 239 ff.; REHM/WERLEN, 55 ff.; SCHLEIFFER/SCHÄRLI, 1 ff.; SPILLMANN/GIGER, 182 ff.; SPILLMANN/MEYER, 7 ff.; WEBER/KRONAUER/FAHRLÄNDER, N 44.84 ff.

³⁵ Eingehend zur Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts EGGEN, 243 ff.

nun besteht eine einheitliche Haftungsgrundlage für zivilrechtliche Ansprüche aus fehlerhaften Prospekten, Basisinformationsblättern und ähnlichen Mitteilungen.

Indem gem. Art. 35 Abs. 1 FIDLEG sowohl bei öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Effekten i.S.v. Art. 3 lit. g und h FIDLEG als auch beim Antrag auf Zulassung von Effekten zum Handel auf einem Handelsplatz eine Prospektpflicht besteht, erfasst die Prospekthaftung von Art. 69 FIDLEG neu neben Emissions- auch Kotierungsprospekte. Durch die Ausdehnung der Prospektpflicht auf sämtliche (börslichen und ausserbörslichen) öffentlichen Angebote zum Erwerb von Effekten wurde der Anwendungsbereich von Art. 69 FIDLEG zudem neben dem Primärmarkt³⁶ auch auf den Sekundärmarkt ausgeweitet; es werden mithin auch reine Sekundärplatzierungen erfasst, sofern sie im Rahmen eines öffentlichen Angebots erfolgen.³⁷ Weiter stellt Art. 69 FIDLEG eine Haftungsgrundlage für sämtliche Finanzinstrumente dar, unabhängig davon, was der Emittent für eine Rechtsform aufweist und um was für Finanzinstrumente es sich handelt;³⁸ erfasst sind also insbesondere auch Prospekte und Basisinformationsblätter für Derivate, strukturierte Produkte und kollektive Kapitalanlagen. Schliesslich statuiert Art. 69 FIDLEG eine Haftung für sämtliche Anlegerinformationen, sofern sie in Prospekten, Basisinformationsblättern oder ähnlichen Mitteilungen³⁹ enthalten sind. Im Vergleich zum bisherigen Recht erfolgt insbesondere eine Ausweitung auf das (neu zu erstellende) Basisinformationsblatt.

Die Prospekthaftung wurde bereits unter bisherigem Recht – obwohl im OR geregelt – als kapitalmarktrechtliche Bestimmung verstanden.⁴⁰ Mit der Überführung ins FIDLEG ist sie nun auch – systematisch korrekt – in einem Finanzmarktgesetz geregelt. Als kapitalmarktrechtliche Norm bezweckt Art. 69 FIDLEG ausschliesslich den Ersatz von Schäden, die durch eine primäre oder sekundäre Kapitalmarkttransaktion entstanden sind.⁴¹ Dies ist insbesondere bei „freiwilligen“ Prospekten⁴² oder anderen „ähnlichen Mitteilungen“ von Bedeutung. Solche Dokumente fallen nur unter die Haftung von Art. 69 FID-

³⁶ Bei der Prospekthaftung handelt es sich herkömmlicherweise um die zentrale Haftung im Primärmarkt; ZOBL/KRAMER, N 1133.

³⁷ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 11, 23.

³⁸ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 23.

³⁹ Zur Auslegung des Begriffs der „ähnlichen Mitteilungen“ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 65 ff.

⁴⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 16; KOWALEWSKI, 1003; WATTER/DUBS, Organhaftungsregelung, 1312; WERLEN, 253.

⁴¹ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 13.

⁴² „Freiwillig“ sind Prospekte, welche trotz fehlender Prospektpflicht erstellt werden.

LEG, wenn sie im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot oder einer Handelszulassung veröffentlicht werden. Erstellt z.B. ein Emittent trotz Vorliegens einer der Ausnahmen von der Prospektpflicht gem. Art. 36–38 FIDLEG einen Prospekt und macht darin unrichtige oder irreführende Angaben, ist Art. 69 FIDLEG einschlägig.⁴³ Stellt jedoch eine Transaktion kein öffentliches Angebot i.S.v. Art. 3 lit. g und h FIDLEG dar, fallen transaktionsbegleitende Dokumente (z.B. ein „Information Memorandum“ im Rahmen eines privaten Bieterverfahrens) nicht unter die Prospekthaftung von Art. 69 FIDLEG.⁴⁴

3. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation ist inhaltlich gleich geregelt wie unter bisherigem Recht; es kam einzig zu einer terminologischen Anpassung an die Ausweitung der Prospektpflicht: Art. 752 aOR sprach von den „Erwerbern der Titel“, bei Art. 69 FIDLEG sind hingegen die „Erwerber eines Finanzinstruments“ aktivlegitimiert. Diese terminologische Änderung ist folgerichtig, denn der Anwendungsbereich von Art. 69 FIDLEG erstreckt sich nicht nur auf *für Effekten* zu erstellende Prospekte (vgl. Art. 58 Abs. 1 FIDLEG), sondern auch auf die *für Finanzinstrumente* zu erstellenden Basisinformationsblätter (sofern sie Privatkunden angeboten werden und keine Ausnahme greift).

Entsprechend ist die bisherige Rechtsprechung und Lehre zur Aktivlegitimation der Prospekthaftung weiterhin anwendbar. Klageberechtigt sind zunächst jene Anleger, die eine Effekte anlässlich des öffentlichen Angebots oder der Handelszulassung erworben haben (vgl. Art. 35 Abs. 1 FIDLEG), und Privatkunden, die ein Finanzinstrument gestützt auf ein Basisinformationsblatt gekauft haben (vgl. Art. 58 Abs. 1 FIDLEG). Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung zählen aber auch jene Investoren zu den Aktivlegitimierten, die ein Titel zu einem späteren Zeitpunkt am Sekundärmarkt kaufen, sofern die unrichtigen Informationen im Prospekt kausal für den Kaufentschluss oder für den Kauf zum entsprechenden Preis waren.⁴⁵ Ebenfalls anspruchsberechtigt sind Investoren, die nach Veröffentlichung des Prospekts schon früher emittierte Titel der gleichen Kategorie erwerben.⁴⁶ Weiter spielt es keine Rolle, ob ein Anleger das fragliche Finanzinstrument bereits wieder veräußert oder das Eigentum

⁴³ So bereits unter bisherigem Recht BGE 120 IV 122 E. 4d bb; OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 9; APPENZELLER/WALLER, 261 f.; REUTTER, 41; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 5.

⁴⁴ Eingehend SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 24, 67 f.

⁴⁵ BGE 131 III 306 E. 2.1 sowie statt vieler OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 14; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR N 13; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 19; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 6, je m.w.V.

⁴⁶ OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 14; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 8.

daran auf andere Weise (z.B. durch eine Schenkung) verloren hat; er bleibt trotzdem aktivlegitimiert, sofern ihm ein durch den fehlerhaften Prospekt kausal verursachter Schaden entstanden ist.⁴⁷ Schliesslich ist auch klageberechtigt, wer die Finanzinstrumente unentgeltlich (z.B. durch eine Schenkung oder Erbschaft) oder zu fiduziarischen Zwecken erworben hat.⁴⁸

4. Passivlegitimation

Nach dem Wortlaut von Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR hafteten alle Personen, die bei der Erstellung oder Verbreitung von fehlerhaften Prospekten und ähnlichen Mitteilungen *mitgewirkt* haben. Entsprechend war die Passivlegitimation im bisherigen Recht sehr breit. Unter die „Ersteller“ fielen neben dem Emittenten und seinen handelnden Organen und Angestellten auch ausenstehende Beauftragte (Anwälte, Steuerberater, Revisoren und andere Berater), die Emissionsbanken sowie gegebenenfalls Ratingagenturen. Zur Kategorie der „Verbreiter“ gehörten insbesondere Konsortialbanken sowie generell Finanzinstitute und andere Personen, die am Vertrieb der Wertpapiere beteiligt waren. Eine „Mitwirkung“ war jedoch nur gegeben, wenn die fragliche Person einen massgebenden Einfluss bei der Erstellung bzw. Verbreitung des fehlerhaften Prospekts ausübte; dies wurde daran gemessen, ob die Person in der Lage gewesen wäre, eine allenfalls falsche oder irreführende Angabe im Prospekt zu korrigieren.⁴⁹

Art. 69 Abs. 1 FIDLEG schränkt die Passivlegitimation nun deutlich ein. Passivlegitimiert ist, wer in fehlerhaften Prospekten, Basisinformationsblättern oder in ähnlichen Mitteilungen „Angaben macht“. Im Vergleich zum Wortlaut von Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR fehlt einerseits die „Verbreitung“ der Prospekte und andererseits der Begriff der „Mitwirkung“. Eine grammatikalische Auslegung von Art. 69 Abs. 1 FIDLEG ergibt somit, dass nur mehr die eigentlichen Prospektersteller passivlegitimiert sind.⁵⁰ Dieses Resultat wird von einer historischen Gesetzesauslegung bestätigt. Weil diese Formulierung der Passivlegitimation erst in der parlamentarischen Beratung in das Gesetz aufge-

⁴⁷ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR N 13; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 19; SPILLMANN/MEYER, 40 f.; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 7.

⁴⁸ NOTH/GROB, 1449; ROBERTO/WEGMANN, 173; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 8a; BK-ZIEGLER, Art. 1156 OR N 24.

⁴⁹ Für einen Überblick über die Passivlegitimation im bisherigen Recht vgl. etwa OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 16 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 17 ff.; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 752 N 21 ff.; DAENIKER/WALLER, Informationspflichten, 85 ff.; ROBERTO/WEGMANN, 173 ff.; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 10 ff.; ZOBL/KRAMER, N 1162 ff.

⁵⁰ FAHRLÄNDER, 242; GERICKE/SCHIFFERLE, 192; SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 39; WEBER/KRONAUER/FAHRLÄNDER, N 44.118.

nommen wurde, sind der Botschaft keine Ausführungen dazu zu entnehmen. Die Änderung des Wortlauts wurde im Nationalrat ausdrücklich damit begründet, dass der Kreis der Passivlegitimierten im Gegensatz zum früheren Recht auf den eigentlichen Ersteller des Prospekts eingeschränkt werden sollte.⁵¹ Diese Formulierung wurde in der Differenzbereinigung zunächst vom Ständerat nochmals rückgängig gemacht,⁵² schliesslich aber doch angenommen.⁵³ Auch den Voten im parlamentarischen Differenzbereinigungsverfahren ist klar zu entnehmen, dass der enge Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 FIDLEG zu einer Änderung der Rechtslage führen sollte, indem andere Mitwirkende als die eigentlichen Ersteller sowie blosser Vertreiber des Prospekts nicht mehr passivlegitimiert sind.⁵⁴ Die grammatikalische und historische Auslegung von Art. 69 Abs. 1 FIDLEG belegen also, dass die Passivlegitimation im neuen Recht auf die eigentlichen Ersteller des Prospekts beschränkt ist.⁵⁵

Somit stellt sich die Folgefrage, wer als Prospektersteller i.S.v. Art. 69 FIDLEG gilt. Unseres Erachtens sind dies jene natürlichen und/oder juristischen Personen, die im Prospekt die Verantwortung übernommen haben (Prospektverantwortliche).⁵⁶ Nach Anhang 1 bis Anhang 5, jeweils Ziff. 4 FIDLEV muss der Prospekt angeben, welche Gesellschaften oder Personen für den Prospekthalt oder gegebenenfalls für bestimmte bezeichnete Prospektabschnitte die

⁵¹ Vgl. AmtlBull NR 2017, 1318, NR BIRRER-HEIMO: „[Nach der WAK-N soll] nur der eigentliche Ersteller von Prospekten oder ähnlichen Mitteilungen [...] für durch falsche Angaben entstandenen Schaden haften“; AmtlBull NR 2017, 1321, BR MAURER: „Die WAK-N hat [in Bezug auf die Passivlegitimation] entschieden, den regulatorischen Status quo aufzugeben“ und „entgegen der [früheren] Regelung im OR den Kreis der Haftpflichtigen einzuschränken, indem wir diejenigen, die bei der Ausarbeitung des Prospekts mitgewirkt haben, von der Haftung neu ausschliessen“; AmtlBull NR 2017, 1323, NR BARAZZONE: „[...] il sied de noter que la majorité de la commission a restreint le champ d'application et de responsabilité en excluant la responsabilité de ceux qui ont aidé à la préparation du prospectus, par exemple les mandataires ou les avocats. Ceux-ci ne pourront pas être directement recherchés par le lésé [...]“.

⁵² AmtlBull StR 2018, 135.

⁵³ AmtlBull NR 2018, 612; AmtlBull StR 2018, 366.

⁵⁴ Vgl. AmtlBull StR 2018, 134, StR GERMANN: „Für einen Prospekt, ein Basisinformationsblatt muss einzig und allein der Ersteller haften. Eine pauschale Ausdehnung darüber hinaus ist wiederum ein Swiss Finish, der regelmässig den Falschen bestrafen würde. Im schlimmsten Fall [...] droht gar der Exodus des ganzen Emissionsgeschäfts ins Ausland [...]“; AmtlBull NR 2018, 613, NR WALT: „Weiter soll die Haftung auf die echten Ersteller dieser Informationsinstrumente und nicht auch beispielsweise auf die reinen Vertreiber ausgedehnt werden [...]“.

⁵⁵ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 40; gleicher Meinung GERICKE/SCHIFFERLE, 192.

⁵⁶ Gleicher Meinung SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 41.

Verantwortung übernehmen.⁵⁷ Die Prospektverantwortlichen müssen zudem erklären, dass ihres Wissens die Angaben richtig sind und keine wesentlichen Umstände ausgelassen wurden. Eine Übernahme der Verantwortung für den Prospekt liegt mithin nur dann vor, wenn diese durch Kundgabe im Prospekt selber nach aussen erkennbar wird. In der Praxis wird es sich bei den Prospektverantwortlichen je nach Konstellation i.d.R. um den Emittenten,⁵⁸ den Anbieter auf dem Sekundärmarkt⁵⁹ oder denjenigen, der um Börsenzulassung ersucht, handeln. Andere Personen haften dann, wenn sie im Prospekt ausdrücklich erklären, eine persönliche Verantwortung für den Prospekt zu übernehmen.⁶⁰

Es stellt sich die Frage, ob bei dieser Auslegung eine Haftungslücke entstehen kann, wenn der Prospekt keinen Prospektverantwortlichen nennt oder die Angabe zum Prospektverantwortlichen nicht der Wahrheit entspricht. Das Fehlen der Angabe des Prospektverantwortlichen dürfte zumindest in den Fällen ausgeschlossen sein, in denen der Prospekt einer Prospektprüfung unterliegt (Art. 51 Abs. 1 und 2 FIDLEG) und daher auf formale Vollständigkeit überprüft wird. Prospekte kollektiver Kapitalanlagen müssen nach Anhang 6 zur FIDLEV keine Angaben über die Prospektverantwortlichen enthalten und die Prospekte unterliegen auch keiner Prüfung (Art. 51 Abs. 3 FIDLEG). Bei solchen Prospekten ist die Nennung der Verantwortlichen aber nicht nötig, weil das Gesetz ausdrücklich sagt, wer als Prospektersteller gilt (vgl. Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 und 3 FIDLEG).⁶¹ Bei sämtlichen Prospekten ist es möglich, dass die Angaben zum Prospektverantwortlichen nicht der Wahrheit entsprechen (wobei offensichtliche Fehlangaben bei der Prospektprüfung aufgedeckt werden sollten). In derartigen Konstellationen entfällt nicht die Passivlegitimation, denn es kommt auf die materielle Rechtslage, nicht auf die formale (fehlende oder falsche) Angabe zur Prospektverantwortung im Text des Prospekts an.

