

WOLFGANG WIEGAND

## Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

### INHALTSÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Gründe und Ziele der Neugestaltung des Verantwortlichkeitsrechts
- III. Die Haftungsvoraussetzungen
- IV. Schlussbemerkung

### I. EINLEITUNG

In einer Übersicht<sup>1</sup> über die wichtigsten Änderungen im revidierten Aktienrecht hat ROLF BÄR zu den neuformulierten Haftungstatbeständen ausgeführt:

«Es ist vorauszusehen, dass ... zu den vertraglichen und deliktischen Verantwortlichkeiten noch eine Literatur mit phantasievollen Konstruktionen aus dem Arsenal allgemein obligationenrechtlicher Bauteile entstehen wird.»

Es handelt sich hier um eine typisch BÄRSche Formulierung in einem doppelten Sinne. Sie enthält, wie viele seiner Äusserungen, einen Schuss Ironie, die manchmal sogar zum Sarkasmus wird, und zugleich kommt in dieser Aussage seine Abneigung gegen allzu «phantastische» Dogmatik zum Ausdruck. Wenn ich es dennoch wage, aus obligationenrechtlicher Sicht zu Fragen der Verantwortlichkeit Stellung zu nehmen, dann nicht, weil ich «phantasievolle Konstruktionen» vortragen möchte, sondern weil die Aussage BÄRS in der Sache selbst eben doch einen Bedarf nach obligationenrechtlicher Durchdringung der Haftungstatbestände konstatiert.

Ich konzentriere mich im folgenden auf die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, weil hier eine Rückbesinnung und eine Anbindung an die allgemeine schuldrechtliche Dogmatik besonders dringlich erscheint. Dies gilt sowohl vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtssituation, die allenthalben Anlass zu Klagen gegeben, als auch im Hinblick auf die neue Regelung, die schon bis jetzt zahlreiche Zweifelsfragen aufgeworfen hat. Daraus ergibt sich von selbst, dass zunächst kurz auf die Gründe für die Neugestaltung des Verantwortlichkeitsrechts in der Aktienrechtsrevision und deren wesentlichen Inhalt einzugehen ist.

<sup>1</sup> ROLF BÄR, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 1992 391 ff., 396. Das Zitat bezieht sich primär auf die Sonderprüfung, ist aber allgemeiner zu verstehen.

## II. Gründe und Ziele der Neugestaltung des Verantwortlichkeitsrechts

Die Fragen der Verantwortlichkeit spielten in der ersten Phase der Revision des Aktienrechts keine Rolle. Sie waren, wie BÖCKLI<sup>2</sup> gesagt hat, «kein Thema». Dies änderte sich erst gegen Ende der siebziger Jahre, als durch die Motion Muheim die Verantwortlichkeit zum Reformgegenstand gemacht wurde. Im Laufe der achtziger Jahre rückte dann dieses Thema zunehmend in den Vordergrund, weil in der juristischen Literatur die Mängel der bisherigen Regelung vermehrt kritisiert wurden. Anlass dazu waren zwar gelegentlich Urteile des Bundesgerichts<sup>3</sup>, die eigentliche Ursache jedoch lag tiefer. Die Befassung des Bundesgerichts mit derartigen Fällen beruhte nämlich ihrerseits darauf, dass eine stets zunehmende Zahl von Verantwortlichkeitsprozessen durchgeführt wurde. Diese lösten eine Diskussion über die Verantwortlichkeitsregelung aus. Als Resultat ergab sich, was FORSTMOSER<sup>4</sup> später folgendermassen zusammengefasst hat:

«Dem Verantwortlichkeitsrecht in seiner heutigen Ausgestaltung wohnt damit ein willkürlicher Zug inne, und es erscheinen Korrekturen nach zwei Richtungen hin angezeigt:

- Einerseits sollte die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen auch seitens einzelner Aktionäre und Gläubiger erleichtert werden,
- andererseits ist die Ersatzpflicht auf ein vernünftiges und dem persönlichen Verschulden entsprechendes Mass zu reduzieren.»

Damit waren zwei *Postulate* erhoben, die man zwar nicht als widersprüchlich bezeichnen kann, die jedoch eine gegenläufige Tendenz haben. Einerseits sollte der Zugriff auf die handelnden Personen erleichtert und damit im Ergebnis die *Haftung verschärft*, zum anderen aber sollten die *Handelnden milder* als bisher angefasst werden. Ehe zur Verwirklichung dieser Forderungen im neuen Recht Stellung zu nehmen ist, erscheint es geboten, die zumindest *prima vista* nur schwer zu vereinbarenden Postulate in einen grösseren Zusammenhang zu stellen, um ihre Bedeutung wirklich beurteilen zu können.

1. Ich wende mich zuerst der Forderung zu, die Mitglieder des Verwaltungsrates nur nach ihrem individuellen Verschulden, gewissermassen nach ihrem *Tatbeitrag* haften zu lassen. Begründet wird dieses Postulat mit einer Reihe von Erwägungen, die untereinander verbunden sind, gelegentlich auch vermischt werden, jedoch isolierter Betrachtung bedürfen. Ein Ansatzpunkt der Kritik ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Soli-

<sup>2</sup> PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, N. 1968 ff.; dort auch zum folgenden.

<sup>3</sup> Symptomatisch auch zum folgenden PETER FORSTMOSER, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess, SJZ 1982 369 ff. unter Hinweis auf BGE 93 II 322 und 97 II 403/405.

<sup>4</sup> PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 1991 536 ff., 537.

darhaftung der handelnden Personen, die allenthalben als unbefriedigend empfunden wurde. FORSTMOSER<sup>5</sup> hat in diesem Zusammenhang 1982 der Hoffnung Ausdruck gegeben, dass «die starke Zunahme von Verantwortlichkeitsprozessen in den letzten Jahren und die dabei häufigen Härtefälle ... dazu führen könnten, dass das Bundesgericht auf seine bisherige Praxis zurückkommt.»

In dieser Argumentation, die sich bei vielen Autoren in ähnlicher Weise findet und die die Gesetzgebungsarbeiten entscheidend beeinflusst hat, fließen zwei Elemente ineinander. Die zunehmende Zahl der Verantwortlichkeitsprozesse, auf die ich noch zurückkommen werde, kann allenfalls dazu führen, dass es *häufiger* zu sogenannten Härtefällen kommt und dadurch die Beseitigung der Ursachen rechtspolitisch um so dringlicher erscheint. Die Quantität spielt im Grunde aber nicht die entscheidende Rolle, sondern die Tatsache, dass das Ergebnis als unhaltbar empfunden wird. Die Frage ist jedoch, was überhaupt unter Härtefällen zu verstehen ist. Dies hat FORSTMOSER<sup>6</sup> später in anderem Zusammenhang verdeutlicht, indem er ausführt:

Es «werden diejenigen, die es trifft, mit ungewöhnlicher Härte verfolgt, (es) können ehrenwerte Geschäftsleute und Revisoren – und gerade sie, denn die kriminell Handelnden haben in der Regel, wenn es zum Schwur kommt, kein Geld oder verstecken es – wegen einer kleinen Unorgfalt oder allzugrossen Entgegenkommens Hab und Gut verlieren.»

