

Rechtsvergleich Vorstandshaftung

Kick-back-Provisionen
In der Rsp des HG Wien

Rechtswidrigkeit letztinstanzlicher E
Mittelbare Geltendmachung?

Fehlerhafte Forderungsprüfung
Haftung des Insolvenzverwalters

Kryptowährungen und AML
Smart regulation in Sicht

Neue österreichische
Gewährleistungsmarke

EuGH zur
„Enteignung“ in Ungarn

Vorstandshaftung in der Schweiz

Regeln über die Haftung von Organmitgliedern stellen in sämtlichen Rechtsordnungen eine wesentliche Säule der Unternehmensverfassung dar. In mehreren Beiträgen werden rechtsvergleichend für Deutschland, England, Frankreich, Italien, die Schweiz und Delaware (USA) die wichtigsten Fragen zur Vorstandshaftung aufgezeigt. Zugleich werden durch diese überblicksmäßigen Darstellungen auch unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten und Regelungsalternativen im Bereich der Vorstandshaftung dargestellt.

DANIEL JENNY / CONSTANTIN CALL

A. Rechtsgrundlagen

Das Schweizer Aktienrecht ist in Art 620 bis 763 Schweizer Obligationenrecht (OR) geregelt. In der Schweiz war die Aktiengesellschaft aufgrund ihrer großen Anpassungsfähigkeit die beliebteste Rechtsform. Die Aktienrechtsreform 1992, die das Mindestgrundkapital auf CHF 100.000,- erhöhte und die Rechnungslegungsvorschriften verschärfte, führte zu einer zunehmenden Beliebtheit der GmbH, sahen sich doch kleinere Unternehmen dadurch mit hohen und vermeidbaren Kosten konfrontiert. Dieser Trend verdeutlichte sich nochmals seit der Inkraftsetzung des neuen GmbH-Rechts im Jahre 2008.¹⁾

B. Organisation

Die Schweizer Aktiengesellschaft ist monistisch organisiert²⁾ und hat neben der Generalversammlung zu mindest zwei weitere Organe:

- den Verwaltungsrat und
- die Revisionsstelle.

Die Statuten können weitere Organe vorsehen, sofern diesen keine Aufgaben zugewiesen sind, die gesetzlich zwingend einem der drei obligatorischen Organe zukommen.

Der Verwaltungsrat ist das geschäftsführende Organ der AG.³⁾ Der Verwaltungsrat (VR) vertritt die Gesellschaft.⁴⁾ Der VR kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen.⁵⁾ Die Mitglieder müssen natürliche Personen sein; juristische Personen sind als solche nicht zugelassen.⁶⁾ Art 716 a OR definiert Kernkompetenzen, die vom VR nicht übertragen werden können: Das sind die Oberaufsicht und die

Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung und Kontrolle des Rechnungswesens, die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie deren Aufsicht und im Falle der Überschuldung die Benachrichtigung des Richters.⁷⁾

Der VR kann Ausschüsse⁸⁾ bilden oder einzelne seiner Mitglieder mit der Durchführung von Be-

Dr. *Daniel Jenny* ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS von Erlach Poncet AG in Zürich, Schweiz.

MMag. Dr. *Constantin Call* ist Rechtsanwaltsanwärter bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) Am 1. 1. 2017 waren im Schweizer Handelsregister 211.926 AG und 178.594 GmbH eingetragen; Quelle: Schweizerisches Handelsamtsblatt v 6. 1. 2017. Gemäß geltendem Rechnungslegungsrecht finden die Rechnungslegungsvorschriften unabhängig von der gewählten Rechtsform Anwendung.
- 2) Es kann in der AG durch Delegation bestimmter Exekutivbefugnisse an eine Geschäftsleitung eine Ordnung verwirklicht werden, welche dem dualistischen Modell nahekommt, s *Böckli*, Schweizer Aktienrecht (2009) § 13 Rz 300.
- 3) Art 716 Abs 2 OR; vgl auch Art 716 a Abs 1 OR.
- 4) Gem Art 718 Abs 1 Z 1 OR ist jedes Verwaltungsratsmitglied grundsätzlich einzelvertretungsbefugt.
- 5) Das schweizerische Aktienrecht kennt keine Arbeitnehmermitbestimmung in den Organen (iS der Drittparität im Aufsichtsrat oder iS des deutschen Arbeitsdirektors).
- 6) Art 707 Abs 3 OR; so auch *Böckli*, Schweizer Aktienrecht (2009) § 13 Rz 126; *Druey* in *Baer*, Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit I 17.
- 7) Zum umfassenden Aufgabenbereich des VR s *Böckli*, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 2010, 1 ff.
- 8) Umfassend zur Bildung von Ausschüssen s *Häusermann*, Vom Aktionärsausschuss zur Organisationsfreiheit, ZSR 2012 I 87 ff; *Jutzi*, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht, Diss 2008;