⁵⁷ Dies gilt auch für den Fall, dass ein Finanzdienstleister für später öffentlich angebotene Effekten keinen Prospekt veröffentlichen muss, solange ein gültiger Prospekt vorliegt und der Emittent oder die Personen, die die Verantwortung für den Prospekt übernommen haben, in dessen Verwendung eingewilligt haben (vgl. Art. 36 Abs. 4 FIDLEG). Auch in dieser Konstellation ist also ein Prospektverantwortlicher vorhanden.

⁵⁸ Vgl. die Legaldefinition des Emittenten in Art. 3 lit. f FIDLEG.

⁵⁹ Bei Sekundärmarkttransaktionen ist der Emittent i.d.R. nicht beteiligt, weshalb ihn in diesen Fällen bei der Erstellung des Prospekts gem. Art. 35 Abs. 2 FIDLEG keine Mitwirkungspflichten treffen; BB1 2015, 8971.

⁶⁰ Eingehend SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 41, 43 ff.

⁶¹ Bei offenen kollektiven Kapitalanlagen muss die Fondsleitung bzw. die SICAV einen Prospekt erstellen (Art. 48 Abs. 1 FIDLEG), bei geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen bzw. die SICAF (Art. 49 Abs. 1 und 3 FIDLEG).

Passivlegitimiert ist in diesen Fällen der Emittent, da er für die Emission und damit für die korrekte Prospekterstellung zuständig ist.⁶² Bei Sekundärmarktemissionen haftet der bisherige Aktionär. Die formale Angabe zur Prospektverantwortung im Prospekt umschreibt die Passivlegitimation also keineswegs abschliessend, sondern ist ein wesentliches Indiz. Entscheidend ist stets die materielle Rechtslage. Von der Aussenhaftung gegenüber den Anlegern zu unterscheiden ist die Möglichkeit des Regresses des Emittenten gegenüber seinen Organmitgliedern und beauftragten Beratern.⁶³

In Bezug auf die Revisionsstellen ist zu beachten, dass diese allein durch den Einbezug der von ihnen testierten Jahres- und Zwischenabschlüsse in den Prospekt noch keine Verantwortung für den Prospekt übernehmen. Sind die Abschlüsse mangelhaft, kommt daher keine Haftung aus Art. 69 FIDLEG, sondern gegebenenfalls nur eine solche aus Art. 755 OR infrage.⁶⁴

Passivlegitimiert sind neu zudem die Ersteller von Basisinformationsblättern, also die Ersteller der fraglichen Finanzinstrumente (Art. 58 Abs. 1 FIDLEG). Als „Ersteller“ eines Finanzinstruments gelten gem. der Legaldefinition in Art. 3 lit. i FIDLEG „Personen, die ein Finanzinstrument erstellen oder Änderungen an einem bestehenden Finanzinstrument, einschliesslich Änderungen seines Risiko- und Renditeprofils oder der mit einer Anlage in das Finanzinstrument verbundenen Kosten, vornehmen.“ Auch für den Fall, dass die Erstellung des Basisinformationsblatts gem. Art. 58 Abs. 3 FIDLEG an qualifizierte Dritte übertragen wird (vgl. auch Art. 84 FIDLEV), bleibt der Ersteller für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben im Basisinformationsblatt sowie für die Einhaltung der Pflichten nach den Art. 58–68 FIDLEG verantwortlich und ist gegebenenfalls nach Art. 69 FIDLEG haftbar.⁶⁵

Im Gegensatz zum bisherigen Recht nicht mehr passivlegitimiert sind bei Art. 69 FIDLEG dagegen aussenstehende Beauftragte, wie z.B. Emissionsban-

⁶² Anders GERICKE/SCHIFFERLE, 192, nach denen alle natürlichen Personen als „Ersteller“ des Prospekts gelten und damit passivlegitimiert sind, die „in Kenntnis oder in auf mangelnder Sorgfalt beruhender Unkenntnis oder Fehlbeurteilung der Umstände direkt oder indirekt zur fraglichen Fehlaussage oder Irreführung beigetragen haben. Dabei dürfte es etwa genügen, dass jemand, der aufgrund der Firmen- oder Transaktionsorganisation mitverantwortlich für den Prospekt ist (z.B. ein CFO), im Wissen, dass die direkt mit der Prospektredaktion befassten Personen gewisse relevante Sachverhalte nicht kennen, diese nicht entsprechend instruiert oder die Probleme diesen gegenüber nicht oder nicht klar offenlegt.“ Sie bejahen also eine Aussenhaftung von Organmitgliedern und Beratern und nicht nur des Emittenten; vgl. dazu auch Fn. 66.

⁶³ Dazu unten Text bei Fn. 69.

⁶⁴ SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 41.

⁶⁵ BB1 2015, 8985; SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 43.

ken, Anwälte, Steuerberater oder Revisoren, sowie Personen, die den Prospekt oder die ähnliche Mitteilung lediglich verbreiten. Dies gilt auch für die Bank, welche als Lead Managerin tätig wird; sie ist nicht Prospektverantwortliche, sofern sie nicht im Prospekt als solche bezeichnet wird. Ebenfalls keiner Aussenhaftung gegenüber Erwerbern unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung sowie andere Mitarbeiter des Emittenten, sofern sie nicht im Prospekt ausdrücklich eine persönliche Verantwortung übernommen haben.⁶⁶ Keiner Haftung nach Art. 69 FIDLEG unterliegt schliesslich die Prüfstelle i.S.v. Art. 52 FIDLEG, denn sie ist ausschliesslich für die aufsichtsrechtliche Prüfung zuständig und an der Erstellung der Prospekte nicht beteiligt.⁶⁷ Sie kann jedoch nach Massgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG) haften.⁶⁸

Zu beachten ist jedoch, dass sich eine Verantwortlichkeit von am Prospekt „Mitwirkenden“, seien es beauftragte Berater oder Organe des Prospekterstellers, aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben kann. Zunächst können Mitwirkende u.U. im Innenverhältnis gegenüber dem Prospektersteller haftbar werden, wenn letzterer im Aussenverhältnis einer Haftung unterliegt, welche durch eine kausale Verletzung der Pflichten der Mitwirkenden (mit)verursacht wurde. Eine solche Haftung kann sich je nach Rechtsverhältnis auf Auftragsrecht (Art. 398 OR) oder auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 f. OR) stützen.⁶⁹ Weiter kann sich eine Aussenhaftung von Mitwirkenden bei der Erstellung des Prospekts oder des Basisinformationsblatts daraus ergeben, dass das neue Recht in Art. 90 Abs. 1 FIDLEG die vorsätzliche Verletzung der Prospektpflicht oder der Pflicht zur Veröffentlichung eines Basisinformationsblatts unter Strafe stellt. Die Strafbestimmung von Art. 90 Abs. 1 FIDLEG richtet sich an den Ersteller des Prospekts oder des Basisinformationsblatts bzw. gestützt auf Art. 6 VStrR an die natürlichen Personen, die für den Ersteller handeln. Darüber hinaus können sich auch Personen, die zu einer Verletzung der Pflichten vorsätzlich anstiften oder Hilfe leisten, gem. Art. 5 VStrR i.V.m. Art. 90 Abs. 1 FIDLEG strafbar machen. Somit fallen auch die Organe des Prospekterstellers sowie beauftragte Berater unter die Strafbestimmung. Weil es

⁶⁶ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 42; a.M. GERICKE/SCHIFFERLE, 192 f., nach denen auch im neuen Recht Berater oder Verwaltungsräte des Emittenten passivlegitimiert sind, wenn sie den Prospekt „inhaltlich prägen“, wenn sie also an der inhaltlichen Formulierung des Prospekts teilnehmen und dabei in eigener Kenntnis der korrekten Informationen Einfluss auf dessen Inhalt haben; vgl. auch Fn. 62.

⁶⁷ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 42.

⁶⁸ Z.B. wenn sie den Prospekt nicht prüft und daher dessen Unvollständigkeit nicht bemerkt; vgl. GRUNDER, 587.

⁶⁹ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 47.

sich bei Art. 90 FIDLEG um eine Schutznorm handelt, ist gleichzeitig eine zivilrechtliche Haftung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR möglich. Dies gilt allerdings nicht für nach Art. 3 FINMAG Beaufsichtigte und für Personen, die für sie tätig sind, weil diese gem. Art. 92 FIDLEG von einer Strafbarkeit ausgenommen sind.⁷⁰

Die Einschränkung der Passivlegitimation in Art. 69 FIDLEG entlässt also die an der Prospekterstellung Mitwirkenden nicht völlig aus der Verantwortung, sondern erlaubt den Regress des Emittenten im Innenverhältnis. Zudem ist die Einschränkung auch aus rechtspolitischer Sicht durchaus vertretbar. Zwar wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die Haftung von Emissionsbanken der ihnen zukommenden Kontrollfunktion als Gatekeeperin des Kapitalmarkts entsprechen müsse. In der Praxis komme gerade den Emissionsbanken eine zentrale Aufgabe zu, da bei ihr alle Informationen zusammenliefen und sie daher die sorgfältige Kontrolle der vom Emittenten gelieferten Informationen vornehme.⁷¹ Dieser vor dem Hintergrund des früheren deutschen Rechts angenommene Wirkungszusammenhang traf aber bereits vor der Reform nicht für das schweizerische Recht zu. Unter bisherigem Recht durften sich die Emissionsbanken hierzulande auf die Angaben der übrigen Beteiligten verlassen und hafteten somit grundsätzlich nur dann, wenn sie vorsätzlich (oder zumindest grobfahrlässig) falsche Angaben in den Prospekt übernahmen.⁷² Zudem ist kaum anzunehmen, dass für die Banken der Anreiz zu sorgfältigem Handeln nun faktisch sinkt, verbleibt doch das Reputationsrisiko bei der Bank, das steuernd auf sie wirkt. Auch ist zu berücksichtigen, dass die bisherige Regelung der Passivlegitimation deutlich weiter reichte als diejenige in der EU,⁷³ so dass sich ein Festhalten am bisherigen Recht als Wettbewerbsnachteil und damit langfristig als schädlich für den Schweizer Finanzplatz hätte erweisen können.

5. Schaden

Der Schaden wird auch bei der Prospekthaftung nach der im Haftpflichtrecht allgemein anerkannten Differenztheorie berechnet. In Bezug auf die Schadensberechnung haben sich durch die Reform keine Änderungen ergeben.⁷⁴

⁷⁰ SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 48.

⁷¹ Zur Kontrollfunktion der Emissionsbank bei Platzierungen FLEISCHER, F 64 ff.

⁷² BGE 129 III 71 E. 2.6 f.; hierzu DAENIKER, Federführende Bank, 365 ff.; DAENIKER/WALLER, Due Diligence, 69 ff.; MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE, 158 ff.; SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 49.

⁷³ Siehe den Rechtsvergleich bei SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 109 ff.

⁷⁴ Eingehend zum Schaden SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 51 ff.

6. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit besteht bei der Prospekthaftung gem. Art. 69 Abs. 1 FIDLEG darin, dass die passivlegitimierte Person „in Prospekten, im Basisinformationsblatt oder in ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben macht“. Im Vergleich zum bisherigen Recht erfuhr das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit eine Einschränkung, indem das *Verbreiten* eines mangelhaften Prospekts im Gegensatz zu Art. 752 aOR bei Art. 69 FIDLEG keine Widerrechtlichkeit mehr darstellt. Ansonsten entspricht die Formulierung der Widerrechtlichkeit in Art. 69 FIDLEG jener im bisherigen Recht.⁷⁵

7. Kausalzusammenhang

In Bezug auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen dem widerrechtlichen Verhalten und dem eingetretenen Schaden hat die Reform zu keiner Änderung geführt.⁷⁶ Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich gegen die Aufnahme einer Vermutung zwischen unrichtigem Prospektinhalt und Kaufentscheid – wie bei der aus dem US-amerikanischen Recht bekannten „*fraud on the market doctrine*“⁷⁷ – in Art. 69 FIDLEG entschieden, weil sie der allgemeinen Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) widersprechen würde.⁷⁸ Dies entspricht der Praxis⁷⁹ und herrschenden Lehre⁸⁰ zum bisherigen Recht. Die Beweislast für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs liegt somit auch in Zukunft beim Kläger.⁸¹ Es kommt jedoch zu einer Beweiserleichterung in Bezug auf das Beweismass, indem das Bundesgericht – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zum Nachweis der Kausalität⁸² – keinen strikten Beweis ver-

⁷⁵ Dazu SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 58 ff.

⁷⁶ Eingehend zum Kausalzusammenhang SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 84 ff.

⁷⁷ Nach dieser Theorie ist ein Unternehmen, das am Kapitalmarkt falsch oder zu spät informiert, allen Anlegern gegenüber schadenersatzpflichtig, die im fraglichen Zeitraum Effekten gekauft oder verkauft haben; mithin wird der Kausalzusammenhang zwischen der falschen oder unterlassenen Information und dem Schaden vermutet; eingehend hierzu DAENIKER, *Fraud*, 396 ff. m.w.V.

⁷⁸ BBl 2015, 8993.

⁷⁹ BGE 132 III 715 E. 3.2, wonach eine solche Umkehr der Beweislast systemfremd sei und im Gesetz keine Stütze finde.

⁸⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 18 N 36; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 752 OR N 14; CAMENZIND, 107 f.; DAENIKER/WALLER, *Informationspflichten*, 78; ROBERTO/WEGMANN, 169; ZOBL/KRAMER, N 1155; für eine Vermutung der Kausalität hingegen BÄRTSCHI, 233; HENCKEL VON DONNERSMARCK, 177 f.; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 26a.

⁸¹ Gleicher Meinung GERICKE/SCHIFFERLE, 193.