Betrachtet man diese Aussage zunächst generell, so handelt es sich um eine neue Variante des alten Spruches «Die Kleinen hängt man, und die Grossen lässt man laufen». Dies mag im Strafrecht als Ungerechtigkeit empfunden werden. Ob das im Haftungsrecht auch so ist, erscheint mir zweifelhaft, denn hier geht es nicht um die Bestrafung Schuldiger, sondern um die *Verteilung von Schäden*; und die Tatsache, dass man die Hauptschuldigen nicht zur Schadensausgleichung heranziehen kann, besagt als solche nichts. Erst jetzt und dadurch entsteht ja die Frage, ob der Schaden von den weniger Schuldigen auszugleichen oder aber von den Geschädigten selbst zu tragen ist.

Diese Frage ist nicht direkt diskutiert, sondern hinter einer dogmatischen Kontroverse versteckt worden. Das *Bundesgericht* hat sich dafür entschieden, dass die greifbaren Personen, sofern ihnen überhaupt ein Schuldvorwurf gemacht werden kann, in vollem Umfang für den Schaden einzustehen haben. Es stützt sich dabei auf *eine Konzeption der Solidarität*, aus der eine solche Folgerung abgeleitet werden kann<sup>7</sup>. Die Gegenposition

<sup>5</sup> FORSTMOSER (Fn. 3), 370 Anm. 12.

<sup>6</sup> FORSTMOSER (Fn. 4), 537.

<sup>7</sup> Vgl. insbesondere die oben in Fn. 3 genannten Entscheide; zu BGE 97 II 403 siehe auch MAX KUMMER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1971. Handels- und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1973 139 ff.

hat ebenfalls primär dogmatisch argumentiert und versucht, mit einem anderen *Solidaritätsbegriff* eine auf die individuelle Zurechenbarkeit abzustellende Haftung zu begründen<sup>8</sup>. Diese Konzeption hat sich im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt, und es wäre an sich deshalb müßig, darüber nachzudenken, was hätte diskutiert werden müssen. Ganz sinnlos ist es jedoch deshalb nicht, weil natürlich diese Überlegungen auch für die *Interpretation der neuen Regelung eine gewisse Rolle* spielen. Ich kann mich aber auf einige schlagwortartige Hinweise beschränken.

Im Grunde geht es darum, nach welchen Kriterien der Schaden zu verteilen ist. Zur Beantwortung derartiger Fragen zieht man heute üblicherweise ökonomische Beurteilungskriterien heran<sup>9</sup>. Eine ökonomische Analyse des schweizerischen Rechts in bezug auf diesen Punkt ist mir jedoch nicht bekannt. Ich greife deshalb auf traditionelle Methoden zurück. Als besonders hilfreich hat sich dabei eine Fragestellung erwiesen, die KARL LARENZ immer wieder verwendet hat. Er fragt, wer von den Beteiligten dem Schaden *nähersteht*<sup>10</sup>. Im konkreten Fall angewendet geht es also darum, ob die Mitverursacher und Mitschuldigen oder aber die Geschädigten dem Schaden näher stehen. Mir scheint, dass diejenigen, die in einem Kollektivorgan zusammen mit den Hauptschuldigen an der Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt haben, diesem wesentlich näher sind als diejenigen, die von der Schädigung betroffen wurden. Warum sie trotz allem von der Haftung weitgehend entlastet werden sollen und auf ihre persönliche Beteiligung abzustellen sei, ist und bleibt zumindest fraglich.

2. Mit ausschlaggebend für den Gesetzgeber mag ein Gedanke gewesen sein, der in diesem Zusammenhang nicht direkt erwähnt wird, der sich aber wie ein *roter Faden* durch die Reform des Verantwortlichkeitsrechts zieht. Er hängt mit der mehrfach erwähnten *Häufung der Verantwortlichkeitsprozesse* zusammen.

Schon allein diese Tatsache selbst wird als ein Anzeichen einer Verschärfung der verwaltungsrätlichen Haftung angesehen. Hinzu kommt die Befürchtung, die Massstäbe für die Haftung könnten ständig verschärft werden. Exemplarisch und symptomatisch sind die Ausführungen, die ROLF BÄR vor der vorberatenden Kommission des Ständerates gemacht hat. Ich zitiere aus der Stellungnahme von Ständerat Gadiet:

<sup>8</sup> Umfassend dargestellt bei PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987, N. 380 ff.

<sup>9</sup> Exemplarisch die Berner Habilitationsschrift von MICHAEL ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985, und *ders.*, Der Irrtum über «künftige Sachverhalte» - Anwendungsbeispiel und Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, recht 1986 14 ff.

<sup>10</sup> KARL LARENZ, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987, 556 ff. zur Ausgleichspflicht mehrerer Ersatzpflichtiger und 560/1 zur Denkfigur des «Näherstehens».

«Professor Bär hat als Experte im Hearing vor einer kontraproduktiven Lähmung der unternehmerischen Initiative gewarnt, wenn eine überspitzte Verantwortlichkeit institutionalisiert wird. (...) Er kritisierte sodann den Unwillen der Lehre, die Sorgfaltsanforderungen an die einzelnen Verwaltungsräte zu individualisieren, kritisierte die in der Folge resultierenden untragbaren Sorgfaltsanforderungen...»<sup>11</sup>

Ungeachtet dieses – wie anderer – engagierter Voten für die *Differenzierung der Sorgfaltsmassstäbe* und eventuelle *Reduzierung des Verschuldenserefordernisses* ist der Gesetzgeber diesen *Postulaten nicht gefolgt*.

Auch hier ist wiederum zu konstatieren, dass eine eigentliche Grundlagendebatte über die angemessene Risikoverteilung und deren Kriterien nicht geführt wurde. Und auch hier liegt es wiederum nahe, derartige Überlegungen post festum für müssig zu halten. Das ist indessen aus zwei Gründen nicht der Fall: Anders als bei der zuvor behandelten Frage, bei der in Art. 759 OR eine gesetzliche Klärung erfolgt, bleibt auch nach der Nichtbeachtung der Voten für eine Haftungsmilderung ein jederzeitiger Rückgriff darauf möglich, da es um die Interpretation der im Gesetz nur sehr generell formulierten Sorgfaltsanforderungen geht. So verwundert es nicht, wenn BÖCKLI<sup>12</sup> unter Berufung auf BÄR erneut die Forderung nach einer Reduktion der Sorgfaltsmassstäbe aufstellt. Unter dem Titel «Wirtschaftliche Tätigkeit und Risikoscheu» schreibt er:

«Überspitzte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht müssten in der letzten Konsequenz zum Negativdenken, Risikoscheu und Dienst nach Vorschrift führen. Die Übernahme von Risiken ist nicht einer Unsorgfalt gleichzusetzen. Wirtschaftliche Tätigkeit ist immer Risikoübernahme.»