schlüssen betrauen.⁹⁾ Ferner kann er aus dem Kreis seiner Mitglieder die Geschäftsführung delegieren oder – sofern in den Statuten der AG zugelassen – einen Geschäftsführer bestellen¹⁰⁾ und diesem die Geschäftsführung gestützt auf ein Organisationsreglement übertragen.¹¹⁾ Überträgt der VR die Geschäftsführung und die Vertretung der AG an einen Geschäftsführer (iSe board-Systems), so kann er sich weitgehend auf seine Überwachungsfunktion zurückziehen.¹²⁾ Allerdings bleibt er zwingend für die Oberleitung der AG und somit für die wichtigsten Entscheide (Strategieentscheide) zuständig.¹³⁾

Eine Delegation von Geschäftsführungsentscheidungen an die Generalversammlung exkulpert den VR nach Stimmen der Lehre grundsätzlich nicht, da die Generalversammlung kein Geschäftsführungsorgan ist.¹⁴⁾ Außerhalb von Geschäftsführungsaufgaben und von unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats kann eine haftungsbefreiende Einwilligung der Gesellschaft hingegen vorliegen, sofern der VR im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre handelt.¹⁵⁾ Ein weiterer Anwendungsfall der Einwilligung der Gesellschaft liegt vor, wenn der VR einen gesetzeskonform gefassten und unangefochtenen Generalversammlungsbeschluss vollzieht.¹⁶⁾

Art 717 OR normiert eine allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht für die Mitglieder des VR und für sämtliche Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind. Sie müssen die Interessen der Gesellschaft wahren.¹⁷⁾ Es trifft sie auch die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Aktionäre.¹⁸⁾

C. Haftung des Verwaltungsrats gegenüber der Gesellschaft

Die Verantwortlichkeit des VR ist im Schweizer Aktienrecht als persönliche Verantwortung der handelnden Personen ausgestaltet.

Zentrale Normen für die Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern für Schäden im Gesellschaftsvermögen sind Art 754 ff OR. Das Gesetz unterscheidet hierbei zwischen *Ansprüchen ausser Konkurs*,¹⁹⁾ die nur von der AG und ihren Aktionären geltend gemacht werden können, und *Ansprüchen im Konkurs*,²⁰⁾ die primär vom Konkursverwalter und erst nachgelagert von allen anderen Klageberechtigten – auch (indirekt) geschädigten Gläubigern der Gesellschaft – geltend gemacht werden können.²¹⁾

Von der Haftung erfasst sind *formelle, materielle und faktische Organe*.²²⁾

Formelle Organe sind Mitglieder des VR. Ihre Haftung besteht unabhängig davon, ob sie in das Handelsregister eingetragen sind und ob sie sich mit der Geschäftsführung befassen.²³⁾

Materielle Organe gehören dem VR nicht an. Wenn es die Statuten der AG zulassen, kann der Verwaltungsrat seine Geschäftsführungsbefugnis an Geschäftsführer delegieren. Diese werden als „materielle Organe“ qualifiziert.²⁴⁾

Faktische Organe gehören weder dem Kreis der formellen noch der materiellen Organe an, haben aber dennoch maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft und treten in organtypischer

Weise auf.²⁵⁾ So wird etwa der die AG beherrschende Alleinaktionär unter dem Begriff des faktischen Organs erfasst,²⁶⁾ wenn er wie ein Geschäftsführungsorgan handelt.

Das Schweizer Recht kennt auch das „Organ durch Kundgabe“. Ein solches liegt vor, wenn ein redlicher Dritter aufgrund des ihm gegenüber von Organen erweckten Anscheins von der Organstellung einer Person ausgehen darf.²⁷⁾ Das Erwecken des falschen Anscheins, nämlich obwohl der Betreffende in Wahrheit keine Organstellung innehat, stellt idR keine Pflichtwidrigkeit iSd Art 754 ff OR dar.²⁸⁾ Eine derartige Konstellation liegt bspw dann vor, wenn eine Person im Handelsregister immer noch als VR eingetragen ist, obwohl sie bereits zurückgetreten ist.