⁸² Statt vieler BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

langt, sondern den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen lässt.⁸³ Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit „gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen“.⁸⁴ Somit nähert sich die Rechtslage faktisch jener einer Vermutung nach der „*fraud on the market doctrine*“ an.⁸⁵

8. Verschulden

Bei Art. 69 FIDLEG handelt es sich um eine Verschuldenshaftung. Im Gesetzgebungsverfahren war die Frage, ob das Verschulden zu vermuten ist oder ob es vom Kläger bewiesen werden muss, stark umstritten. Nach dem nun geltenden Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 FIDLEG haftet, wer in einem haftungsbe gründenden Dokument unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben macht, „ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden“. Wie dieser Gesetzeswortlaut auszulegen ist, lässt sich nur verstehen, wenn zunächst die bisherige Rechtslage sowie der Gesetzgebungsprozess in Bezug auf das Tatbestandselement des Verschuldens betrachtet werden.

Nach Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR haftete jeder, der „absichtlich oder fahrlässig“ bei einem mangelhaften Prospekt mitgewirkt hatte. Somit bestand eine Haftung für jedes Verschulden, also bereits für leichte Fahrlässigkeit, wobei ein objektivierter Verschuldensmassstab zur Anwendung kam.⁸⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre musste das Verschul-

⁸³ BGE 132 III 715 E. 3.2; ähnlich bereits BGE 47 II 272 E. 5, der eine Beweiserleichterung gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung vorsah.

⁸⁴ BGE 130 III 321 E. 3.3; vgl. auch BGE 132 III 715 E. 3.2.3, wonach diese Beweiserleichterung bei der Prospekthaftung ausreiche, „die legitimen Interessen des Klägers, der sich bei der Durchsetzung seiner Ansprüche in Beweisschwierigkeiten befinden kann, zu schützen“.

⁸⁵ So auch BBI 2015, 8993; ZOBL/KRAMER, N 1155; vgl. zum alten Recht BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 36; DAENIKER/WALLER, Informationspflichten, 78 und DEDEYAN, 911, die von einer „natürlichen Vermutung“ sprechen.

⁸⁶ BGE 129 III 71 E. 2.4; OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 34; BÄRTSCHI, 300 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 37; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 752 OR N 15; CAMENZIND, 110; DAENIKER/WALLER, Informationspflichten, 80; NOTH/GROB, 1453; REUTTER, 55; SPILLMANN/MEYER, 44; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 29; BK-ZIEGLER, Art. 1156 OR N 27; ZOBL/KRAMER, N 1158.

den vom Kläger nachgewiesen werden.⁸⁷ Begründet wurde dies damit, dass es sich bei der Prospekthaftung um eine Deliktshaftung handle⁸⁸ und damit die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB zur Anwendung komme. Eine Mindermeinung in der Lehre ging dagegen von einer Verschuldensvermutung aus.⁸⁹ Diese Ansicht wurde damit begründet, dass die Prospekthaftung eine kapitalmarktrechtliche Vertrauenshaftung darstelle, auf welche die vertragliche Regelung von Art. 97 Abs. 1 OR analog zur Anwendung komme.⁹⁰ Zudem wurde festgehalten, dass Gegenstand des Beweises in der Regel unternehmensinterne Sachverhalte seien, zu denen der Beklagte, nicht aber der Kläger Zugang habe, weshalb eine Beweislastumkehr angemessen sei.⁹¹ Schliesslich wurde darauf hingewiesen, dass dem Tatbestandselement des Verschuldens eine untergeordnete Bedeutung zukomme, weil eine Pflichtverletzung aufgrund des objektivierten Verschuldensmassstabs das Verschulden in der Regel impliziere.⁹²

Der Vorentwurf der Prospekthaftung sah eine Verschuldensvermutung mit Exkulpationsmöglichkeit vor; nach Art. 69 VE-FIDLEG sollte jeder Passivegitimierte haften, „soweit er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft“. Damit sollte gemäss dem Erläuternden Bericht die bereits im bisherigen Recht bestehende Verschuldensvermutung für die Haftung aus dem Vertrieb von Kollektivanlagen von Art. 145 KAG auf die Haftung für sämtliche Prospekte ausgedehnt werden. Weiter wurde als Begründung angeführt, dass „ein grosser Teil der Lehre bereits heute von einer bestehenden Verschuldensvermutung in der Prospekthaftung nach OR ausgeht und in diesem Bereich ohnehin ein objektivierter Verschuldensbegriff gilt, eine Pflichtverletzung auf Seiten des Emittenten mithin schon jetzt kaum mehr unverschuldet erfolgen kann“.⁹³ In der Vernehmlassung wurde diese Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden von diversen Teilnehmern abgelehnt. Es wurde vorgebracht, dass es sich bei der Prospekthaftung um eine deliktische Haftung handle, bei der eine der vertragshaftungsrechtlichen Beweislastumkehr entsprechende Regelung

⁸⁷ BGE 129 III 71 E. 2.5; BÄRTSCHI, 308; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 37; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 752 OR N 7; CAMENZIND, 86; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 752 N 31; DAENIKER/WALLER, Informationspflichten, 81; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 340; REUTTER, 55; ZOBL/KRAMER, N 1158.

⁸⁸ Vgl. zur Rechtsnatur der Prospekthaftung auch unten III.10 Fn. 115.

⁸⁹ BERTSCHINGER, 1288 f.; KOWALEWSKI, 1047; NOTH/GROB, 1454 f.; REUTTER, 55; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 2, 30, 33; WATTER/DUBS, Organhaftungsregelung, 1311.

⁹⁰ NOTH/GROB, Rechtsnatur, 1454 f.; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 2.

⁹¹ BERTSCHINGER, 1288 f.

⁹² OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 34; BÄRTSCHI, 302 f.; ROBERTO/WEGMANN, 170; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 29; ZOBL/KRAMER, N 1158.

⁹³ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage FIDLEG/FINIG vom 25. Juni 2014, 78.

nicht angebracht sei; vielmehr sei an der Beweislastregelung unter bisherigem Recht festzuhalten.⁹⁴ Diese Kritik wurde jedoch im Entwurf nicht berücksichtigt, sondern es wurde in Art. 72 E-FIDLEG – mit gleicher Begründung wie im Erläuternden Bericht – an der Beweislastumkehr festgehalten.⁹⁵

In der parlamentarischen Beratung war die Verschuldensvermutung stark umstritten. Während der Ständerat in der ersten Lesung daran festhalten wollte,⁹⁶ votierte der Nationalrat für eine Streichung aus dem Gesetz.⁹⁷ In der Differenzbereinigung wurde dann vom Ständerat zunächst die Beweislastumkehr wieder aufgenommen, wobei nicht mehr vom „Verschulden“, sondern von der „erforderlichen Sorgfalt“ gesprochen wurde,⁹⁸ ohne dass damit aber materiell etwas anderes gemeint ist. Der Nationalrat hat die Beweislastumkehr wiederum gestrichen; um zu verhindern, dass die Bestimmung als Kausalhaftung verstanden wird, hat er aber die Passage „ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden“ im Gesetz belassen.⁹⁹ Dieser Formulierung hat sich schliesslich auch der Ständerat angeschlossen.¹⁰⁰ Aus den Voten im parlamentarischen Differenzbereinigungsverfahren geht ausdrücklich hervor, dass mit diesem Wortlaut klargestellt werden sollte, dass es sich bei Art. 69 FIDLEG um eine Verschuldenshaftung (und nicht um eine Kausalhaftung) handelt und dass keine Beweislastumkehr stipuliert wird.¹⁰¹

Die Differenz in der Formulierung von Art. 69 Abs. 1 FIDLEG („ohne die erforderliche Sorgfalt anzuwenden“) im Vergleich zu Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR („wer absichtlich oder fahrlässig mitgewirkt hat“) lässt sich nur mit dem Hin und Her des Gesetzgebungsprozesses erklären. Materiell führt Art. 69 Abs. 1 FIDLEG jedoch in Bezug auf das Tatbestandselement des Verschuldens zu keiner Änderung im Vergleich zum bisherigen Recht.¹⁰² Die in Art. 69 Abs. 1 FIDLEG gewählte Formulierung ist insofern unglücklich, als sie leicht missverstanden werden könnte, dass nicht haftet, wer die mangelhaften Angaben

⁹⁴ Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zum FIDLEG und FINIG vom 13. März 2015, 35.

⁹⁵ BBl 2015, 8982 f.

⁹⁶ AmtlBull StR 2016, 1169.

⁹⁷ AmtlBull NR 2017, 1328.

⁹⁸ Es haftet, wer „nicht nachweist, dass er dabei die erforderliche Sorgfalt angewandt hat“; AmtlBull StR 2018, 135.

⁹⁹ AmtlBull NR 2018, 612 ff.

¹⁰⁰ AmtlBull StR 2018, 366.

¹⁰¹ Eingehend dazu SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 91 ff.

¹⁰² SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 94; gleicher Meinung GERICKE/SCHIFFERLE, 195.

sorgfältig macht.¹⁰³ Es wäre daher besser gewesen, wenn der Gesetzgeber zum ursprünglichen Wortlaut von Art. 752 und Art. 1156 Abs. 3 aOR zurückgekehrt wäre,¹⁰⁴ welcher die Rechtslage klarer wiedergab.

Art. 69 Abs. 1 FIDLEG erfasst jede Form des Verschuldens, also sowohl Vorsatz als auch grobe und leichte Fahrlässigkeit.¹⁰⁵ Es ist vom Kläger nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Die unter bisherigem Recht in der Lehre umstrittene Frage der Beweislast ist folglich nun geklärt. Auch wenn eine Pflichtverletzung aufgrund des objektivierten Verschuldensmassstabs das Verschulden in der Regel impliziert,¹⁰⁶ ändert dies nichts an der grundsätzlichen Beweislast des Klägers.¹⁰⁷

9. Haftungsausschluss

Als Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht sehen Art. 69 Abs. 2 und 3 FIDLEG in Anlehnung an internationale Standards unter bestimmten Voraussetzungen einen Haftungsausschluss für Angaben in der Zusammenfassung und für Angaben über wesentliche Perspektiven vor:

Nach Art. 69 Abs. 2 FIDLEG wird für Angaben in der Zusammenfassung des Prospekts gem. Art. 43 FIDLEG nur gehaftet, „wenn sich erweist, dass diese irreführend, unrichtig oder widersprüchlich sind, wenn sie zusammen mit den anderen Teilen des Prospektes gelesen werden“. Dieser Haftungsausschluss ist zudem in der Zusammenfassung „deutlich hervorzuheben“ (Art. 43 Abs. 2 lit. c FIDLEG). Art. 69 Abs. 2 FIDLEG schafft Rechtssicherheit, denn die Zusammenfassung ist notwendigerweise unvollständig,¹⁰⁸ weshalb sich alleine gestützt auf sie keine Haftung ergeben darf.¹⁰⁹

Gemäss Art. 69 Abs. 3 FIDLEG wird für falsche oder irreführende Angaben über wesentliche Perspektiven nur gehaftet, „wenn die Angaben wider besseres Wissen oder ohne Hinweis auf die Ungewissheit zukünftiger Entwicklungen gemacht oder verbreitet wurden“. Bei der Bezugnahme des Gesetzestextes auf die „Verbreitung“ handelt es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen, weil Personen, die den Prospekt verbreiten, im neuen Recht gar nicht mehr

¹⁰³ GERICKE/SCHIFFERLE, 195.

¹⁰⁴ Dies war aber offenbar aufgrund der im Parlament fortgeschrittenen Debatte im Differenzbereinigungsverfahren und der bereits diversen am Wortlaut vorgenommenen Modifikationen nicht mehr möglich.

¹⁰⁵ SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 95.

¹⁰⁶ OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 34; BÄRTSCHI, 302 f.; ROBERTO/WEGMANN, 170; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 29; ZOBL/KRAMER, N 1158.

¹⁰⁷ Eingehend zum Verschulden SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 95 ff.

¹⁰⁸ BBl 2015, 8993.

¹⁰⁹ SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 106.

passivlegitimiert sind.¹¹⁰ Bei diesem Haftungsausschluss handelt es sich um eine Anlehnung an die US-amerikanische „*bespeaks caution doctrine*“.¹¹¹ Der Haftungsausschluss schafft Rechtssicherheit und sorgt dafür, dass das Ziel der verbesserten Anlegerinformation tatsächlich erreicht wird. Weil Perspektiven zukünftige und daher zwangsläufig mit Unsicherheit behaftete Tatsachen betreffen, wären die Prospektersteller ansonsten zurückhaltend mit solchen Aussagen, um kein Haftungsrisiko einzugehen. Prognosen können aber – trotz eines entsprechenden Warnhinweises – etwa dann als falsch oder irreführend gelten und somit zu einer Haftung führen, wenn mit ihnen übertriebene Erwartungen geweckt werden, die nicht auf konkreten und sorgfältig abgeklärten Tatsachen, Annahmen oder Wahrscheinlichkeiten basieren oder ökonomisch nicht gerechtfertigt sind.¹¹² Hierbei braucht es aber einen direkten Vorsatz („wider besseres Wissen“); Eventualvorsatz genügt nicht.¹¹³

10. Verjährung

Im FIDLEG fehlt eine Bestimmung zur Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen. Als mögliche Lösung infrage kommt entweder eine Weitergeltung von Art. 760 OR, welcher eine relative Verjährungsfrist von derzeit noch fünf Jahren vorsieht, oder eine Anwendung der deliktischen Verjährungsbestimmung von Art. 60 OR, welcher seit dem Inkrafttreten des revidierten Verjährungsrechts per 1. Januar 2020 eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren vorsieht. Die bisherige systematische Stellung der Prospekthaftung im Gesellschaftsrecht war schon lange überholt, da die Prospekthaftung eine finanzmarktrechtliche Thematik ist.¹¹⁴ Seit der Überführung der Prospekthaftung in das FIDLEG kann Art. 760 OR aber auch aus gesetzessystematischen Gründen nicht mehr zur Anwendung kommen, weil sich diese Bestimmung auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Art. 753 ff. OR bezieht und in Art. 69 FIDLEG ein entsprechender Verweis fehlt. Unseres Erachtens stellt Art. 69 FIDLEG einen Anwendungsfall der Haftung aus unerlaubter Handlung auf einen kapitalmarktrechtlichen Tatbestand dar und ist insofern *lex specialis*

¹¹⁰ S. oben III.4.

¹¹¹ BBl 2015, 8993. Zur Doktrin etwa In Re Donald J. Trump Casino Securities Litigation, 793 F. Supp. 543 (D.N.J. 1992); Iowa Public Employees' Retirement System v. MF Global, Ltd., No. 09-3919 (2nd Cir. September 14, 2010); SODERQUIST/GABALDON, 271 ff.; RIECKHOFF, 92 ff.; SCIERANSKI, 191 ff.

¹¹² Zum bisherigen Recht BGE 47 II 272 E. 1; OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 752 OR N 31; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 752 N 15; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 992; REUTTER, 47; ROBERTO/WEGMANN, 166; BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 19.

¹¹³ SK FIDLEG-WEBER/FAHRLÄNDER, Art. 69 N 108.