Solche Töne sind vertraut: Ähnliches hat das Bundesgericht<sup>13</sup> in seinem berühmten Entscheid über die Haftung des Chirurgen ausgeführt:

«Als Beauftragter haftet der Arzt somit grundsätzlich für jedes Verschulden. Die Anwendung dieses Grundsatzes mit voller Strenge wäre jedoch mit einer normalen Ausübung des ärztlichen Berufes zum Nachteil des Kranken wie auch des Arztes unvereinbar. Die Rechtsprechung hat denn auch seine Strenge gemildert, um der Unvollkommenheit der Wissenschaft und der menschlichen Fehlbarkeit Rechnung zu tragen. Der Arzt haftet nicht für einfache Fehlgriffe, die bis zu einem gewissen Grade in der

<sup>11</sup> Amtl. Bull. StR 1988 527.

Diese Befürchtungen und entsprechende Kritik hatte BÄR schon seit langem vorgebracht; vgl. etwa ROLF BÄR, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, ZBJV 1970 457 ff., und ders., Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAG 1986 57 ff.

<sup>12</sup> BÖCKLI (Fn. 2), N. 1620 ff., Zitat in N. 1622.

<sup>13</sup> BGE 105 II 284 ff., zitiert nach Pra 1980 Nr. 135.

Natur seines Berufes liegen. Auf dem Gebiete der Chirurgie ist ganz besondere Zurückhaltung geboten. Die Chirurgie setzt notwendigerweise eine gewisse Kühnheit und eine gewisse Inkaufnahme von Risiken voraus.»

Gerade die Plausibilität und Popularität derartiger Formulierungen macht es notwendig, sie in einen grösseren Rahmen zu stellen. Das Lamentieren über die Überspannung oder Überspitzung der Sorgfaltspflichten ist eine Erscheinung, die sich nicht auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit beschränkt. Sie ist in der Produkthaftpflicht und in der Arzthaftung, aber auch ganz generell bezüglich der Ausweitung des Haftpflichtrechts ständig zu hören<sup>14</sup>. Innovationsfreude, Handlungsfreiheit und Kreativität werden, so sagt man, durch allzu strenge Haftung in einer Weise eingeschränkt, die letzten Endes nicht im *Interesse der Beteiligten* insgesamt liegen kann<sup>15</sup>.

Die eigentlich zu beantwortende Frage ist jedoch, *was* die Interessen der Beteiligten sind und *wer* diese beurteilt. Auch hierzu nur schlagwortartige Anmerkungen:

Die Reduktion der Sorgfaltsmassstäbe führt wiederum zu der oben diskutierten Frage der Schadensverteilung. Es bedarf der Begründung, warum die durch die Reduktion der Sorgfaltsmassstäbe entstehenden Schäden von der Aktiengesellschaft, ihren Aktionären oder den Gläubigern getragen werden sollen. So wäre etwa darzulegen, dass die durch risikofreudigeres Management zu erwartenden Gewinne die zu befürchtenden Schäden bei weitem kompensieren. Andeutungsweise finden sich solche Überlegungen in dem oben zitierten Bundesgerichtsurteil, wo das Bundesgericht die These aufstellt, dass allzu strenge Sorgfaltsanforderungen sich sowohl zum Nachteil der Patienten wie der Ärzteschaft auswirken würden<sup>16</sup>.

Wenige Jahre später hat das Bundesgericht unter dem Eindruck gezielter Kritik<sup>17</sup> jedoch seine Rechtsprechung in diesem Punkt aufgegeben und die ärztliche Sorgfaltspflicht wieder den allgemeinen Standards angepasst<sup>18</sup> und sie zudem in weiteren Entscheiden sogar noch erheblich verschärft. Dessenungeachtet ist bisher nicht bekannt geworden, dass diese

<sup>14</sup> Exemplarisch der Beitrag von HEINRICH HONSELL in dem Sammelband «Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht», Zürich 1991, 15; vgl. auch die Diskussionsvoten von BUCHER, 42, und WIEGAND, 45.

<sup>15</sup> Die Debatte darüber wird in den USA intensiv und auf sehr hohem Niveau geführt (vgl. etwa STEPHEN D. SUGARMANN, A Restatement of Torts, Stanford Law Review 44 [1992] 1163 ff.).

<sup>16</sup> In diese Richtung gehen auch die Äusserungen von BÖCKLI (Fn. 2), N. 1622/3, und BÄR (Fn. 11), SAG 1986 57 ff.

<sup>17</sup> HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER, Medical Responsibility in Switzerland, in: Medical Responsibility in Western Europe, Berlin 1985, 731 ff., 750; WOLFGANG WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, Bern 1985, 96 ff.

<sup>18</sup> BGE 113 II 429 ff.; vgl. dazu FRANZISKA SCHNEIDER-BUCHLI, Arzthaftungsrecht (Urteilsanmerkung Zivilrecht), recht 1988 91 ff.

strengen Sorgfaltsanforderungen die Kühnheit der Chirurgen beeinträchtigt oder gar zu einer defensiven Medizin geführt hätten. Ich weiss, dass die Dinge wesentlich komplexer liegen, als ich sie hier skizziere<sup>19</sup>. Ich kann und will die Frage der Interdependenz von Sorgfaltspflichten und Verhaltenssteuerung hier nicht weiter vertiefen. Es genügt vielmehr festzuhalten, dass bisher wirklich schlüssige Begründungen für eine Lockerung der Haftungsmaßstäbe nicht vorgetragen worden sind.

Versuche, eine solche Haftungsmilderung zu erreichen, haben m. E. aber auch unabhängig davon im Moment wenig Aussicht auf Erfolg. Sie stehen nicht nur im Widerspruch zur zweiten Stossrichtung der Reform des Verantwortlichkeitsrechts, der ich mich sogleich zuwenden werde, sie liegen gewissermassen auch quer zur Zeitströmung. Nun ist dies eine Position, die einzunehmen Bär gelegentlich Freude bereitet hat. Im konkreten Fall glaube ich indessen, dass es wenig Sinn hat, sich dem Zeitgeist zu widersetzen. Dieser findet seinen Niederschlag in der bereits mehrfach erwähnten Zunahme von Verantwortlichkeitsprozessen. Dabei handelt es sich nicht um einen Zufall, sondern um eine partielle Ausprägung einer weltweiten Entwicklung, die ein amerikanischer Autor in einem zum Bestseller gewordenen Buch als «litigation explosion» bezeichnet hat<sup>20</sup>. Eine derartige Prozessflut ist jedenfalls im Bereich des Haftungsrechts weltweit festzustellen. Das amerikanische Justizsystem gab zwar gewisse Anreizstrukturen für derartige Prozesse, die diese Tendenz aber nur verstärken, nicht jedoch ihre eigentliche Ursache bilden<sup>21</sup>. Diese liegt vielmehr in einer veränderten Mentalität der Bevölkerung der industriellen und postindustriellen Gesellschaft, die in zunehmendem Masse die Tendenz entwickelt und gefördert hat, Schäden umzuverlagern. So ist es geradezu zu einer Selbstverständlichkeit geworden, dass niemand mehr bereit ist, einen Schaden als solchen hinzunehmen, sondern mit allen denkbaren Mitteln versucht, ihn auf einen anderen zu überwälzen. Es ist hier nicht der Ort, über die soziologischen und politischen Gründe dieses Mentalitätswandels nachzudenken, dieser ist vielmehr als Faktum hinzunehmen. Der sogenannte «transfer of losses» gehört zu den Erscheinungen der Zivilrechtsordnung in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts und hat eine Fülle von ganz entscheidenden Veränderungen des Rechtssystems bewirkt<sup>22</sup>. Nur in diesem Rahmen ist es verständlich, dass auch in der