Vor der Aktienrechtsreform hafteten Geschäftsleitungsorgane für Schäden im Gesellschaftsvermögen solidarisch. Die Aktienrechtsreform 1992 normierte nun das System der differenzierten Solidarität.²⁹⁾ Danach haften Geschäftsleitungsorgane grundsätzlich solidarisch, jedoch nur insoweit, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschul-

von der Crone, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in Baer (Hrsg), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Bern/Stuttgart/Wien 2006) passim.

- 9) Art 716 a Abs 2 OR.
- 10) Art 718 Abs 2 OR.
- 11) Art 716 b iVm Art 717 Abs 2 OR; BGE 114 V 219.
- 12) BGE 114 V 219; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht § 29 N 16; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht § 16 N 353.
- 13) *Von der Crone*, Aktienrecht (Bern 2014) § 4 N 142 und N 186.
- 14) *Forstmoser*, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, 169 ff; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss Zürich 2012 Rz 680 mwN; *Isler/Schott* Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates, in *Isler/Sethe*: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII 33 ff, 42 f.
- 15) BGer 3. 3. 2016, 4A_518/2015; BGE 131 III 640.
- 16) BGer 3. 3. 2016, 4A_518/2015; 11. 7. 2013, BGer 4A_15/2013; BGE 131 II 640.
- 17) *Jenny/von Zedwitz*, D&O-Haftung und -Versicherung, in *Manager Handbuch* 174 f.
- 18) Zum Umfang der Sorgfaltspflicht BGE 139 III 24 E. 3.2; BGer 19. 6. 2002, 4C.201/2001 E. 2.11; BGE 113 II 52 E. 3 a.
- 19) Art 756 OR.
- 20) Art 752 OR.
- 21) Zum Überblick über die verschiedenen Gesellschaftsklagen s BGE 132 III 564; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen Rz 156.
- 22) Art 754 OR; vertiefend zum Organbegriff s BGE 117 II 570; BGE 114 V 213; *Jutzi*, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht, Diss 2008.
- 23) *Von der Crone*, Aktienrecht (Bern 2014) § 12 N 49.
- 24) *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 99.
- 25) BGE 107 II 349; BGE 102 II 359; BGE 65 II 5; *von der Crone/Carbonara/Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung (Basel/Genf/München 2006) 49 f; *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 101.
- 26) *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 102.
- 27) BGE 117 II 570; 10. 2. 2009, 4A_544/2008; 26. 3. 2009, 4A_48/2009.
- 28) BSK OR II-*Gerickel/Waller* Art 754 Rz 8.
- 29) Art 759 OR.

dens persönlich zurechenbar ist.³⁰⁾ Ein Kläger kann sämtliche Verwaltungsratsmitglieder klagen und begehren, dass das Gericht die Ersatzpflicht jedes einzelnen Verwaltungsrats nach Maßgabe von dessen Verschuldensanteil festsetzt.³¹⁾

Nach stRsp ist der VR als Organ der AG grundsätzlich nicht berechtigt, sog *Insichgeschäfte*, worunter das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung fallen, zu schließen. Der regelmäßig entstehende *Interessenkonflikt* hat die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Ein Selbstkontrahieren ist nur dann zulässig, wenn die Gefahr der Benachteiligung der AG aufgrund der Natur des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen ist, der VR explizit zum Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäfts ermächtigt wurde oder das Rechtsgeschäft nachträglich durch den VR oder die Generalversammlung genehmigt wird.³²⁾ Handelt der VR unter einem Interessenkonflikt, so bedeutet dies aus verantwortlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten noch nicht, dass das betreffende VR-Mitglied pflichtwidrig gehandelt hätte; vielmehr begründet es „nur“ – aber immerhin – die Vermutung eines pflichtwidrigen Handelns, welches das betroffene Mitglied des VR durch den Nachweis einer externen Abstützung widerlegen kann.³³⁾

D. Business Judgment Rule

Seit dem Jahr 2012 ist die Business Judgment Rule vom Schweizer Bundesgericht anerkannt.³⁴⁾ Weil die allgemeine Sorgfaltspflicht der Mitglieder des VR keine Erfolgshaftung darstellt, hält sich das Gericht bei der Überprüfung von Geschäftsentscheidungen zurück, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind: Wenn die Mitglieder des VR bzw die Geschäftsleitung in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess einen Beschluss fassen, liegt nur dann eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit iSe Pflichtverletzung vor, wenn der Geschäftsentscheid schlicht unvertretbar ist.³⁵⁾ Fehlentscheidungen im Rahmen des Spielraums pflichtgemäßen Ermessens sind den Mitgliedern des VR demnach nicht vorwerfbar. Somit steht ihnen ein vorwurfsfreier Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheidungen zu,³⁶⁾ auch wenn sich die Entscheidung im Nachhinein als nachteilig herausstellt.³⁷⁾