¹¹⁴ S. dazu bereits oben, III.2.

zu Art. 41 Abs. 1 OR für Prospekthaftungsansprüche.¹¹⁵ Daher ist die Verjährungsbestimmung von Art. 60 OR anzuwenden. Weil mit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision eine Angleichung von Art. 760 revOR an das allgemeine Verjährungsrecht erfolgen wird,¹¹⁶ wird diese Frage jedoch künftig ihre Bedeutung verlieren.

II. Solidarität und Rückgriff

Im FIDLEG fehlt eine Bestimmung zu Solidarität und Rückgriff bei mehreren Ersatzpflichtigen. Mit den gleichen Erwägungen wie bei der Verjährung¹¹⁷ ist unseres Erachtens bei der Prospekthaftung die deliktsrechtliche Bestimmung von Art. 50 OR anwendbar.¹¹⁸ Zwischen dem früher einschlägigen Art. 759 OR, der eine „differenzierte Solidarität“ statuiert,¹¹⁹ und der allgemeinen deliktsrechtlichen Solidarität von Art. 50 OR besteht eine materielle Differenz, weil bei Art. 50 OR persönliche Reduktionsgründe im Aussenverhältnis nicht zu berücksichtigen sind.¹²⁰ Diese Differenz wird jedoch dadurch relativiert, dass die praktische Bedeutung von Solidarität und Rückgriff im neuen Recht durch die Einschränkung der Passivlegitimation in Art. 69 FIDLEG¹²¹ gemindert wird.¹²²

IV. Reform der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Die nach jahrzehntelangen Vorarbeiten am 19. Juni 2020 vom Parlament verabschiedete „grosse“ Aktienrechtsrevision enthält unter anderem verschiedene Änderungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen von

¹¹⁵ Gleicher Meinung SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 18 ff. Im bisherigen Recht war die Rechtsnatur der Prospekthaftung umstritten. Nach dem Bundesgericht (BGE 132 III 715 E. 3.2; BGE 129 III 71 E. 2.5) und einem Teil der Lehre handelt es sich um eine deliktische Haftung. Eine Mindermeinung in der Lehre geht von einer vertraglichen Haftung aus. Nach einem anderen Teil in der Lehre handelt es sich um eine eigenständige Haftung für die Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten oder um eine positivrechtlich verankerte Vertrauenshaftung; vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 15 ff.

¹¹⁶ S. oben, II. und unten, IV.5.

¹¹⁷ S. oben, III.10.

¹¹⁸ Gleicher Meinung SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 100.

¹¹⁹ Eingehend dazu unten, IV.6.

¹²⁰ BGE 133 III 6 E. 5.3.2; BGE 127 III 257 E. 5; BGE 97 II 403 E. 7d; s. dazu SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 101.

¹²¹ Dazu oben, III.4.

¹²² SK FIDLEG-WEBER/FAHLÄNDER, Art. 69 N 101.

Art. 753–760 OR. Im Folgenden wird auf die verabschiedeten Neuerungen sowie auf die in der parlamentarischen Debatte fallengelassenen Vorhaben¹²³ eingegangen. Reformbestrebungen, welche im Laufe des früheren Gesetzgebungsverfahrens aufgegeben wurden, werden nur insofern thematisiert, als sie im Zusammenhang mit den hier besprochenen Themen relevant sind.¹²⁴ Die verabschiedeten aber noch nicht in Kraft stehenden Bestimmungen werden im Folgenden mit „revOR“ bezeichnet.

1. Streichung der Sachübernahme bei der Gründungshaftung

Nach Art. 753 OR sind Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken, sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch einen der in Art. 753 Ziff. 1–3 OR genannten Tatbestände verursachen. Die Gründungshaftung erfasst die Verletzung von Offenlegungspflichten und anderen Gründungsvorschriften, insbesondere bei den qualifizierten Gründungs- und Kapitalerhöhungsarten. Trotz der Formulierung des Gesetzeswortlauts, der als Haftpflichtige nur die Gründer und die bei der Gründung mitwirkenden Personen nennt, kommt Art. 753 OR auch auf die Kapitalerhöhung bzw. auf die dabei mitwirkenden Personen zur Anwendung.¹²⁵ Dies ergibt sich aus Art. 753 Ziff. 1 OR, der als haftungsbegründendes Dokument auch den Kapitalerhöhungsbericht nennt.

Der Haftungstatbestand von Art. 753 Ziff. 1 OR besteht im derzeit noch geltenden Recht darin, dass Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angegeben, verschwiegen oder verschleiert werden, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwidergehandelt wird. Im revidierten Aktienrecht wird der qualifizierte Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungstatbestand der Sachübernahme gestrichen (Aufhebung von Art. 628 Abs. 2, Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6 und Art. 642 OR)¹²⁶ und infolgedessen auch die Gründerhaftung angepasst (Art. 753 Ziff. 1

¹²³ Vgl. die Auflistung bei FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde, N 60 ff.

¹²⁴ Ein Überblick über die weiteren Reformvorhaben im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, welche nicht Eingang in den Entwurf des Bundesrates gefunden haben, findet sich bei FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 185 ff.

¹²⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 87; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 64; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1823; BSK OR II-WATTER, Art. 753 N 2.

¹²⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2016, 399 ff., 600.

revOR). Wird in Zukunft im Rahmen einer Sachübernahme ein Schaden verursacht, so sollen nach Ansicht des Gesetzgebers insbesondere der Haftungsstatbestand von Art. 754 OR sowie der Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 678 OR greifen.¹²⁷

Eine Bewertung dieser Änderung im Verantwortlichkeitsrecht setzt zunächst eine Betrachtung des Wesens der Sachübernahme und der Motive für die Abschaffung deren Erfassung als qualifizierten Gründungs- und Kapitalerhöhungstatbestand voraus. Eine Sachübernahme liegt gemäss Art. 628 Abs. 2 OR vor, wenn die Gesellschaft nach ihrer Gründung oder nach einer Kapitalerhöhung Vermögenswerte von Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen übernimmt. Es spielt keine Rolle, ob die Verpflichtung dazu vor oder unmittelbar nach Eintragung der Gesellschaft oder der Kapitalerhöhung ins Handelsregister geschlossen wurde. Um eine Sachübernahme handelt es sich auch dann, wenn bei der Gründung oder Kapitalerhöhung zwar noch keine Übernahmeverträge¹²⁸ abgeschlossen sind, aber feste Absichten für die nahe Zukunft bestehen (sog. „beabsichtigte Sachübernahme“¹²⁹).¹³⁰ Die Regelung der Sachübernahme soll eine Umgehung der Bestimmungen zur Sacheinlage verhindern: Ein Aktionär liberierte seine Aktien zwar in bar, es besteht aber bereits bei der Zeichnung ein Vertrag oder zumindest die Absicht, dass ihm die Gesellschaft nach der Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung im Handelsregister entsprechende Vermögenswerte abkauft, womit sich der Vorgang wirtschaftlich betrachtet als eine Sacheinlage darstellt.¹³¹ Bei der Sachübernahme besteht ebenso wie bei der Sacheinlage die Gefahr einer Überbewertung der eingelegten bzw. zu übernehmenden Vermögenswerte, sodass wirtschaftlich betrachtet das Eigenkapital der Gesellschaft nicht ordnungsgemäss aufgebracht wurde. Zudem können diese Tatbestände zu einer Benachteiligung der Mitaktionäre führen, indem deren Beteiligungsquote verwässert wird.¹³² Aktionäre, die bei einer Gründung oder einer Kapitalerhöhung ihre Liberierungspflicht direkt oder indirekt durch die Einlage einer Sache erfüllen, unterliegen somit einem strukturellen Interessenkonflikt.¹³³

¹²⁷ BBl 2016, 600.

¹²⁸ Eingehend zum Sachübernahmevertrag BÖSIGER, 404 ff.

¹²⁹ Eingehend dazu DIETSCHI, *passim*.

¹³⁰ Zum Ganzen BGE 109 Ib 95 E. 3; BGE 83 II 284 E. 3; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 379 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 91; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 8.

¹³¹ BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 141 f.; ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 4; DIETSCHI, N 71 ff., 81 ff.; VISCHER, 287 ff.

¹³² Vgl. zu dieser Gefahr insb. FORSTMOSER, Sachübernahme, 4; STOFFEL, 657 f.

¹³³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 372; HORISBERGER, 185 f.; STOFFEL, 664.

Daher sieht das derzeit noch geltende Aktienrecht für die Sachübernahme – gleich wie bei den anderen qualifizierten Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsarten¹³⁴ – verschiedene Schutzmassnahmen vor.¹³⁵ So müssen sich die Gründer bzw. bei einer Kapitalerhöhung der Verwaltungsrat in einem schriftlichen Bericht über die Angemessenheit der Bewertung der Sachübernahmen äussern (Art. 635 Ziff. 1 bzw. Art. 652e Ziff. 1 OR). Diesen Bericht muss ein zugelassener Revisor prüfen und schriftlich bestätigen, dass er vollständig und richtig ist (Art. 635a bzw. Art. 652f Abs. 1 OR). Zudem müssen Sachübernahmen in den Statuten (Art. 628 Abs. 2 OR) und im Handelsregister (Art. 642 OR) offengelegt werden. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften hat nach Rechtsprechung und herrschender Lehre die zivilrechtliche Nichtigkeit der entsprechenden Rechtsgeschäfte zur Folge.¹³⁶

Als Grund für die ersatzlose Streichung der Vorschriften bei Sachübernahmen führt der Bundesrat in der Botschaft die Rechtsunsicherheit an, die sich aus der Frage ergebe, ob ein Geschäft eine Sachübernahme darstelle oder nicht.¹³⁷ Diese Abgrenzung sei insbesondere bei der beabsichtigten Sachübernahme schwierig, da mit der Absicht ein subjektives Element hinzukomme.¹³⁸ Weil bei der Verletzung der Normen zur Sachübernahme die Nichtigkeitsfolge droht, sei diese Rechtsunsicherheit für die Betroffenen besonders gravierend.¹³⁹ Hinzu komme, dass das Kapital der Gesellschaft durch die übrigen bestehenden Schutzmechanismen ausreichend geschützt sei. So würden im Falle einer überbewerteten Sachübernahme insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) und der Rückerstattungstatbestand von Art. 678 OR greifen. Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Sachübernahmen würden

¹³⁴ Sacheinlage und Gewährung besonderer Vorteile gem. Art. 628 Abs. 1 und 3 OR; diese beiden qualifizierten Tatbestände bleiben im reformierten Recht bestehen, sie erfahren jedoch eine Neuregelung in Art. 634 ff. revOR; vgl. dazu BBl 2016, 490 ff.

¹³⁵ Diese Schutzmassnahmen dienen nicht zuletzt der Verhinderung von Gründungs- und Emissionsschwindel; vgl. BGE 132 III 668 E. 3.2.1.

¹³⁶ BGE 83 II 284 E. 4; BGE 79 II 174 E. 2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 445; ZK-CRAMER, Art. 628 N 42 ff.; MÜLLER, 1413; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 13; SPANIOL, 234.

¹³⁷ Diese Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Anwendungsbereich der Sachübernahmevervorschriften wurde in der Lehre immer wieder kritisiert; vgl. für einen Überblick über den Meinungsstand HORISBERGER, 186 ff. m.w.V. In der Vernehmlassung wurde eine Streichung der Sachübernahmebestimmungen denn auch mit diesem Argument mehrheitlich befürwortet; Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 17. September 2015, 9.

¹³⁸ Eingehend zum subjektiven Tatbestandselement bei der beabsichtigten Sachübernahme DIETSCHI, N 141 ff.

¹³⁹ BBl 2016, 432 f.

sodann von der Haftung nach Art. 754 OR erfasst. Ein Sachübernahmengeschäft mit einem Aktionär zu Drittkonditionen („*dealing at arm's length*“) stelle dagegen keine Gefahr für das Kapital der Gesellschaft dar.¹⁴⁰

Diese Begründung der ersatzlosen Streichung der Sachübernahmevorschriften überzeugt nicht.¹⁴¹ Weil die Schutzvorschriften für die Sacheinlage beibehalten werden, besteht in Zukunft ein Anreiz, einer transparent durchgeführten Sacheinlage durch eine Barliberierung in Kombination mit einem Kaufgeschäft auszuweichen.¹⁴² Das Argument, in Fällen einer missbräuchlichen Umgehung der Sacheinlagevorschriften stünden die Klagen aus Art. 678 und Art. 754 OR zur Verfügung, greift zu kurz. Mit diesen Rechtsinstrumenten kann allenfalls *ex post* ein bereits entstandener Schaden geltend gemacht werden, sofern überhaupt ein Kläger gefunden wird, der bereit ist, die Klagerisiken zu tragen.¹⁴³ Die wichtige präventive Wirkung der derzeit noch geltenden Transparenzvorschriften zur Verhinderung eines Schadens („*sunlight is the best dis-*

¹⁴⁰ Zum Ganzen BBl 2016, 433 ff.

¹⁴¹ Gleicher Meinung BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 141: „Der Vorschlag, die Schutzregeln für den Fall der Sacheinlage beizubehalten, für den Fall ihrer Umgehung durch Sachübernahmen aber zu streichen, hat viele Nachteile und kaum Vorteile. Der einzige von der Botschaft genannte Vorteil [der Vermeidung der Rechtsunsicherheit] stimmt in keiner Weise“; ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 48 ff.; MEYER, N 86; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 4; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Vorschläge, 608; VON DER CRONE/CATHOMAS, 604. Die Streichung befürwortend dagegen FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 196 Fn. 38; FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde, N 19; FORSTMOSER/KÜCHLER, Etappe, 82; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 27; HORISBERGER, 192 ff.; OESCH, 175 f.

¹⁴² Gleicher Meinung BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 141; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 5; VON DER CRONE/CATHOMAS, 604.