<sup>19</sup> Vgl. den Hinweis in Fn. 15.

<sup>20</sup> WALTER K. OLSON, *The litigation explosion - what happened when America unleashed the lawsuit*, New York 1991.

<sup>21</sup> Dazu und zum folgenden WOLFGANG WIEGAND, *Die Rezeption amerikanischen Rechts*, in: *Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1988*, ZBJV 124<sup>th</sup> (1988) 229 ff.

<sup>22</sup> Hinweise dazu bei WOLFGANG WIEGAND, *Zur Haftung für Dienstleistungen*, recht 1990 134 ff., 138 ff.; zu den Ursachen dieser Veränderungen LAWRENCE FRIEDMANN, *Total justice*, New York 1985.

Schweiz in sich stets vermehrendem Masse Aktionäre und Gläubiger probieren, Schäden, die man noch in der vorigen Generation als Schicksalsschläge empfunden hätte<sup>23</sup>, dadurch auf andere zu überwälzen, dass man die handelnden Personen ersatzpflichtig zu machen versucht. Die *Methode*, mit der dies erreicht wird, ist in allen Haftungsbereichen dieselbe. Es werden die Pflichten extensiv ausgelegt und, sofern erforderlich, neue Pflichten kreiert. Deren Verletzung führt zur Schadensersatzpflicht der handelnden Personen. In der Sache geschieht nichts anderes als eine Risikoverlagerung, die zur Verschiebung der Schäden führt. Diese Mechanik ist in der Literatur verschiedentlich beschrieben und gelegentlich bedauert worden<sup>24</sup>. Im Moment sind keinerlei Anzeichen für eine Tendenzwende sichtbar. Sie könnte auch nur dann erfolgen, wenn die der Entwicklung zugrunde liegende Gesinnung sich verändern würde. Solch ein Mentalitätswandel kann freilich nicht durch Änderung von Normen oder deren Interpretation, sondern nur durch eine Veränderung der sozialen und politischen Rahmenbedingungen herbeigeführt werden. Zurzeit hält die Verschärfung der Haftung ungebrochen an. Ich erinnere nur an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *Produkthaftpflicht*<sup>25</sup>, zur erwähnten Ausdehnung der Sorgfaltspflichten und der soeben erfolgten Ausdehnung der Aufklärungspflichten im Bereich des *Arztrechts*<sup>26</sup>, zu der extensiven, wenn nicht exzessiv zu nennenden Sorgfaltspflicht der *Vermögensverwaltung*<sup>27</sup> und nicht zuletzt zu der kaum noch nachvollziehbaren Ausdehnung der Pflichten des Verwaltungsrats in bezug auf die Verantwortlichkeit für sozialversicherungsrechtliche Verpflichtungen<sup>28</sup>.

3. Angesichts dieser Sachlage ist nicht zu erwarten, dass in absehbarer Zeit die Pflichten des Verwaltungsrats restriktiv interpretiert werden. Dies wäre auch mit der zweiten Stossrichtung der Reform, die ich mehrfach erwähnt habe, nicht vereinbar. Diese zielt nämlich darauf, die Haftungsmechanismen griffiger zu machen und die wirklich Verantwortlichen zum Ausgleich der Schäden heranzuziehen. Eine Vorstufe dazu bildet die Neuordnung der Organisation der Verwaltung und die Neuformulierung des Pflichtenkatalogs<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Geradezu symptomatisch ist die folgende Äusserung von BÄR (Fn. 11), SAG 1986 59: «Einen gewissen Selbstbehalt an Schicksal wird man auch den Aktionären und Gläubigern zumuten dürfen.»

<sup>24</sup> Vgl. WIEGAND (Fn. 22), 134 ff., und PETER GAUCH/JUSTIN SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Festschrift Keller, Zürich 1989, 117 ff.

<sup>25</sup> BGE 110 II 462; vgl. dazu PIERRE WIDMER, Produkthaftung (Urteilsanmerkung Zivilrecht), recht 1986 50 ff., und ROLF KASTLI, Produkthaftung – eine Herausforderung für den schweizerischen Gesetzgeber?, recht 1990 85 ff.

<sup>26</sup> BGE 117 Ib 201; 116 II 519 ff.

<sup>27</sup> BGE 115 II 62 ff.; vgl. dazu WIEGAND (Fn. 22), 134 ff.

<sup>28</sup> Vgl. z. B. BGE 114 V 78 ff., 213 ff.; ZAK 1992 249 ff.; ZAK 1989 104/5, je mit weiteren Nachweisen.

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch das Referat von FRANÇOIS DESSEMONTET in diesem Buch.

Festzuhalten für die hier darzustellenden Zusammenhänge sind allein zwei Punkte:

Die *Sorgfalts- und Treuepflicht* als Kern der Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats ist in Art. 717 OR neu formuliert und dabei um die jetzt ausdrücklich aufgenommene Gleichbehandlungspflicht erweitert worden. Daneben sind in den Art. 716, 716a sowie 716b OR die Aufgaben umschrieben, die unübertragbaren aufgeführt und die übertragbaren davon abgegrenzt worden. Diese Neuordnung<sup>30</sup> soll es dem Verwaltungsrat ermöglichen, seinen Pflichtenbereich besser als bisher zu überschauen. Der gewissenhaften Pflichterfüllung dienen sodann die erweiterten Informationsmöglichkeiten des Verwaltungsrats<sup>31</sup>.

Nach aussen, und darum geht es ja hier vor allem, hat die Präzisierung im Pflichtenbereich die Konsequenz, dass Pflichtverstösse leichter erkennbar und nachweisbar werden. Hilfsmittel dazu sind verschiedene neue Rechtsbehelfe, die den Informationsstand des Aktionärs verbessern. Hinzu kommt eine Verringerung des Kostenrisikos bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen.