E. Klagslegitimation

Die Geltendmachung der Haftung durch „Verantwortlichkeitsklage“³⁸⁾ erfolgt primär durch die AG selbst, solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist.³⁹⁾ Die Erhebung von Verantwortlichkeitsklagen fällt grundsätzlich in den Kompetenzbereich des VR.⁴⁰⁾

Aufgrund seiner Treuepflicht ist der VR verpflichtet, erfolgversprechende Verantwortlichkeitsklagen zu erheben. All jene Mitglieder des VR, gegen die sich die Verantwortlichkeitsklage richtet, sind innerhalb des VR beim Beschluss über die Erhebung der Verantwortlichkeitsklage *nicht* stimmberechtigt.⁴¹⁾

Für die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage bedarf es keiner Ermächtigung der Generalversammlung. Allerdings kann die Generalversammlung die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen Mitglieder des VR oder gegen einzelne Mitglieder des VR beschließen. Ein solcher Beschluss ist für den VR bindend.⁴²⁾ Soweit ersichtlich lassen sich weder in der Lehre noch in der Rsp explizite Ausführungen zur Frage finden, ob die Mitglieder des VR im Rahmen einer Generalversammlung über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage, welche sich gegen sie selbst richten würde, stimmberechtigt sind. Ausgangspunkt im Schweizer Aktienrecht ist, dass auf der Ebene der Aktionäre Interessenkonflikte keine Rolle spielen und deshalb Aktionäre auch dann an einer Beschlussfassung teilnehmen können, wenn sie am Ausgang des Beschlusses ein eigenes Interesse haben und dieses mit ihrer Stimmabgabe wahren möchten. Das Gesetz sieht allerdings eine wichtige Ausnahme vor: Bei der Beschlussfassung über die Entlastung der VR-Mitglieder/Geschäftsführer gilt Folgendes: „Bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht.“⁴³⁾ Der Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es zu verhindern, dass

30) *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht¹¹ (Zürich 2015) Rz 120; *Greda in Kalls*, Vorstandshaftung (2005) 764; *von der Crone*, Aktienrecht (Bern 2014) § 12 N 128.

31) Art 759 Abs 2 OR; vgl auch BGE 132 III 564.

32) BGE 126 III 361; BGE 95 II 442; BGE 89 II 321; BGE 82 II 388; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht (2009) § 13 Rz 602.

33) *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen (Diss Zürich 2012) Rz 813.

34) BGER 18. 6. 2012, 4A_74/2012; vgl auch *Jenny/von Zedtwitz*, D&O-Haftung und -Versicherung, in *Manager Handbuch 177*; *Vogt/Bänziger*, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, *GesKR* 2012, 607.

35) BGER 13. 12. 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016 E. 5.1; BGER 28. 8. 2013, 4A_97/2013 E. 5.2; s allgemein zur Business Judgment Rule BGER 4A_74/2012; BGE 139 III 24, 26; BGER 4A_15/2013; 4A_97/2013.

36) *Ruffner*, Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, *ZSR* 2000, 195 ff (212); BGER 13. 12. 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016.

37) *Dieter Gericke / Stefan Waller*, Business Judgment Rule oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in *Peter V. Kunz et al* (Hrsg), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* (Bern 2014) 288 ff (296); *Böckli*, Schweizer Aktienrecht (2009) § 13 Rz 582; BGER 13. 12. 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016.

38) Art 756 Abs 1 iVm 754 Abs 1 OR; zur Verantwortlichkeitsklage im Konzern s *Klopfer*, Aktivlegitimation und Pflichtverletzung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess, *SJZ* 2016, 28 ff.

39) *Bärschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 152; *Dasser/Roth*, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in *Sethel/Isler*, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII 247 ff, 252 ff.

40) *Von der Crone/Carbonara/Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung 64.

41) *Glanzmann*, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, *ZSR* 2000, 135 ff (170).

42) *Glanzmann*, *ZSR* 2000, 135 ff (171); *Isler/Fischer*, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten, in *Weber/Isler*, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht 43 ff.