¹⁴³ BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 142; ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 49. Das Gleiche gilt für die in der Botschaft erwähnte den Gläubigern zustehende „ganze Palette konkurs- und betriebsrechtlicher Rechtsbehelfe“; BBl 2016, 434. Hinzu kommt, dass die Organpersonen gerade in kleineren Verhältnissen häufig rein wirtschaftlich nicht in der Lage sein werden, ihrer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nachzukommen; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 244. Vgl. zur Problematik der Aktionärsklagen bei aufrecht stehenden Gesellschaften auch unten, IV.2.

infectant“) wird jedoch entfallen.¹⁴⁴ Wenn Art. 678 und Art. 754 OR wirklich ausreichenden Schutz bieten würden, könnte man alle qualifizierten Gründungstatbestände abschaffen, was jedoch zu Recht nicht getan wird.¹⁴⁵

Darüber hinaus wird die Abschaffung der Sachübernahmevorschriften nicht zu der vom Bundesrat beabsichtigten Beseitigung der Rechtsunsicherheit führen. Nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auf Umgehungsgeschäfte die umgangene Norm anzuwenden.¹⁴⁶ Sofern also eine Sachübernahme in Tat und Wahrheit eine verdeckte Sacheinlage darstellt, ist nicht auszuschliessen, dass in Zukunft die Schutzvorschriften über die Sacheinlage auf das fragliche Geschäft zur Anwendung kommen.¹⁴⁷ Hiergegen wenden Teile des Schrifttums ein, die Abschaffung der Sachübernahmevorschriften ergebe nur einen Sinn, wenn die bisherige Praxis nicht einfach mittels einer generellen Umgehungsvermutung bei Sachverhalten weitergeführt werde, bei denen eine Kombination von Barliberierung und anschliessendem Kauf von Vermögenswerten stattfindet.¹⁴⁸ Dennoch vertreten sie, dass eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften vorliegen könne, wenn eine Scheinliberierung bzw. ein Fall des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens vorliege.¹⁴⁹ Eine weitere Ansicht weist darauf hin, dass derjenige aus Art. 753 Ziff. 1 revOR haftet, der in den Statuten oder in einem Gründungs- oder Kapitalerhöhungsbericht absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen unrichtig oder irreführend angibt, verschweigt oder verschleiert. Werde nun eine Sachübernahme als Umgehung der Sacheinlagebestimmungen bzw. als verdeckte Sacheinlage gewertet, komme der Haftungstatbestand von Art. 753 Ziff. 1 revOR auch in Zukunft als

¹⁴⁴ BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 142; ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 49; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Vorschläge, 608; VON DER CRONE/CATHOMAS, 604. Das in der Botschaft, BBl 2016, 433 f., als weiteres Argument für eine Abschaffung genannte Rechnungslegungsrecht wird daran nichts ändern. Zwar müssen erworbene Vermögenswerte durch die Gesellschaft in der Bilanz aktiviert werden (Art. 959 Abs. 2 OR). Hierbei handelt es sich aber ebenfalls um eine Betrachtung *ex post* und nicht um eine *ex ante* sichergestellte Transparenz über problematische Geschäfte.

¹⁴⁵ Anderer Meinung HORISBERGER, 192 ff., nach dem gestützt auf die gleichen Argumente wie für die Sachübernahme auch die Sacheinlage abgeschafft werden sollte. Vgl. hingegen für Vorschläge, wie die anerkannten praktischen Probleme der Sachübernahmebestimmungen gelöst werden könnten, BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 143 f.; ZK-CRAMER, Art. 628 N 10 f., 41.

¹⁴⁶ BGE 125 III 257 E. 3; KRAMER, 245 m.w.V.

¹⁴⁷ Gleicher Meinung BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 142.

¹⁴⁸ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 245.

¹⁴⁹ GERIKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 27; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 245; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 4 f. Ebenso offenbar FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde, N 19, die sich dabei aber zu Unrecht auf die Botschaft berufen.

unrichtige Angabe bzw. Verschleierung von Sacheinlagen zur Anwendung.¹⁵⁰ Die Rechtsunsicherheit über die Tatbestandsvoraussetzungen der Sachübernahme wurden also nicht beseitigt, sondern gleichsam durch die Rechtsunsicherheit, wann eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, ersetzt. Letztlich droht damit weiterhin die Sanktion der Nichtigkeit, die man gerade als zu gravierend empfand und abschaffen wollte.

Verstärkt wird die Rechtsunsicherheit noch durch die an die sog. „Stampa-Erklärung“ geknüpften Rechtsfolgen. Die Erklärung wird durch die Revision auf Gesetzesstufe angehoben.¹⁵¹ Nach Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 revOR müssen die Gründer bzw. im Falle einer Kapitalerhöhung der Verwaltungsrat in der öffentlichen Urkunde der Gründung bzw. Statutenänderung festhalten, dass keine anderen als die in den Belegen genannten Sacheinlagen bestehen. Bei einer verdeckten Sacheinlage besteht somit trotz Aufhebung der Sachübernahmevorschriften das Risiko, dass eine schriftliche Falschaussage macht, wer die verdeckte Sacheinlage nicht offenlegt.¹⁵² Dies kann neben der zivilrechtlichen auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gem. Art. 153, Art. 251 und Art. 253 StGB zur Folge haben.¹⁵³

Die Streichung der Vorschriften zur Sachübernahme erweist sich auch noch aus einem anderen Grund als nachteilig. Die Einhaltung der Bestimmungen zur Sachübernahme stellte für die Gründer und den Verwaltungsrat einen „safe harbor“ dar und schützte sie vor dem Vorwurf, sie hätten nicht werthaltige Aktiven in die Gesellschaft eingebracht. Mit der Streichung der Sachübernahmevorschriften entfällt dieser Schutz.¹⁵⁴

Um die Rechtsunsicherheit im revidierten Recht abzumildern, bieten sich verschiedene Wege an. Zum einen können die Beteiligten bei übernommenen Sachen, die einen Marktpreis haben, diesen ausreichend dokumentieren. Bei Sachen ohne Marktpreis können sie eine *fairness opinion* einholen. Auf diese Weise sichern sie sich gegen einen möglicherweise Jahre später erhobenen Vorwurf ab, die übernommene Sache sei überbewertet gewesen. Zum anderen sollte die Möglichkeit offenstehen, auf Geschäfte, deren Eigenschaft als verdeckte Sacheinlage unklar ist, die Bestimmungen über die Sacheinlagen freiwillig anzuwenden. Eine freiwillige Deklaration von Sachübernahmen im Handelsregister kann *de lege lata* auf Art. 30 Abs. 1 HRegV gestützt werden, der

¹⁵⁰ BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 142.

¹⁵¹ Im bisherigen Recht ist die „Stampa-Erklärung“ in Art. 46 Abs. 2 lit. g HRegV geregelt.

¹⁵² BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 142.

¹⁵³ Art. 153 StGB: Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden; Art. 251 StGB: Urkundenfälschung; Art. 253 StGB: Erschleichung einer falschen Beurkundung.

¹⁵⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 244; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Vorschläge, 608.

die Eintragung von nicht im Gesetz vorgesehenen Tatsachen erlaubt, wenn sie dem Zweck des Handelsregisters entspricht und an der Bekanntgabe ein öffentliches Interesse besteht.¹⁵⁵ Auf diese Weise würde weiterhin die Möglichkeit eines „*safe harbor*“ bestehen, mit dem sich die Gründer bzw. Verwaltungsräte in unklaren Fällen vor einer Verantwortlichkeit schützen können und der gleichzeitig für Mitaktionäre und Gläubiger Transparenz schafft.

Zur Argumentation des Gesetzgebers, wonach in Zukunft bei überbewerteten Sachübernahmen (ausschliesslich) Art. 678 und Art. 754 OR zur Anwendung kommen sollen, sind schliesslich zwei Punkte zu bemerken: Einerseits wird dadurch der Kreis der Passivlegitimierten kleiner, weil Art. 753 OR im Gegensatz zu Art. 754 OR auch „Personen, die bei der Gründung mitwirken“ erfasst. Darunter fallen etwa Berater, Treuhänder und Anwälte.¹⁵⁶ Bei Art. 754 OR sind dagegen ausschliesslich Organmitglieder passivlegitimiert. Bei der Rückerstattungsklage sind zudem gem. Art. 678 Abs. 3 OR bzw. Art. 678 Abs. 4 revOR im Unterschied zur Gründungshaftung von Art. 753 OR Gläubiger nicht aktivlegitimiert.¹⁵⁷

Sinnvoll wäre es daher gewesen, statt der gänzlichen Abschaffung der Sachübernahme besser deren Tatbestandsunklarheiten zu beseitigen und den Anwendungsbereich zu reduzieren.¹⁵⁸ So hätte es sich angeboten, bei der Übernahme einer Sache im Gründungsstadium eine Geringfügigkeitsgrenze einzuführen und bei einer Übernahme zu Marktkonditionen auf den Revisor zu verzichten. Bei Kapitalerhöhungen hätte man zudem auf die Einbeziehung von Sachübernahmen verzichten können, die im Zuge des gewöhnlichen Geschäftsgangs erfolgen.¹⁵⁹ Mit dem Element der „beabsichtigten“ Übernahme wurde auf ein subjektives Kriterium abgestellt, das mit Unsicherheit und schwerer Nachweisbarkeit einherging. Um dies zu beseitigen, hätte sich die

¹⁵⁵ Gleicher Meinung ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 11 und 50, Art. 642 OR N 12.

¹⁵⁶ BSK OR II-WATTER, Art. 753 N 4.

¹⁵⁷ Bei der Gründungshaftung sind Gläubiger freilich nur im Konkurs und nach einem Verzicht der Konkursverwaltung auf die Geltendmachung zur Klage legitimiert (vgl. Art. 757 OR).

¹⁵⁸ Auf diese Weise hätte man auch den Entscheid BGE 128 III 178 aus der Welt schaffen können, mit dem das Gericht eine Reduktion des Tatbestands versuchte („Der [...] zur statutarischen Tätigkeit [einer] Gesellschaft gehörende Erwerb von Vermögenswerten [...] fällt nicht unter Art. 628 Abs. 2 OR“), der aber nicht überzeugte, denn bei einer weit formulierten Zweckbestimmung einer Gesellschaft wäre die Sachübernahme nie mehr einschlägig gewesen.

¹⁵⁹ In diese Richtung zielen auch die Vorschläge von FORSTMOSER, Sachübernahme, 11 ff., die weit vor der Aktienrechtsreform gemacht wurden.

gesetzliche Festlegung einer Zeitspanne nach Gründung oder Kapitalerhöhung als objektives Tatbestandsmerkmal angeboten. Diese Erwägungen sind jedoch müssig, denn das Kind wurde bereits mit dem Bade ausgeschüttet.

2. Klärung der Kompetenzen der Generalversammlung zur Klageerhebung

Der bereits im geltenden Recht bestehende Art. 756 Abs. 1 OR regelt die Aktivlegitimation für die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen von Art. 753–755 OR ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft. Danach sind sowohl die Gesellschaft als auch die einzelnen Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Der Anspruch des Aktionärs geht hierbei auf Leistung an die Gesellschaft. Mit Art. 756 Abs. 2 revOR wird ein neuer Absatz eingefügt, der folgenden Wortlaut hat: „Die Generalversammlung kann beschliessen, dass die Gesellschaft die Klage erhebt. Sie kann den Verwaltungsrat oder einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen.“ Nach der Botschaft soll diese Neuerung es den Aktionären ermöglichen, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft in die Wege zu leiten, ohne dass sie selber unmittelbar das Prozesskostenrisiko tragen müssen. Die Möglichkeit zur Betrauung eines Vertreters mit der Prozessführung anstelle des Verwaltungsrates soll dazu dienen, allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden.¹⁶⁰

Die Einfügung von Art. 756 Abs. 2 revOR ist zu begrüessen, denn die in der Botschaft genannten Gründe überzeugen. Allerdings handelt es sich bei der Einfügung um eine blosser Klarstellung, da diese Möglichkeiten bereits unter bisherigem Recht bestehen.¹⁶¹ So setzt Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR die Möglichkeit der Beschlussfassung der Generalversammlung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage als selbstverständlich voraus, indem er festhält, dass für entsprechende Beschlüsse die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien ausgeschlossen ist.¹⁶² Zudem spricht angesichts des Interessenkonflikts, in dem sich Mitglieder des Verwaltungsrates in Bezug auf Verantwortlichkeitsverfahren häufig befinden, bereits *de lege lata* nichts gegen ein Recht der Generalversammlung, einen Prozessvertreter zu bestimmen.¹⁶³ Dies wurde auch vom Bundesgericht bestätigt.¹⁶⁴

¹⁶⁰ BBl 2016, 600 i.V.m. 530.

¹⁶¹ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 196 f.; GRAF, 722 f.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 18 f.

¹⁶² BÄRTSCHI, 129; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 18.

¹⁶³ BÄRTSCHI, 130; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 20.

¹⁶⁴ BGE 132 III 707 E. 3.2.

Art. 756 Abs. 2 revOR erleichtert nur das *kollektive* Vorgehen gegen Organmitglieder. Weiterhin abschreckend ist dagegen die Rechtslage für einen Individualkläger, der den Schaden der Gesellschaft geltend macht. Er trägt den Aufwand und das gesamte Prozessrisiko. Von einem eventuellen Erfolg profitieren dagegen auch die nichtklagenden Mitaktionäre, ohne das Risiko mitzutragen.¹⁶⁵ Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision wollte dieses Problem mit einer Minderheitsklage des Aktionärs auf Kosten der Gesellschaft lösen, über deren Erhebung zunächst die Generalversammlung und, bei einem negativen Entscheid, in einem zweiten Schritt das Gericht zu entscheiden gehabt hätten (Art. 697j und Art. 697k VE-OR).¹⁶⁶ Nach deutlicher Kritik in der Lehre¹⁶⁷ und in der Vernehmlassung¹⁶⁸ wurde dieser Vorschlag jedoch fallen gelassen, weshalb das Ziel, individuelle Aktionärsklagen bei aufrecht stehenden Gesellschaften zu erleichtern, auch weiterhin nicht erreicht ist. Rein faktisch wird daher auch in Zukunft allenfalls ein Grossaktionär zu einer solchen Klage schreiten, die sich für ihn im Vergleich zu Kosten und Risiko finanziell lohnen kann.

3. Keine Berücksichtigung von Forderungen mit Rangrücktritt bei der Schadensberechnung

Art. 757 OR regelt die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens im Konkurs. Das revidierte Recht fügt einen neuen Art. 757 Abs. 4 revOR zur Berechnung des Schadens der Gesellschaft ein. Danach sind Forderungen von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, bei der Schadensberechnung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht einzubeziehen. Diese Regelung nimmt auf Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR bzw. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR Bezug, wonach im Fall der Überschuldung der Gesellschaft die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann, wenn Gläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten.¹⁶⁹ Dies soll eine Sanierung

¹⁶⁵ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 197 ff.; GRAF, 724; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 18.

¹⁶⁶ Vgl. dazu Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, 115 ff.; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 199 ff.; GRAF, 724 ff.

¹⁶⁷ Vgl. FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 199 ff. m.w.V.

¹⁶⁸ Vgl. Vernehmlassungsbericht Aktienrechtsrevision, 30 ff.

¹⁶⁹ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR verlangt nach Lehre und Praxis einen qualifizierten Rangrücktritt mit einer Kapital- und allenfalls (aber nicht zwingend; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003 E. 4) Zinsstundung während der Dauer der Überschuldung; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 794; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 46. In Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR wird die Voraussetzung der Kapital- und Zinsstundung nun ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen.

der Gesellschaft ermöglichen, bevor es zur Konkursöffnung über eine überlebensfähige Gesellschaft kommt.¹⁷⁰ Falls in der Folge die Sanierung scheitert und über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird, kann es zu Verantwortlichkeitsklagen für den aus verspäteter Konkurserklärung entstandenen Schaden kommen.