4. Betrachtet man zusammenfassend die eingangs erwähnten Postulate und deren Verwirklichung im Gesetz, so ergibt sich das *folgende Resümee*:

Das Postulat nach Haftungsreduzierung wurde teilweise verwirklicht. Eine Individualisierung findet statt im Bereich der Zurechnung der Schäden<sup>32</sup>. Dagegen ist bezüglich der Haftungsgründe eine Milderung der Massstäbe nicht akzeptiert worden.

Das Postulat der Haftungsverschärfung ist durch eine Verdeutlichung des Pflichtenkatalogs und durch eine Erleichterung der Klagemöglichkeiten verwirklicht worden. Für die Interpretation des neuen Rechts genügt jedoch nicht diese Zusammenfassung der Resultate. Der zuvor gemachte Versuch, die Regelung vor dem Hintergrund genereller Strömungen darzustellen und die Entscheidungen des Gesetzgebers in diese einzufügen, soll die Interpretation der neu geschaffenen Regelungen erleichtern; denn nur aufgrund der Kenntnis der Rahmenbedingungen ist es möglich, den Stellenwert der gesetzgeberischen Entscheidung zu verstehen und die getroffenen Regelungen dementsprechend auszulegen. Dieses soll im folgenden anhand einiger Bestimmungen und einiger zentraler Komplexe versucht werden.

<sup>30</sup> Dazu und zum folgenden Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., hier zitiert nach dem Sonderdruck, 96 ff.

<sup>31</sup> BÖCKLI (Fn. 2), N. 1496 ff.

<sup>32</sup> Über die Neuregelung von Art. 759 OR vgl. unten III. 4.

### III. Die Haftungsvoraussetzungen

Grundlage der Haftung bildet Art. 754 OR, der in Abs. 1 die haftenden Personen und den haftungsbegründenden Tatbestand umschreibt.

1. Hinsichtlich der haftenden Personen sind einige Klarstellungen und Neuordnungen erfolgt. Die Kontrollstelle, jetzt als Revisionsstelle bezeichnet, wurde ausgegliedert. Für sie ist ein eigener Haftungstatbestand in Art. 755 OR geschaffen worden. Im übrigen wurde nur eine sprachliche Korrektur angebracht, die der bisherigen Interpretation von Art. 754 OR Rechnung trägt. Statt von den mit der Geschäftsführung «betrauten», ist von den damit *befassten* Personen die Rede. Damit soll klargestellt werden, dass die sogenannten faktischen Organe von dieser Regelung erfasst werden<sup>33</sup>.

Bei der Formulierung des Haftungstatbestandes ist an die Stelle der Formel «Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten», die Wendung *Verletzung ihrer Pflichten* getreten. In der Sache hat sich dadurch freilich nichts geändert. Für die Juristen hat dies den grossen Vorteil, dass über Fragen der Rechtsnatur dieser Haftung, die Pflichtwidrigkeit und die Verteilung der Beweislast munter weitergestritten werden kann. Ich möchte dem nicht vorgreifen, sondern nur vor dem Hintergrund der zuvor skizzierten allgemeinen Entwicklungslinien einige Klarstellungen und Präzisierungen anbringen.

2. Der Tatbestand des Art. 754 OR trennt anders als viele Haftungstatbestände des OR in vorbildlicher Weise zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden<sup>34</sup>. An dieser scharfen Trennung ist auch angesichts der Objektivierung des Verschuldensmassstabs, auf den sogleich näher einzugehen ist, konsequent festzuhalten<sup>35</sup>. Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und dessen Kausalität für den eingetretenen Schaden sind vom Kläger zu beweisen. Dem Aktionär wird dies durch die Möglichkeit der Sonderprüfung<sup>36</sup> erleichtert, und zudem wird sein Prozessrisiko durch die Kostenregelung des Art. 756 Abs. 2 OR gemildert. Im Zentrum wird aber auch in Zukunft die Frage stehen, *was als pflichtwidriges Verhalten zu qualifizieren sei*. Dabei wird es, nachdem wesentliche Pflichten bereits in Art. 716a OR aufgelistet sind, vor allem um die Interpretation der in Art. 717 OR neu und *generell formulierten Verhaltenspflichten* des Verwaltungsrats gehen. Es lässt sich unschwer vorhersagen, dass die an den Verwaltungsrat angelegten Massstäbe sich weiterhin verschärfen werden – dies ungeachtet der Mahnungen und eindringlichen Appelle von BÄR und manchen anderen. Entscheidend dafür sind folgende Gründe:

<sup>33</sup> Botschaft (Fn. 30), 191.

<sup>34</sup> Vgl. dazu BGE 113 II 429 und 115 II 62.

<sup>35</sup> OR-WIEGAND, ART. 97 N. 43.

<sup>36</sup> Art. 697a OR; dazu BÖCKLI (Fn. 2), N. 1850 ff.

a) Für die Bestimmung von Verhaltenspflichten wird ganz generell nicht auf den individuell Handelnden, sondern auf denjenigen Massstab abgestellt, der von einem hinreichend Qualifizierten in dieser Position vernünftigerweise erwartet werden kann. Man spricht in diesem Zusammenhang von gruppen- oder *berufsspezifischer Sorgfalt*<sup>37</sup>. Diese Kriterien sind auch für die Bestimmung der Sorgfaltspflicht von Verwaltungsräten massgebend.

Geht man von diesem Ansatz aus, so ergibt sich eine Verschärfung ohne weiteres; denn das Leitbild des Verwaltungsrates ist durch die Aktienrechtsreform in entscheidender Weise verändert worden, und zwar in eine Richtung, die am besten mit dem Schlagwort der *Professionalität* gekennzeichnet werden kann. Werden aber an die Verhaltensweisen des Verwaltungsrates die Kriterien der professionellen Interessenwahrung angelegt, so kann dies nur zu einer Verschärfung der Massstäbe führen. Das wird um so wahrscheinlicher, wenn man in Betracht zieht, dass die oben dargelegte generelle Tendenz zur Haftungsverschärfung in den letzten Jahren gerade im Bereich der *Berufshaftung*<sup>38</sup> stattgefunden und hier der Gesichtspunkt der *Professionalität* und der *Verantwortlichkeit des Experten für die ihm anvertrauten Interessen*<sup>39</sup> eine entscheidende Rolle gespielt hat; dies alles wird eher zu einer Erhöhung der Anforderungen an ein pflichtgemässes Verhalten der Verwaltungsräte führen. Zieht man weiter in Betracht, dass im Bereich der Kausalität schon heute weitgehende Beweiserleichterungen<sup>40</sup> üblich sind, so wird sich diese Tendenz noch verstärken.

b) Dies alles hätte vermieden werden können, wenn man dem Vorschlag BÄRS<sup>41</sup> gefolgt wäre, die Haftung für leichtes Verschulden völlig auszuschliessen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch dafür entschieden, den Verwaltungsrat auch weiterhin für jedes Verschulden einstehen zu lassen. Ob ein solches vorliegt, wird nach dem sogenannten *objektivierten Verschuldensmassstab* bestimmt. Es ist also darauf abzustellen, wie sich ein hinreichend qualifizierter, durchschnittlicher Verwaltungsrat in dieser Situation hätte verhalten müssen<sup>42</sup>. Bei der Frage nach dem richtigen Verhalten wirkt sich

<sup>37</sup> OR-WIEGAND, ART. 99 N. 9 mit Nachweisen. Zu beachten ist dabei, dass nicht auf den Verwaltungsrat schlechthin abzustellen ist, sondern dass vielmehr die Gesamtsituation (Grösse des Betriebes, Anforderungsprofil usw.) zu berücksichtigen ist (ähnlich wie vom Arzt am Bezirksspital nicht das gleiche erwartet und verlangt werden kann wie an einer Universitätsklinik). In diesem Rahmen ist das folgende zu sehen.

<sup>38</sup> Dazu etwa KLAUS J. HOPT, Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und zur Berufshaftung, AcP 1983 606 ff.

<sup>39</sup> Dazu exemplarisch CARLA MAINARDI-SPEZIALI, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der prä-natalen Diagnostik, Diss. Bern 1992.

<sup>40</sup> Allgemeine Nachweise bei WIEGAND (Fn. 17), 107 f., und speziell für die Verantwortlichkeit bei KURT JEAN GROSS, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1990, 199 f.

<sup>41</sup> Vgl. Amtl. Bull. StR 1988 527.

<sup>42</sup> Vgl. dazu oben bei Fn. 35 und 37.

wiederum das Leitbild des professionellen Verwaltungsrates aus, das dem neuen Recht zugrunde liegt. Das heisst hier, wie immer bei der Anwendung des objektivierten Verschuldensbegriffs, dass mit der Bejahung der Pflichtwidrigkeit prinzipiell auch das Verschulden anzunehmen ist<sup>43</sup>.

Der einzige Unterschied besteht darin, dass auf die *konkrete Situation* abgestellt werden kann und dadurch gewisse *Subjektivierungsmöglichkeiten* vorhanden sind. So lässt sich etwa das Verschulden in Notfallsituationen, aber auch bei gewissen Interessenkollisionen, allenfalls ausschliessen. Man muss sich jedoch darüber im klaren sein, dass es sich hier nur um einen ganz schmalen Spielraum handelt, denn sobald eine derartige Situation vorhersehbar war, liegt ein Organisations- oder ein Übernahmeverschulden vor.

Angesichts dieser Situation ist es verständlich, gerade auch im Bereich der Verantwortlichkeit die Forderung nach *Subjektivierung des Verschuldensmassstabs* erneut zu diskutieren<sup>44</sup>. Man kann dies in genereller Weise tun oder aber eine Subjektivierung auf eine analoge Anwendung des Art. 321e Abs. 2 OR stützen. ROLF BÄR hat dies ansatzweise für die Verantwortlichkeit erörtert<sup>45</sup>. Ich selbst habe das für den Bereich des Arztrechts zur Durchführung punktueller Korrekturen vorgeschlagen<sup>46</sup>. Auch dieser Ansatz reicht jedoch nicht weit. Man müsste schon davon ausgehen, dass mit der Tätigkeit des Verwaltungsrates ein *Berufsrisiko* verbunden wäre, wie es sonst bei schadensgeneigter Arbeit angenommen<sup>47</sup> wird. Meines Erachtens ist hier, wie bei der generellen Forderung nach Subjektivierung des Verschuldensmassstabes, äusserste Zurückhaltung geboten. Sobald man beginnt, im Zivilrecht die Verschuldensfrage zu subjektivieren, führt dies im Resultat dazu, dass der Schadensausgleich von den mehr oder weniger zufälligen Qualitäten des Schädigers abhängt: Eine Konzeption, die mit dem Grundschemata zivilrechtlicher Ausgleichshaftung nicht zu vereinbaren ist.

3. Eine wirklich *substantielle Milderung* der Haftung bringt dagegen Art. 754 Abs. 2 OR, der fest schreibt, was in der Lehre seit langem herrschende Meinung war. Gemäss dieser neuformulierten Vorschrift kann bei Delegation der Geschäftsführung die Haftung durch den Sorgfaltbeweis abgewendet werden<sup>48</sup>.

Ob damit – wie die Botschaft<sup>49</sup> zum Aktienrecht sagt – die bestehende «grosse Rechtsunsicherheit» wirklich beseitigt wird, hängt wesentlich da-

<sup>43</sup> Dazu und zum folgenden insgesamt OR-WIEGAND, Art. 97 N. 43 und Art. 99 N. 8 ff.; ROLF H. WEBER, Sorgfaltswidrigkeit – Quo vadis?, ZSR 1988 I 39 ff.

<sup>44</sup> WALTER FELLMANN, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I 339 ff.

<sup>45</sup> BÄR (Fn. 11), SAG 1986 59 f.

<sup>46</sup> WIEGAND (Fn. 17), 111 f.

<sup>47</sup> Dazu OR-REHINDER, Art. 321e N. 5.

<sup>48</sup> FORSTMOSER (Fn. 8), N. 321 ff.; BÖCKLI (Fn. 2), N. 1974 ff.

<sup>49</sup> Botschaft (Fn. 30), 191.

von ab, ob es gelingt, eine einheitliche und überzeugende Interpretation der Norm zu finden. Dabei ergeben sich verschiedene Probleme:

a) Art. 754 Abs. 2 OR knüpft an schon bestehende Normen an, die die Einbeziehung Dritter regeln, und zwar an Art. 101, Art. 55 und Art. 399 OR. Die Vorschrift enthält Elemente aus allen drei Regelungen. Bezüglich des Entlastungsbeweises schliesst sich die Formulierung an Art. 399 Abs. 2 OR und die Praxis zu Art. 55 OR an. Die Unterscheidung in befugte und unbefugte Delegation folgt sprachlich und gedanklich Art. 101 und 399 OR.

Aus Art. 399 Abs. 1 OR kann denn auch die Rechtsfolge unbefugter Delegation entnommen werden. Es haftet der Verwaltungsrat für die Handlungen des Unbefugten, «wie wenn es seine eigenen wären»<sup>50</sup>. Während diese Rechtsfolge als solche unproblematisch ist, besteht die eigentliche Frage darin, wann die Delegation im Sinne des Art. 754 Abs. 2 OR «befugterweise» erfolgte. Dabei geht es nicht um die formalen Voraussetzungen, also die Verankerung in Statuten und Organisationsreglement<sup>51</sup>, sondern um die Frage, an wen befugterweise delegiert werden darf.

b) Der Gesetzestext ist eindeutig. Danach kommt Art. 754 Abs. 2 OR nur zur Anwendung, wenn die Erfüllung einer Aufgabe einem anderen *Organ* übertragen worden ist. Die Entstehungsgeschichte<sup>52</sup> zeigt in unmissverständlicher Weise, dass dies ganz genau so gewollt war, wenn auch nicht auszuschliessen ist, dass – wie manche meinen – der Gesetzgeber die Problematik nicht voll erkannt habe<sup>53</sup>. Immerhin lässt sich für die gesetzliche Regelung das Folgende anführen:

aa) Die im Verhältnis zu den Delegationsmöglichkeiten gemäss Art. 716b OR restriktive Formulierung von Art. 754 Abs. 2 OR könnte damit erklärt werden, dass nur bei der Übertragung von Verpflichtungen auf ein Organ sichergestellt würde, dass an dessen Tätigkeit diejenigen Sorgfaltsmassstäbe anzulegen seien, für die eben ein Organ einzustehen habe.