Dieser sog. Fortführungs- oder Konkursverschleppungsschaden besteht in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin, die durch das Hinauszögern der Konkursliquidation eingetreten ist.¹⁷¹ Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei der Berechnung des Fortführungsschadens die rangrücktrittsbelasteten Forderungen einzubeziehen. Dies begründet das Gericht dogmatisch korrekt damit, dass ein Rangrücktritt keinen Forderungsverzicht beinhaltet und er daher keinen Einfluss auf die Schulden und entsprechend auf das Vermögen der Gesellschaft habe.¹⁷² Gemäss der Botschaft soll der neue Art. 757 Abs. 4 revOR diese Rechtsprechung korrigieren, weil sie Rangrücktritte und damit die Sanierung der Gesellschaft erschwere.¹⁷³ Mit der Neuregelung sollen mithin Sanierungen gefördert werden, indem der Verwaltungsrat nicht befürchten muss, für nachrangige Forderungen zu haften.

Für eine Bewertung von Art. 757 Abs. 4 revOR sind zunächst die der kritisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugrundeliegenden Sachverhalte¹⁷⁴ genauer zu betrachten. Es geht um Konstellationen, in denen das wahre Ausmass der Überschuldung der Gesellschaft zunächst pflichtwidrig nicht erkannt und daher zu niedrig angesetzt wird. In der Folge holt der Verwaltungsrat Rangrücktritte ein, die allein diese zu niedrige und nicht die tatsächlich vorhandene Überschuldung decken, wie folgendes Zahlenbeispiel veranschaulicht:¹⁷⁵

¹⁷⁰ Entsprechend sind Rangrücktritte nur verantwortlich, wenn eine Überschuldung vorübergehender Natur ist oder sich eine Sanierung abzeichnet; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47.

¹⁷¹ BGE 136 III 322 E. 3.2; BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 369 f.; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 22.

¹⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_91/2011 vom 9. Juni 2011 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.2 und 4.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_188/2008 vom 9. September 2008 E. 4.5; Urteil des Bundesgerichts 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007 E. 2.5 und 4.3. Der Rangrücktritt zeitigt erst im Liquidationsfall Wirkung, indem die nachrangige Forderung erst an der Verteilung teilnimmt, wenn alle übrigen Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt sind.

¹⁷³ BBl 2016, 601. Die Botschaft stützt sich dabei auf die Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von CAMPONOVO/BAUMGARTNER, 1036 ff.

¹⁷⁴ Vgl. soeben Fn. 172.

¹⁷⁵ Angelehnt an den Sachverhalt des Urteils des Bundesgerichts 4A_277/2010 vom 2. September 2010; vgl. auch GRAF, 730; CAMPONOVO/BAUMGARTNER, 1037 f.

Im Zeitpunkt t1 besteht eine Überschuldung der Gesellschaft von 5, die jedoch wegen pflichtwidriger Unterlassungen nicht entdeckt wird, weshalb die Benachrichtigung des Richters unterbleibt. Im Zeitpunkt t2 erhöht sich die Überschuldung um 10 auf 15. Der Verwaltungsrat geht jedoch fälschlicherweise von einer Überschuldung von 10 aus, weshalb er Rangrücktritte im Umfang von 10 einholt und gestützt auf Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR auf eine Überschuldungsanzeige verzichtet. Im Zeitpunkt t3 erkennt der Verwaltungsrat die tatsächliche Überschuldung von 15 und benachrichtigt den Richter.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht der Fortführungsschaden der Gesellschaft in der Differenz zwischen den Vermögensständen in den Zeitpunkten t1 (Überschuldung von 5) und t3 (Überschuldung von 15); der Schaden beläuft sich somit auf 10.

Diese Rechtsprechung wurde insbesondere von CAMPONOVO und BAUMGARTNER kritisiert,¹⁷⁶ auf deren Aufsatz sich die Begründung von Art. 757 Abs. 4 revOR in der Botschaft stützt.¹⁷⁷ Die beiden Autoren argumentieren, dass die Zunahme der Überschuldung im obigen Beispiel im Zeitpunkt t2 um 10 „in gesetzeskonformer Weise“ erfolgt sei, weil der Verwaltungsrat gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR Rangrücktritte im Umfang der Unterdeckung eingeholt habe. Dieses Verhalten des Verwaltungsrates sei „weder pflichtverletzend noch haftungsrechtlich schadensbegründend“. Daraus werde ersichtlich, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht mit Art. 725 Abs. 2 OR übereinstimmen könne. Werden bei der Berechnung der Schadenssumme solche gesetzeskonformen Rangrücktritte als Schadenszunahme betrachtet, werde der Rangrücktritt seiner Funktion beraubt und der Verwaltungsrat einem unbegründeten erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt.¹⁷⁸ Nach Ansicht von CAMPONOVO und BAUMGARTNER besteht somit im obigen Beispiel kein haftungsrechtlich relevanter Schaden.¹⁷⁹

¹⁷⁶ CAMPONOVO/BAUMGARTNER, 1037 ff.

¹⁷⁷ BBl 2016, 601 Fn. 520.

¹⁷⁸ Zum Ganzen CAMPONOVO/BAUMGARTNER, 1038.

¹⁷⁹ Im Resultat die gleiche Kritik an der Rechtsprechung äussert HIRSCH, 412 ff. Seine Begründung, die Rangrücktrittsgläubiger und die Gesellschaft hätten in den Schaden eingewilligt, verfängt jedoch nicht (so auch ausdrücklich Urteil des Bundesgerichts 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.3). Im Konkurs der Gesellschaft wird der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst, weshalb dem Anspruch keine persönlichen Einreden gegen die Gesellschaft oder gegen die einzelnen Gläubiger entgegengehalten werden können (sog. „Raschein-Doktrin“; BGE 142 III 23 E. 4.4; BGE 117 II 432 E. 1b/gg). Kritisch auch JACQUEMOUD/PASQUIER, 292 ff.

In Art. 757 Abs. 4 revOR wird nun die Argumentation von *COMPONOVO* und *BAUMGARTNER* in das Gesetz übernommen. Indem rangrücktrittsbelastete Forderungen in Zukunft in die Berechnung des Gesellschaftsschadens nicht mehr einzubeziehen sind, beläuft sich der Schaden im obigen Beispiel nicht – wie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – auf 10, sondern es besteht kein (haftungsrechtlich relevanter) Schaden. Mit anderen Worten: Forderungen mit Rangrücktritt sind bei der Schadensberechnung künftig wie Eigenkapital zu behandeln.¹⁸⁰

Diese Regelung ist sowohl dogmatisch als auch vom Resultat her fragwürdig. Dogmatisch ist Art. 757 Abs. 4 revOR insofern falsch konzipiert, als eine Forderung trotz Rangrücktritts nicht untergeht und der Rangrücktritt daher am Vermögen der Gesellschaft nichts ändert. Dies wird auch von den Kritikern der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht bestritten.¹⁸¹ Entsprechend haben Rangrücktritte nach der im schweizerischen Haftpflichtrecht herrschenden Differenztheorie¹⁸² keinen Einfluss auf die Schadenshöhe. In den von Art. 757 Abs. 4 revOR anvisierten Fällen stellt sich richtigerweise nicht die Frage, ob ein Schaden vorliegt, sondern ob die verantwortlichen Organpersonen im Konkurs für diesen Schaden in die Pflicht genommen werden können.¹⁸³ Es ist mithin nicht ein Problem der Schadensberechnung, sondern es geht darum, ob der nach der Differenztheorie ermittelte Schaden durch eine kausale Pflichtverletzung einer Organperson verursacht wurde.

Stellt man auf die Pflichtverletzung ab, führt dies schliesslich auch zum in der Sache richtigen Resultat. Rangrücktritte im Sinne von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR bzw. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR führen weder zu einer automatischen Sanierung noch zu einer Beseitigung der Überschuldung der Gesellschaft.¹⁸⁴ Sie erlauben dem Verwaltungsrat nur, zum Zwecke einer Sanierung der Gesellschaft die Benachrichtigung des Richters aufzuschieben. Hätte der Verwaltungsrat jedoch die Überschuldungsanzeige bereits zuvor einreichen müssen (im obigen Beispiel im Zeitpunkt t1) und hat er dies pflichtwidrig nicht getan, darf ihm die spätere (pflichtgemässe) Einholung von Rangrücktritten (im Zeitpunkt t2) nicht im Sinne einer Reduktion des eingetretenen Fortführungsschadens zugutegehalten werden.¹⁸⁵ Denn der gesamte Fortführungsschaden

¹⁸⁰ VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 21.

¹⁸¹ Vgl. *COMPONOVO/BAUMGARTNER*, 1037.

¹⁸² Allgemein zur Differenztheorie statt vieler BGE 132 III 359 E. 4; BGE 127 III 73 E. 4a; SCHWENZER, N 14.03 ff. Zur Differenztheorie bei der Berechnung des Fortführungsschadens s. bereits oben, Fn. 171.

¹⁸³ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 207 f.

¹⁸⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 809; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47.

¹⁸⁵ Gleicher Meinung GRAF, 730.

wurde kausal durch die Pflichtverletzung im Zeitpunkt t1 verursacht; hätte der Verwaltungsrat die Konkursliquidation nicht durch eine Pflichtverletzung hinausgezögert, wäre der Schaden nicht entstanden. Daran ändert ein in der Zwischenzeit (im Zeitpunkt t2) pflichtgemäss eingeholter Rangrücktritt nichts. Umgekehrt musste der Verwaltungsrat nach der bisherigen Rechtslage aber nichts befürchten, wenn keine (vorgängige) Pflichtverletzung vorlag und der Entscheid zur Einholung von Rangrücktritten im Sinne von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR und somit zu Sanierungsbemühungen aus einer *ex ante* Sicht vertretbar war.¹⁸⁶

Daher hat die bisherige Rechtslage unseres Erachtens die Einholung von Rangrücktritten und somit die Sanierung nicht erschwert. Der neue Art. 757 Abs. 4 revOR führt hingegen zu einer ungerechtfertigten Privilegierung der Passivlegitimierten,¹⁸⁷ weil sie auch in Fällen, in denen eine für den Fortführungsschaden kausale Pflichtverletzung vorliegt, in der Höhe der Rangrücktritte nicht haften. Wenn man also wie nach der bisherigen Rechtslage (dogmatisch korrekt) auf die Pflichtverletzung abstellt, hätte es die fragwürdige Regelung von Art. 757 Abs. 4 revOR nicht gebraucht. Als Vorteil der Neuregelung kann die Tatsache genannt werden, dass sich die heute in der Praxis zum Teil übliche, für die Gläubiger wenig vorteilhafte Kombination eines Rangrücktritts mit einem Forderungsverzicht im Konkursfall erübrigt.¹⁸⁸ Dieser Vorteil wird jedoch durch die genannten Nachteile der Neuregelung nicht kompensiert.

4. Verlängerung der Verwirkungsfrist beim Entlastungsbeschluss

Durch den Entlastungsbeschluss (Déchargebeschluss) der Generalversammlung (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR) wird das Recht zur Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft und der Aktionäre, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben, mit Bezug

¹⁸⁶ Anderer Meinung offenbar FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 208 f., der die bundesgerichtliche Rechtsprechung deshalb kritisiert, weil sie seiner Meinung nach auch in Fällen von aus *ex ante* Sicht vertretbaren Entscheiden zu einer Haftung des Verwaltungsrates führe, was durch den neuen Art. 757 Abs. 4 revOR korrigiert werde.

¹⁸⁷ Gleicher Meinung GRAF, 730; vgl. auch GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 44, und VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 21 Fn. 143, nach welchen der Wortlaut von Art. 757 Abs. 4 revOR insofern zu weit gefasst sei, als er sich nicht nur auf den Fortführungsschaden beziehe. Nach FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 209, sollten Forderungen mit Rangrücktritt nur dann entfallen, wenn Rangrücktritte als Element eines Sanierungsverfahrens veranlasst wurden, dessen Erfolgchancen in einer *ex ante*-Sicht als intakt beurteilt werden durften. Es obliege daher den Gerichten, den überschüssenden Wortlaut von Art. 757 Abs. 4 revOR im Sinne einer teleologischen Reduktion zu korrigieren.

¹⁸⁸ VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 21; vgl. auch CAMPONOVO/BAUMGARTNER, 1038.

auf die der Generalversammlung bekannten Tatsachen beseitigt (Art. 758 Abs. 1 OR). Das Klagerecht der nicht zustimmenden Aktionäre aus mittelbarer Schädigung¹⁸⁹ wird zeitlich verkürzt; es erlischt nach derzeit noch geltendem Recht gem. Art. 758 Abs. 2 OR sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss.¹⁹⁰ Hierbei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, welche weder erstreckt noch unterbrochen werden kann.¹⁹¹

In Art. 758 Abs. 2 revOR wird die Verwirkungsfrist auf zwölf Monate nach dem Entlastungsbeschluss erhöht. Ausserdem hält die Bestimmung neu fest, dass die Frist während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung¹⁹² (vgl. Art. 697c ff. revOR) und während deren Durchführung stillsteht.¹⁹³ Die Botschaft begründet die Verlängerung der Frist damit, dass sich die Verwirkungsfrist von sechs Monaten oftmals als zu kurz erwiesen habe; insbesondere bei komplexen Sachverhalten habe sie es den Aktionären verunmöglicht, die notwendigen Informationen für die Substanziierung ihrer Klage zusammenzustellen. Aus dem gleichen Grund müsse die Frist während einer Sonderuntersuchung stillstehen, damit deren Ergebnisse für die Klage genutzt werden können.¹⁹⁴ Diese Neuerung ist zu begrüßen, da die heutige Norm nicht praxistauglich ist. Entsprechend findet die Änderung in der Lehre einhellig Zustimmung.¹⁹⁵

5. Anpassungen bei der Verjährungsfrist

Das derzeit noch geltende Recht kennt gem. Art. 760 Abs. 1 OR für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit eine relative Verjährungsfrist von fünf Jahren und eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren (s. oben II.). Art. 760 Abs. 1 revOR verkürzt die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre. Die Botschaft begründet dies mit einer Vereinheitlichung der Verjährungsfris-

¹⁸⁹ Die Décharge hat keine einschränkende Wirkung für Ansprüche gegen Organpersonen auf den Ersatz direkten Schadens; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 452.

¹⁹⁰ Die Ansprüche der Gläubiger werden vom Entlastungsbeschluss nicht tangiert; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 825.

¹⁹¹ WATTER/DUBS, Déchargebeschluss, 913 m.w.V.

¹⁹² Im bisherigen Recht wird dieses Instrument in Art. 697c ff. OR als „Sonderprüfung“ bezeichnet.

¹⁹³ Es handelt sich aber trotz der Möglichkeit des Stillstands wie bisher um eine Verwirkungs- und nicht um eine Verjährungsfrist; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 205 Fn. 85 m.w.H.

¹⁹⁴ BBl 2016, 601; vgl. dazu auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 454; WATTER/DUBS, Déchargebeschluss, 913.

¹⁹⁵ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 206; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, 91; GRAF, 732; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfrage, 21.

ten.¹⁹⁶ So wurde mit Inkrafttreten per 1. Januar 2020 die relative Verjährungsfrist im allgemeinen Delikts- und Bereicherungsrecht ebenfalls bei drei Jahren festgesetzt (vgl. Art. 60 Abs. 1 und Art. 67 Abs. 1 OR).¹⁹⁷ Zudem wurde im parlamentarischen Verfahren in Art. 760 Abs. 1 revOR ein zweiter Satz eingefügt, wonach die Verjährungsfrist während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und während deren Durchführung stillsteht. Die Herabsetzung der Verjährungsfrist in Kombination mit dem Fristenstillstand ist zu begrüßen.¹⁹⁸ Die bisherige längere Verjährungsfrist war sowohl für die Kläger als auch für die Beklagtenseite unbefriedigend: Kläger warteten oft (zu) lange mit der Klageerhebung, womit die Chancen einer erfolgreichen Klage sanken und gleichzeitig die potenziell Haftpflichtigen über Jahre im Ungewissen blieben.¹⁹⁹

6. Keine Änderung bei der Solidarität in Bezug auf die Revisionshaftung

Der geltende Art. 759 Abs. 1 OR sieht bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Aussenverhältnis eine solidarische Haftung mehrerer Verantwortlicher gegenüber dem Geschädigten vor, soweit ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (sog. „differenzierte Solidarität“). Diese durch die Aktienrechtsrevision von 1992 eingeführte Regelung sollte insbesondere die unter der davor geltenden absoluten Solidarität bestehende faktische Benachteiligung der Revisionsstelle gegenüber den Geschäftsführungsorganen beheben.²⁰⁰ Diese Erwartung hat sich jedoch nicht erfüllt, da sich die solidarische Haftung immer noch allein zum Nachteil der Revisionsstelle auswirkt.

Dafür sind verschiedene Gründe verantwortlich.²⁰¹ Zunächst sind Revisionsstellen in der Regel vermögender als die einzelnen beklagten Geschäftsführungsorgane und sie verfügen über eine (bessere) Versicherungsdeckung (Deep-Pocket-Argument). Weiter lassen sich Pflichtverletzungen der Revisionsstelle leichter nachweisen als beim Verwaltungsrat, weil die Revisionsstelle einen klar definierten Pflichtenkatalog zu erfüllen hat und ein Revisionsfehler

¹⁹⁶ BBl 2016, 605.

¹⁹⁷ Vgl. dazu bereits vorne, II. und III.10.

¹⁹⁸ Gleicher Meinung FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 217; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 45.

¹⁹⁹ GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 45.

²⁰⁰ Zur Entstehungsgeschichte der differenzierten Solidarität und zur davor geltenden absoluten Solidarität SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 302 ff. m.w.V.

²⁰¹ Eingehend zu diesen Gründen BBl 2016, 602, sowie statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 191d ff.; FORSTMOSER, FS Schmid, 487 ff.; SETHE, Revisionsstelle, 124 ff.; VOGT, 43 f.; WATTER/GARBARSKI, 240 ff.

regelmässig als Beleg für die Sorgfaltswidrigkeit ausreicht. Zudem führen die Angst vor Reputationsverlusten der Revisionsstellen sowie der Druck der Haftpflichtversicherungen häufig zu aussergerichtlichen Vergleichen. In der Praxis nehmen die Geschädigten daher primär die Revisionsstellen in Anspruch. Diesen steht zwar gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung ein Regressanspruch zu, welcher aber mangels finanzieller Mittel der Betroffenen häufig nicht oder nicht in voller Höhe realisiert werden kann. Die sich daraus ergebende faktische Benachteiligung der Revisionsstellen im Vergleich zu den anderen Verantwortlichen ist umso stossender, als die Revisionsstelle nur eine sekundäre Verantwortung trifft, indem sie schadensstiftende Pflichtverletzungen der Geschäftsführungsorgane im Nachhinein nicht oder zu spät aufdeckt. Sie hat aber in aller Regel keine oder nur beschränkte Möglichkeiten, das Eintreten eines Schadens gänzlich zu verhindern. Dies führt im Resultat dazu, dass in Verfahren aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Revisionsstellen regelmässig einen weit höheren Anteil zur Schadensdeckung beitragen als es nach der Regelung von Art. 759 OR zu erwarten wäre.²⁰²

Entsprechend war von Anfang an eines der Hauptziele der aktuellen Aktienrechtsrevision, diese Problematik zu lösen. Nachdem der Vorentwurf von 2005 zunächst eine Beschränkung der solidarischen Haftung der Revisionsstelle auf einen Maximalbetrag vorsah,²⁰³ wurde im Entwurf von 2007 auf einen Vorschlag zurückgegriffen, der schon in der letzten Aktienrechtsrevision zur Diskussion stand,²⁰⁴ und der schliesslich unverändert in den Entwurf von 2016 aufgenommen wurde. Während der Grundsatz der differenzierten Solidarität in Art. 759 Abs. 1 OR beibehalten wird, sollte ein neuer Art. 759 Abs. 2 E-OR eingefügt werden mit folgendem Wortlaut: „Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.“ Mit dieser Ergänzung sollte nach der Botschaft der besonderen Stellung der Revisionsstelle Rechnung getragen und vermieden werden, dass diese

²⁰² Zu den aus rechtspolitischer Sicht negativen Folgen dieses überproportionalen Haftungsrisikos der Revisionsstellen SETHE, Revisionsstelle, 127 f.

²⁰³ Art. 759 Abs. 1^{bis} des Vorentwurfs zur Änderung des Obligationenrechts vom 13. Dezember 2005 lautete: „Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet höchstens bis zum Betrag von 10 Millionen Franken. Bei der Revision von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind und bei der Revision von wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Artikel 727 ist die Haftung für leichtes Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt“; dazu Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 20 f., 87 f.

²⁰⁴ Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, 745 ff., 938.

auch bei einem relativ geringen Verschulden faktisch voll für das Verschulden des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung aufkommen muss. Die Regelung vermeide pauschale, verschuldensunabhängige Haftungsbeschränkungen und stehe daher in Übereinstimmung mit der differenzierten Grundregelung von Art. 759 Abs. 1 OR.²⁰⁵ In der parlamentarischen Beratung wurde Art. 759 Abs. 2 E-OR vom Nationalrat abgelehnt²⁰⁶ und vom Ständerat zunächst angenommen.²⁰⁷ In der Zweitberatung vom 4. März 2020 schloss sich der Ständerat dem Nationalrat an und die Bestimmung wurde ersatzlos aus dem Gesetzesentwurf gestrichen,²⁰⁸ weshalb die Regelung der differenzierten Solidarität in Art. 759 OR unverändert bleibt.

Während die Regelung von Art. 759 Abs. 2 E-OR in der Vernehmlassung²⁰⁹ im Allgemeinen sowie auch von der Branche der Revisoren²¹⁰ begrüsst wurde, stiess sie in der Lehre auf Kritik, weil sie diverse Mängel aufwies. Zunächst hätte die Regelung in Bezug auf fahrlässiges Verhalten der Revisionsstelle zu einer faktischen Abschaffung der Solidarität²¹¹ geführt,²¹² ohne dies jedoch ausdrücklich zu sagen.²¹³ Daher wäre unklar gewesen, ob der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung bezweckte, dass bestimmte Teile der Regeln über die solidarische Haftung fortbestehen sollen.²¹⁴ Weiter hätte die Bestimmung zu grossen praktischen Problemen geführt, weil im Prozess gegen die Mitglie-

²⁰⁵ BBl 2016, 604.

²⁰⁶ AmtlBull NR 2018, 1148; AmtlBull NR 2019, 2402.

²⁰⁷ AmtlBull StR 2019, 532 f.

²⁰⁸ AmtlBull StR 2020, 39.

²⁰⁹ Vgl. Vernehmlassungsbericht Aktienrechtsrevision, 29.

²¹⁰ Vgl. WIDMER/CAMPONOV, 110 ff., welche die Meinung des Branchenverbands der Revisoren darlegen.

²¹¹ Die Gleichsetzung der Haftung von Innen- und Aussenverhältnis hätte den in Art. 143 und 144 OR enthaltenen Kern der solidarischen Haftung beseitigt, wonach der Gläubiger von jedem Schuldner den vollen Betrag fordern kann.

²¹² So die einhellige Auffassung in der Lehre; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 519f; DASSER/ROTH, 293; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 213; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 44 f.; GRAF, 731; ROBERTO, 257 f.; SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 313; VOGT, 48; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 21 f.; WATTER/GARBARSKI, 246.

²¹³ Die Botschaft, BBl 2016, 604, spricht davon, Art. 759 Abs. 2 E-OR hätte für die der Revisionshaftung unterstehenden Personen zu einer „Spezifizierung“ der differenzierten Solidarität geführt. Nach dem Erläuternden Bericht Aktienrechtsrevision, 161, hätte die Neuregelung die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität „verdeutlicht“.

²¹⁴ Als solche wäre z.B. Art. 148 Abs. 3 OR in Betracht gekommen, wonach sich die Haftung der übrigen solidarisch Haftpflichtigen erhöht, falls ein Mitverantwortlicher zahlungsunfähig wird. Zu denken wäre auch an Art. 145 OR gewesen, der die Einreden der solidarisch Haftenden regelt; vgl. SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 313; SETHE, Revisionsstelle, 139.

der der Revisionsstelle der Umfang des Anspruchs vom Verschuldensanteil der anderen Verantwortlichen abhängig gewesen wäre. Diese wären aber nicht zwingend Prozessbeteiligte gewesen und hätten sich folglich nicht wehren können.²¹⁵ Zudem hätte unter Art. 759 Abs. 2 E-OR die Deep-Pocket-Problematik zumindest in Bezug auf die Frage weiterbestanden, wie das Haftungsrisiko zwischen mehreren Haftpflichtigen zu verteilen ist, welchen Anteil also die Revisionsstelle am Gesamtschaden zu tragen hat.²¹⁶ Dies hätte die Versicherbarkeit insbesondere für mittelgrosse Prüfgesellschaften auch in Zukunft gefährdet.²¹⁷ Schliesslich hätte die Neuregelung wettbewerbliche Aspekte vernachlässigt. Der Markt für Revisionsgesellschaften ist ein Oligopol und wird von den „Big Four“ dominiert. Entsprechend würde es eine Gefahr für den Wettbewerb darstellen, wenn eine solche Gesellschaft zusammenbricht.²¹⁸

Aus diesen Gründen ist es zu begrüssen, dass Art. 759 Abs. 2 E-OR nicht in das Gesetz aufgenommen wurde.²¹⁹ Es dürfte jedoch unbestritten sein, dass die damit einhergehende Beibehaltung des *Status quo* in Bezug auf die Solidarität bei der Revisionshaftung längerfristig nicht haltbar ist. Auch wenn die jahrzehntelang dauernde Aktienrechtsrevision soeben erst zu einem Ende gekommen ist, muss der Gesetzgeber in diesem Bereich nochmals über die Bücher und erneut alternative Lösungen prüfen.²²⁰ Eine tragfähige Lösung muss dabei drei Ziele im Blick haben. Einerseits darf die Haftung nicht so ausgestaltet sein, dass sie für die geschädigte Gesellschaft, deren Gesellschafter und Gläubiger wertlos ist. Andererseits muss sichergestellt sein, dass die Revisionsstelle künftig nicht mehr als Ausfallbürge für zahlungsunfähige Verwaltungsräte fungiert und dass die genannten wettbewerbslichen Aspekte Berücksichtigung finden. In der Lehre wurden diesbezüglich diverse Möglichkeiten diskutiert, so

²¹⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 519 ff.; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 214 f.; REICHERT, 661 ff.; ROBERTO, 258 ff.; SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 315; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 22; WATTER/GARBARSKI, 246 ff.

²¹⁶ SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 314 f.; SETHE, Revisionsstelle, 140 f., je m.w.V.

²¹⁷ Vgl. SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 312 f.; SETHE, Revisionsstelle, 137 ff., je m.w.V.

²¹⁸ Eingehend dazu SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 310 ff.; SETHE, Revisionsstelle, 134 ff., je m.w.V.

²¹⁹ Im Schrifttum (vor dem Entscheid des Parlaments) ausdrücklich für eine Ablehnung von Art. 759 Abs. 2 E-OR FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 215; GRAF, 731. Nach BÖCKLI, Aktienrechtsrevision, 136, stellte die Lösung von Art. 759 Abs. 2 E-OR dagegen „von allen möglichen Varianten [...] die am wenigsten schlechte“ dar. VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 22, waren der Ansicht, dass Art. 759 Abs. 2 E-OR zumindest die klassische Sachverhaltskonstellation, in der dem Fehler der Revisionsgesellschaft eine Pflichtverletzung der operativen Organe vorangeht, adäquater erfasst hätte als das geltende Recht.

²²⁰ Zwar nennt die Botschaft, BBl 2016, 603 f., einige mögliche Alternativen, lehnt diese aber ohne eingehende Auseinandersetzung durchwegs ab.

etwa die generelle Abschaffung der Solidarität, die Einführung von Haftungshöchstsummen oder die Pflicht zu D&O-Versicherungen für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung von Gesellschaften, die der ordentlichen Revision unterstehen.²²¹ Eine neuerliche Prüfung dieser Alternativen könnte mit einem grundsätzlichen Überdenken der Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit verbunden werden.²²²

V. Fazit

1. Die Änderung von Art. 760 OR im Zuge der Vereinheitlichung des Verjährungsrechts ist zu begrüßen. Allein das Vorgehen des Gesetzgebers, der einen Teil der Reform der Vorschrift in die später in Kraft tretende Aktienrechtsrevision verschoben hat, verkompliziert die Lage unnötig.
2. Die Neuregelung der Prospekthaftung in Art. 69 FIDLEG ist gelungen.²²³ Der bisherige Flickenteppich von Anspruchsgrundlagen wurde durch eine einheitliche und klar gefasste Vorschrift ersetzt. Die Beschränkung der Passivlegitimation folgt internationalen Standards und ist – nicht zuletzt auch unter Standortgesichtspunkten – im Ergebnis zu begrüßen. Die in Art. 69 Abs. 2 und 3 FIDLEG enthaltenen Haftungsausschlüsse sorgen für mehr Rechtssicherheit und entsprechen ebenfalls internationalen Standards. Ungeregt blieben die Themen Verjährung, Solidarität und Regress. Dies lässt sich jedoch ohne Weiteres durch Rückgriff auf die allgemeinen deliktischen Vorschriften lösen. Unglücklich ist einzig die Formulierung des Verschuldens in Art. 69 Abs. 1 FIDLEG. Dies führt aber nicht zu grösseren Schwierigkeiten, denn aufgrund der Entstehungsgeschichte ist unstreitig, dass das Verschulden trotz der Negativformulierung („ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden“) vom Kläger zu behaupten und zu beweisen ist.
3. Deutlich durchwachsender fällt der Befund bei der Neuregelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit aus. Die Klärung der Kompetenzen der Generalversammlung zur Klageerhebung, die Verlängerung der Verwirkungsfrist beim Entlastungsbeschluss und die erneute Reform der Ver-

²²¹ Eingehend zu diesen und weiteren Alternativen BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 192b ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, 91; ROBERTO, 261 ff.; SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, 315 ff.; SETHE, Revisionsstelle, 145 ff.; VON DER CRONE, Haftung, 2 ff.