Dieses Resultat lässt sich freilich auch auf einem Weg erreichen, der ebenso elegant wie problematisch ist: Zunächst ist von HORBER<sup>54</sup> vorgeschlagen und jüngst von NOBEL<sup>55</sup> mit lapidarer Selbstverständlichkeit festgestellt worden, dass die Delegation von verwaltungsrätlichen Befugnissen

<sup>50</sup> Zu Art. 399 OR statt aller JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/2, Basel 1979, 74 ff.

<sup>51</sup> Dazu BÖCKLI (Fn. 2), N. 1976 ff.

<sup>52</sup> Botschaft (Fn. 30), 106, und Amtl. Bull. NR 1985 1788.

<sup>53</sup> BÖCKLI (Fn. 2), N. 1981; zur Kritik vor allem PETER FORSTMOSER, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992 58 ff., 71; PETER FORSTMOSER/ALAIN HIRSCH, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige Vorschläge, SAG 1985 29 ff., 39.

<sup>54</sup> FELIX HORBER, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG, Diss. Zürich 1986, 148 ff.

<sup>55</sup> PETER NOBEL, Aktienrechtliche Entscheide, 2. Aufl. Bern 1991, 328.

den Handelnden in jedem Falle zum Organ mache. FORSTMOSER/HIRSCH und BÖCKLI glauben dagegen, dass das Gesetz korrigierend dahingehend interpretiert werden müsse, dass Art. 754 Abs. 2 OR nur habe klarstellen wollen, dass auch die Delegation auf ein Organ befreiende Wirkung haben könne<sup>56</sup>.

bb) Letzteres lässt sich mit den Materialien schwer vereinbaren; und nachdem wir in seiner Abschiedsvorlesung erneut ein Bekenntnis von ROLF BÄR zur historischen Auslegung gehört haben, glaube ich kaum, dass er einer derartigen Interpretation würde zustimmen können. Ich halte sie auch nicht für den richtigen Weg. Richtig erscheint mir vielmehr eine funktionelle Betrachtungsweise. Besteht die Delegation tatsächlich in der Übertragung von Führungsaufgaben, so fallen die Handelnden unter den neuen, auf die Funktion abstellenden Organbegriff von Art. 754 Abs. 1 OR. Folgt man dieser Konzeption, so ergibt sich auch eine sinnvolle Abgrenzung. Die Delegation eröffnet den Befreiungsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR, wenn die substituierte Person nicht nur anstelle der bisherigen handelt, sondern auch wie diese haftet. Damit sind freilich weitergehende haftungsbefreiende Delegationen ausgeschlossen. Dies ergibt folgendes Bild:

Bei unbefugter Delegation haften der Delegierende und der Handelnde, sofern er selbst Führungsaufgaben wahrnimmt. Bei befugter Delegation haftet nur der Handelnde, sofern dem Delegierenden der Befreiungsbeweis gelingt.

c) Die zweite schwierige Frage ist diejenige, welche Voraussetzungen und welche Massstäbe für das Gelingen dieses Beweises verlangt werden. Davon hängt es letztlich ab, ob Art. 754 Abs. 2 OR zu einer Haftungsentlastung führen wird. NOBEL hat dies bezweifelt<sup>57</sup>. Für diese Zweifel sprechen gute Gründe. Massgeblich für die Beweisführung dürften diejenigen Kriterien werden, die zu Art. 399 Abs. 2 OR, vor allem aber zu Art. 55 OR entwickelt worden sind. Gerade bei der Anwendung von Art. 55 OR hat sich gezeigt, dass die Rechtsprechung in zunehmendem Masse die Überwachungspflicht verschärft hat und, wo deren Verletzung nicht konkret nachweisbar war, ein Organisationsverschulden angenommen hat<sup>58</sup>. So besteht eine grosse Gefahr, dass diese Tendenz auch auf die Interpretation der neuen Vorschrift übergreifen wird, nicht zuletzt in Anbetracht der schon in der Botschaft<sup>59</sup> formulierten Voraussetzungen der Überwachung:

«Der Überwachungspflicht entspricht insbesondere nur, wer die Vollständigkeit der Berichterstattung sicherstellt, die Informationen aufmerk-

<sup>56</sup> FORSTMOSER/HIRSCH (Fn. 53), 39; BÖCKLI (Fn. 2), N. 1981.

<sup>57</sup> NOBEL (Fn. 55), 328.

<sup>58</sup> Zum ganzen OR-SCHNYDER, Art. 55 N. 12 ff., insbes. N. 16.

<sup>59</sup> Botschaft (Fn. 30), 192.

sam und kritisch prüft, in ausserordentlichen oder gefährlichen Situationen Zusatzinformationen verlangt und seine Instruktionen den veränderten Umständen anpasst». Wird damit Ernst gemacht, dürfte kaum je ein Befreiungsbeweis gelingen.

Jedoch glaube ich, dass hier eine gewisse *Chance zur Korrektur* besteht: die Vorschrift des Art. 754 Abs. 2 OR soll einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates die Möglichkeit geben, durch strukturelle Ordnungsmassnahmen Verantwortung und Haftung zu delegieren. Das entspricht ebenso dem neuen Bild der Professionalität wie der eingangs geschilderten und noch zu diskutierenden Tendenz zur individuellen Entlastung der handelnden Personen. Ich denke, dass in diesem Punkte die Aussichten auf eine «milde» Rechtsprechung grösser sind als in den anderen besprochenen Bereichen.

d) Schliesslich ist die *dogmatische Konzeption*, die der Vorschrift zugrunde liegt, kritisiert worden. Das Gesetz spricht davon, dass die Delegierenden weiterhin haften und sich von dieser Haftung durch den Sorgfaltsbeweis befreien können. Die Vorschrift orientiert sich an dem Muster des Art. 55 OR. Es mag dahinstehen, ob man eine bessere Lösung hätte finden können. Die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption führt jedenfalls dazu, dass man *faktisch immer den Delegierenden und den konkret pflichtwidrig Handelnden verklagen muss*<sup>60</sup>. Dies führt nun unmittelbar zu Art. 759 OR, der für die prozessuale Durchsetzung in Abs. 2 eine Neuregelung vorsieht, auf die ich jedoch erst eingehen werde, nachdem ich mich mit der *Grundsatzentscheidung in Abs. 1* befasst habe.