²²² Gleicher Meinung VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, 22 Fn. 147; vgl. auch VON DER CRONE/BUFF, 444 ff. Eine umfassende Neuordnung der Haftung der Gesellschaftsorgane ablehnend dagegen Botschaft, BBl 2016, 603.

²²³ Vgl. zu praktischen Auswirkungen der Neuerungen bei der Prospekthaftung GERICKE/SCHIFFERLE, 198 f.

jährungsfrist in Art. 760 Abs. 1 OR sind zu begrüssen. Nicht überzeugen können demgegenüber die Streichung der Sachübernahme bei der Gründungshaftung und die Nichtberücksichtigung von Forderungen mit Rangrücktritt bei der Schadensberechnung. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung zur Reform der differenzierten Solidarität in Bezug auf die Revisionshaftung war aufgrund ihrer prozessualen Unausgereiftheit von Anfang an ungeeignet. Die Streichung durch das Parlament war daher konsequent. Dies stellt jedoch nur eine Zwischenetappe dar und entbindet die Politik nicht davon, nach einer tragfähigen Alternative zu suchen. Es liegen genügend diskussionswürdige Vorschläge auf dem Tisch.

Literatur

- APPENZELLER HANSJÜRG/WALLER STEFAN, Haftungsrisiken beim IPO und ihre Minimierung aus Sicht der Gesellschaft, GesKR 2007, 256 ff.
- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.
- Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Bösch et al. (Hrsg.), 2. A., Basel 2016 (zit. BSK KAG-BEARBEITER).
- Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Honsell et al. (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BEARBEITER).
- Basler Kommentar zum Wertpapierrecht, Art. 965–1186 OR, Honsell et al. (Hrsg.), Basel 2012 (zit. BSK Wertpapierrecht-BEARBEITER).
- BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, AJP 1998, 1286 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017, 133 ff. (zit. BÖCKLI, Aktienrechtsrevision).
- BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Zur „Konzernverantwortungsinitiative“, Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“, Zürich 2018.
- BOHRER ANDREAS, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, Überlegungen zur „Konzern-Initiative“, GesKR 2017, 323 ff.
- BÖSCH RENÉ, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandsaufnahme und erste Würdigung, ZSR 2016, 81 ff. (zit. BÖSCH, Prospektrecht).
- BÖSCH RENÉ, Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Unge-reimtes – Verpasste Chancen, in: Weber et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 495 ff. (zit. BÖSCH, FS von der Crone).
- BÖSCH RENÉ, Das FIDLEG-Prospektrecht ante portas – Guter Anlegerschutz?, SZW 2018, 451 ff. (zit. BÖSCH, FIDLEG-Prospektrecht).
- BÖSIGER MARKUS, Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag, SZW 2017, 398 ff.

- CAMENZIND CHRISTIAN A., Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes, Diss. Zürich 1989.
- CAMPONOVIO RICO A./BAUMGARTNER ANDREAS C., Wird der Rangrücktritt unbrauchbar?, ST 2011, 1036 ff.
- Commentaire romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Tercier et al. (Hrsg.), 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-BEARBEITER).
- CONTRATTO FRANCA, Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg, Zürich 2006 (zit. Contratto, Regulierung).
- CONTRATTO FRANCA, Der vereinfachte Prospekt für strukturierte Produkte nach Art. 5 KAG – Pandorabüchse oder wirksame Anlegerschutzmassnahme?, GesKR 2006, 193 ff. (zit. CONTRATTO, Prospekt).
- COURVOISIER MATTHIAS, Prospektpflicht nach FIDLEG, SZW 2020, 307 ff.
- DAENIKER DANIEL, Stellung der federführenden Bank bei Obligationenanleihen, SJZ 2003, 365 ff. (zit. DAENIKER, Federführende Bank).
- DAENIKER DANIEL, Fraud on the Market: ökonomische Theorien vor Gericht, GesKR 2014, 396 ff. (zit. DAENIKER, Fraud).
- DAENIKER DANIEL/WALLER STEFAN, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten und Haftung, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 55 ff. (zit. DAENIKER/WALLER, Informationspflichten).
- DAENIKER DANIEL/WALLER STEFAN, Due Diligence Defense der Banken bei Prospekthaftungsansprüchen, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen, Zürich 2006, 55 ff. (zit. DAENIKER/WALLER, Due Diligence).
- DASSER FELIX/ROTH DAVID, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 274 ff.
- DEDEYAN DANIEL, Regulierung der Unternehmenskommunikation, Habil. Zürich 2015.
- DIETSCHI NIKLAUS, Beabsichtigte Sachübernahmen, Diss. Zürich 2012.
- EGGEN MIRJAM, Fidleg und das Vertragsrecht: Das Basisinformationsblatt, in: Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 243 ff.
- ERB ALFRED, Der Prospekt und die Prospekthaftung bei Anleihe-Emissionen am schweizerischen Kapitalmarkt, Diss. Basel 1986.
- FAHRLÄNDER LUKAS, Neuordnung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz, ZBB 2019, 225 ff.
- FLEISCHER HOLGER, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Börsen- und Kapitalmarktrecht neu zu regeln?, Gutachten F zum 64. Deutschen Juristentag, München 2002.
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER PETER, Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme?, Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f., REPRAX 2003, 1 ff. (zit. FORSTMOSER, Sachübernahme).

- FORSTMOSER PETER, Den Letzten beißen die Hunde, Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Ackermann et al. (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 483 ff. (zit. FORSTMOSER, FS Schmid).
- FORSTMOSER PETER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 185 ff. (zit. FORSTMOSER, Aktienrechtsreform).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil I, SJZ 2017, 73 ff. (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Etappe).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter, 10. Februar 2020 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizer Aktienrecht 2020, EF 2016, 86 ff. (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020).
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25 ff.
- GERICKE DIETER/SCHIFFERLE GREGOR, Die Prospekthaftung nach FIDLEG, GesKR 2020, 189 ff.
- GRAF DAMIAN K., Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, AJP 2015, 720 ff.
- GRUNDER THERESE, Prüfung des Prospekts, SZW 2019, 582 ff.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Amstutz et al. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER).
- HANDSCHIN LUKAS, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, 998 ff.
- HENCKEL VON DONNERSMARCK HEINRICH, Die Kotierung von Effekten, Diss. Freiburg 1996.
- HIRSCH ALAIN, Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une „postposition de créance“ pour l'évaluation du dommage, SZW 2007, 412 ff.
- HOFSTETTER KARL, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271 ff.
- HORISBERGER LOÏC, La suppression des règles sur la reprise de biens sans allègement des règles sur les apports en nature – une incohérence?, REPRAX 2017, 183 ff.
- HUTTERLI SILVIO, Strukturierte Produkte – Ausgestaltung, Emission und Handel aus rechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2008.
- JACQUEMOUD PHILIPPE/PASQUIER AURÉLIEN, Postposition (subordination), SZW 2013, 292 ff.
- Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zobl et al. (Hrsg.), 23. Nachlieferung, Zürich 2015 (zit. Komm.-BankG-BEARBEITER).
- KOWALEWSKI JÖRN, Teil V: Prospekt- und Kapitalinformationshaftung in der Schweiz und den USA – 18. Kapitel: Schweiz, in: Hopt/Voigt (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, Tübingen 2005, 999 ff.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019.

- Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Honsell (Hrsg.), Basel 2014 (zit. KuKo OR-BEARBEITER).
- MAROLDA MARTINEZ LARISSA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Prospekthaftung bei Anleihensemissionen und die Stellung der federführenden Bank, SZW 2003, 158 ff.
- MAURENBRECHER BENEDIKT/WALLER STEFAN, Prospekthaftung und strukturierte Produkte, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IV, Zürich 2009, 55 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018.
- MEYER MANUEL, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Diss. Zürich 2015.
- MÜLLER LUKAS, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag, AJP 2012, 1412 ff.
- NOTH MICHAEL G./GROB EVELYNE, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligationenrechtlichen Prospekthaftung – ein Überblick, AJP 2002, 1435 ff.
- OESCH VANESSA, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 2019, 161 ff.
- Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-BEARBEITER).
- REICHERT PETER, Besserstellung der Revisionsstelle in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit? – Prozessrechtliche Bemerkungen zu Art. 759 Abs. 2 E-OR, SZW 2017, 661 ff.
- REHM CHRISTIAN/WERLEN THOMAS, Paradigmenwechsel in der Primärkapitalmarktregulierung, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IX, Zürich 2014, 55 ff.
- REUTTER THOMAS U., IPO – Ablauf, Struktur, Haftung und Schadloshaltung, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014, 7 ff.
- RIECKHOFF HELGE, Prognoseberichterstattung im Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2009.
- ROBERTO VITO, Wie weiter mit der Revisionshaftung?, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 253 ff.
- ROBERTO VITO/WEGMANN THOMAS, Prospekthaftung in der Schweiz, SZW 2001, 161 ff.
- SCHLEIFFER PATRICK/FISCHER DAMIAN, Prospektfreie Platzierungen, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich 2010, 121 ff.
- SCHLEIFFER PATRICK/SCHÄRLI PATRICK, Ausnahmen von der Prospektspflicht unter dem künftigen Finanzdienstleistungsgesetz, GesKR 2018, 1 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016.
- SCIÉRANSKI MATTHIAS, Prognosepublizität börsennotierter Aktiengesellschaften, Baden-Baden 2010.
- SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter (Hrsg.), Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 299 ff. (zit. SETHE, Verantwortlichkeitsrecht).
- SETHE ROLF, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 121 ff. (zit. SETHE, Revisionsstelle).
- SODERQUIST LARRY D./GABALDON THERESA A., Securities regulation, 8th ed., St. Paul 2014.
- SPANIOL THIERRY, Sinn und Unsinn der Sachübernahmenvorschriften, GesKR 2009, 233 ff.

- SPILLMANN TILL/GIGER ANDREA, Ein modernes Prospektrecht für die Schweiz, GesKR 2019, 182 ff.
- SPILLMANN TILL/MEYER RICHARD, FIDLEG – Prospektregelung, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen X, Zürich 2016, 7 ff.
- STOFFEL WALTER A., La fondation qualifiée des sociétés anonymes: Les apports en nature et la reprise des biens – Tendances récentes, in: Tercier et al. (Hrsg.), Festschrift Gauch, Zürich 2004, 651 ff.
- VISCHER MARKUS D., Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 2012, 287 ff.
- VOGT HANS-UELI, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 21 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff. (zit. VON DER CRONE, Haftung).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff. (zit. VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Vorschläge zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 607 ff. (zit. VON DER CRONE/ANGSTMANN, Vorschläge).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BUFF FELIX, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?, SZW 2015, 444 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CATHOMAS LINUS, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 586 ff.
- WATTER ROLF/DUBS DIETER, Organverhaltens- und Organhaftungsregelung im Börsenrecht, AJP 1998, 1308 ff. (zit. WATTER/DUBS, Organhaftungsregelung).
- WATTER ROLF/DUBS DIETER, Der Déchargebeschluss, AJP 2001, 908 ff. (zit. WATTER/DUBS, Déchargebeschluss).
- WATTER ROLF/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme: changement de paradigme?, SZW 2009, 235 ff.
- WEBER PHILIPPE A./FAHRLÄNDER LUKAS, in: Sethe et al. (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Zürich 2021 (im Erscheinen), Art. 69 (zit. SK FIDLEG).
- WEBER PHILIPPE A./KRONAUER MARKUS E./FAHRLÄNDER LUKAS, Die Börsenzulassung in der Schweiz in ihrem rechtlichen und steuerlichen Umfeld, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. A., München 2019, § 44.
- WERLEN THOMAS, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Diss. Zürich 1994.
- WIDMER DIETER/CAMPONOVO RICO A., Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, Ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage, ST 2008, 110 ff.
- ZIEGLER ADOLF, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII/6, Anleiheobligationen, Art. 1157–1186 OR, Bern 1950.
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.

Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen,
Art. 620–659b OR, Handschin (Hrsg.), Zürich 2016 (zit. ZK-BEARBEITER).

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 201 **Challenges, risks and threats for security in Europe**
11th Network Europe Conference, Warsaw, 19th–22nd May 2019
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Viorel Cibotaru, Attila Vincze, Przemyslaw Saganek, Jelena Ceranic, Aleksei V. Dolzhikov, Alena F. Douhan, Darina Dvornichenko, Vadym Barskyy, Itay Fischhendler, Verena Murschetz, Jürgen Scheffran, Tobias Baumgartner, 2019 – CHF 49.90/39.90.
- Band 202 **Elftes Zürcher Präventionsforum**
Neue Technologien im Dienste der Prävention:
Möglichkeiten – Risiken
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Ulf Blanke, Ladina Cavelti, Ulrich Schimpel, Jasmine Stössel, Thomas Wenk, Bettina Zahnd, 2020 – CHF 49.90/39.90.
- Band 203 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2019/2020
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, Mathis Berger, Alexander Brunner, Theodor Bühler, Balthasar Dengler, Jana Fischer, Alfred Früh, Thomas Geiser, Pascal Grolimund, Stefan Härtner, Ulrike I. Heinrich, Isabel Höhener, Samuel Jost, Brigitta Kratz, David Mamane, Laura Manz, Michael Mayer, Urs Meier, Peter Rechsteiner, Antoine Schnegg, René Schreiber, Kurt Sieht, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, 2020 – CHF 49.90.
- Band 204 **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XV**
THOMAS U. REUTTER/THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Marion Bähler, Christina Del Vecchio, Olivier Favre, Jürg Frick, Arie Gerszt, Sonja Maire, Alex Nikitine, Thomas U. Reutter, Annette Weber, 2020 – CHF 39.90.

Ausserdem erschienen:

Schweiz – Europäische Union

Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug
MATTHIAS OESCH, 2020 – CHF 44.90.

Der vorliegende Tagungsband enthält die um Belege ergänzten Referate des EIZ-Seminars «Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X». Die Beiträge betreffen Themen rund um den Verantwortlichkeitsprozess, wie die Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte, Schaden und Kausalität im Verantwortlichkeitsprozess sowie Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen. Abgeschlossen wird der Band mit einem Aufsatz zu den jüngsten gesetzlichen Änderungen im Verantwortlichkeitsrecht (Verjährungsrecht, Aktienrechtsrevision und Prospekthaftung).

Mit Beiträgen von:

Dr. Lukas Fahrländer

Prof. em. Dr. Peter Forstmoser

Dr. Peter R. Isler

Marcel Kuchler

Dr. Stephan Mazan

Dr. Peter Reichart

Dr. Ernst F. Schmid

Prof. Dr. Rolf Sethe

Dr. Martin Waldburger