4. Art. 759 Abs. 1 OR lautet: «Sind für einen Schaden mehrere Personen haftpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.» Diese Entscheidung des Gesetzgebers für die individuelle Zurechnung<sup>61</sup> beendet die oben beschriebene Diskussion über das Wesen der Solidarität<sup>62</sup>. Die Entscheidung des Gesetzgebers für die mildere Haftung hat folgende Konsequenzen:

Es besteht *Solidarität* der Haftenden, *soweit die Schadensersatzpflicht sich deckt*, und insoweit finden die gesetzlichen Regeln über die Wirkungen der Solidarität Anwendung. Dabei werden sich kaum Probleme ergeben. Solche sind jedoch in zwei Punkten zu erwarten: Einmal beim gemeinsamen Verfahren gemäss Art. 759 Abs. 2 OR und zum anderen bezüglich der

<sup>60</sup> Das ist wiederum keine Besonderheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern typisch für alle Substitutions- und Delegationshaftungen.

<sup>61</sup> Die Lösung entspricht weitgehend den Vorschlägen von FORSTMOSER (Fn. 8), N. 271 (vgl. BÖCKLI [Fn. 2], N. 2026), der wiederum an Formulierungen von BAR anknüpft. M. E. stand allerdings die Haftung für nicht adäquat verursachte Schäden nie ernsthaft zur Diskussion.

<sup>62</sup> Siehe oben II. 1.

Kriterien, nach denen das Verschulden bzw. die Umstände im Sinne von Art. 759 Abs. 1 OR beurteilt und gewichtet werden sollen.

a) Zunächst zum gemeinsamen Verfahren: Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beklagte für den Gesamtschaden *gemeinsam* einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht für jeden einzelnen Beklagten festsetzt. Hier besteht die Schwierigkeit darin, dass das Verschulden der Beteiligten nicht untereinander verglichen oder aneinander gemessen werden darf. Massstab ist vielmehr für jeden einzelnen der dargelegte objektivierte Verschuldensbegriff. Je nach Intensität der Abweichung von diesem Massstab ist die «Grösse des Verschuldens» im Sinne von Art. 43 OR festzustellen. Erst auf dieser Basis und unter Einbeziehung der «Umstände» wird die Schadenshöhe festgelegt, die dann dem einzelnen im Sinne der neuen Terminologie von Art. 759 OR «zurechenbar» ist. Es scheint mir wesentlich, festzuhalten, dass nur eine derart isolierte Betrachtung akzeptabel sein kann. Das Resultat darf nicht anders ausfallen, als wenn jeder einzeln in Anspruch genommen worden wäre. Sinn dieser Vorschrift ist es allein, dem Kläger das «Auswählen» des für ihn «günstigsten» Schädigers zu ersparen. Es soll sich die in Abs. 1 von Art. 759 OR vorgesehene *Differenzierung in der Zurechnung nicht als Erschwerung für den Kläger* erweisen. Ob es dann nicht doch zu einem Abwägen und Vergleichen des Verschuldens kommt, erscheint fraglich, weil das gemeinsame Verfahren dazu geradezu einlädt.

b) Von grösserer Bedeutung ist der damit zusammenhängende, schon angedeutete zweite Punkt: Die Bewertung und Gewichtung des Verschuldens und der Umstände im Sinne von Art. 759 Abs. 1 OR. Denn diese hat natürlich vor dem Hintergrund der neugeschaffenen Regelungen und Strukturen<sup>63</sup> zu erfolgen. Zieht man die oben dargelegte Professionalisierung des Organhandelns in Betracht, dann könnte nach neuem Recht manches als schweres Verschulden gelten, was bisher noch als leichtes eingestuft worden wäre, so dass eine Haftungsreduktion nicht mehr in Betracht käme. Infolgedessen wird es sich erst zeigen müssen, ob die mit Art. 759 OR angestrebte Haftungsdifferenzierung wirklich zu einer Haftungserleichterung führen wird. Wenn es nicht so wäre, würde ich es letztlich nicht bedauern.

#### IV. Schlussbemerkung

Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, gestatte ich mir die folgende Schlussbemerkung:

Der Zweck meiner Ausführungen bestand keinesfalls darin, ein besonders hartes Anfassen der Verwaltungsräte zu postulieren oder der oben

<sup>63</sup> Vgl. vor allem Art. 716 ff. OR.

dargelegten Tendenz zur Haftungsausweitung und Haftungsverschärfung weiteren Vorschub zu leisten. Mein Anliegen war es vielmehr, darauf aufmerksam zu machen, dass aktienrechtliche Verantwortlichkeit - nicht nur die des Verwaltungsrats, sondern ebenso diejenige der anderen Organe und insbesondere auch diejenige der Revisionsstelle - nicht isoliert betrachtet und nicht speziell behandelt werden kann und darf. Es haben hier vielmehr dieselben Massstäbe zu gelten, die überall in einer hoch entwickelten, stark differenzierten und spezialisierten Gesellschaft zur Anwendung kommen. Ebenso wie Experten der Rechts- und Steuerberatung, wie Mediziner und andere, die Dienst- und Arbeitsleistungen erbringen, müssen auch die Organe der Aktiengesellschaft sich an denjenigen Massstäben messen lassen, die für derart hochqualifizierte Tätigkeiten verlangt werden. Dies bedeutet nun freilich nicht, dass niemand mehr irgend etwas riskieren darf und Verwaltungsräte - wie BÄR, BÖCKLI und viele andere befürchten - keinerlei Wagnis mehr eingehen können. Denn es ist zu beachten, dass Voraussetzung für jegliche Haftung eine Sorgfaltpflichtverletzung ist. Die Sorgfaltpflicht ist in all den oben genannten Berufen und auch bei der Tätigkeit des Verwaltungsrats dann gewahrt, wenn die handelnden Personen die in Betracht kommenden Möglichkeiten professionell beurteilt haben und aufgrund einer fundierten Abwägung zu einer Entscheidung gekommen sind. Diese muss sich später nicht als die «richtige» erweisen. Es genügt vielmehr, wenn man mit der sogenannten nachträglichen Prognose zum Resultat gelangt, dass die handelnde Person in der konkreten Situation eine aus damaliger Sicht vertretbare Entscheidung getroffen hat<sup>64</sup>. Geht man von diesem Massstab aus, so wird auch nach künftigem Recht nur derjenige zur Haftung herangezogen werden, der entweder für das Mandat eines Verwaltungsrats nicht hinreichend qualifiziert war oder dieses nicht mit der angemessenen Sorgfalt wahrgenommen hat.

<sup>64</sup> Kritisch zur nachträglichen Prognose allerdings BÄR (Fn. 11), ZBJV 1970 462. Zur «vertretbaren Entscheidung» vgl. auch den Beitrag von JEAN NICOLAS DRUEY in diesem Buch.