43) Art 695 OR.

Verwaltungsratsmitglieder/Geschäftsführer, welche gleichzeitig Aktionäre sind, eine Verantwortlichkeitsklage gegen sich selbst durch Erteilung der Entlastung (auf der Ebene als Aktionär) vereiteln.⁴⁴⁾ Der Stimmrechtsausschluss des Art 695 OR wird vor diesem Hintergrund sehr weit ausgelegt. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht den Stimmrechtsausschluss auch auf die Beschlussfassung über die Verantwortlichkeitsklage anwenden würde.

F. Einzelklagebefugnis

Neben der Gesellschaft selbst ist auch jeder Aktionär berechtigt, Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Das Schweizer Aktienrecht verlangt dafür weder eine bestimmte Mindestbeteiligung des Aktionärs noch ein Zulassungsverfahren oder eine Aufforderung an den VR auf Erhebung der Klage nach Art 754 ff OR. Lediglich die Aktionärsstellung muss bei Erhebung der Klage gegeben sein.⁴⁵⁾

G. Beweislast

Das Schweizer Obligationenrecht kennt eine Beweislastumkehr für vertragliche Anspruchsgrundlagen. In der Schweiz werden Ansprüche der AG sowie der Aktionäre aus Geschäftsführerhaftung zumeist als vertragliche oder vertragsähnliche Ansprüche qualifiziert, weshalb der Beklagte den Nachweis zu erbringen hat, dass ihn kein Verschulden trifft.⁴⁶⁾ Der Nachweis des Schadens⁴⁷⁾ sowie der Verletzung der Sorgfalts-, Treue- oder anderer Rechtspflichten obliegt dem Kläger.⁴⁸⁾ Nach anderer Meinung handelt es sich hingegen um eine Haftung ex lege, nach welcher das Verschulden des pflichtwidrigen Organs bewiesen werden muss.⁴⁹⁾

Gesellschaftsgläubiger können sich nach früherer Auffassung nicht auf eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung der Mitglieder des VR stützen. Sie kommen demnach nicht in den Genuss der Beweislastumkehr und müssen auch das Verschulden des pflichtwidrig handelnden Organs beweisen.⁵⁰⁾ Die neuere Lehre qualifiziert jedoch Ansprüche von Gläubigern teilweise als vertragliche Haftung, womit das Verschulden vermutet wird.⁵¹⁾

Die praktische Konsequenz dieser Kontroverse über die Beweislastverteilung beim Verschulden ist gering: Aufgrund des objektivierten Verschuldensmaßstabs ist die Entlastung zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit ohnehin beinahe unmöglich.⁵²⁾

H. Verjährung

Art 760 OR normiert eine Kombination aus einer relativen fünfjährigen und einer absoluten zehnjährigen Verjährungsfrist. Die kurze Verjährungsfrist läuft ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Der Anspruch des Geschädigten verjährt aber jedenfalls zehn Jahre nach der schädigenden Handlung.⁵³⁾

I. Haftung des Verwaltungsrats gegenüber Gläubigern

Solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist, sind Gläubiger der Gesellschaft nicht berechtigt,⁵⁴⁾ eine Verantwortlichkeitsklage gem Art 754 OR zu erheben.⁵⁵⁾

J. Haftungsklage in der Insolvenz

Im Falle des Konkurses ist zunächst ausschließlich die Konkursverwaltung für Ersatzansprüche der Gesellschaft klageberechtigt. Gläubiger der AG sind nur dann klageberechtigt, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verzichtet.⁵⁶⁾ Die Verantwortlichkeitsklage (Gesellschaftsklage) kann nur dann erhoben werden, wenn durch die pflichtwidrige Handlung des Verwaltungsrats der AG ein Vermögensschaden entsteht. Für Schäden, die ausschließlich im Vermögen der Gesellschaftsgläubiger entstehen,⁵⁷⁾ ist die Konkursverwaltung nicht aktivlegitimiert.⁵⁸⁾ Daneben können die Gläubiger auch ihren direkten Schaden geltend machen, sofern die Organe der AG eine Schutznorm verletzt haben, die ausschließlich dem Gläubigerschutz dient.⁵⁹⁾

Ist die AG überschuldet oder zahlungsunfähig und unterlässt der Verwaltungsrat schuldhaft (fahrlässig), den Konkurs-Richter zu benachrichtigen,⁶⁰⁾ sondern betreibt das Unternehmen der AG weiter, so können die Mitglieder des VR den geschädigten Gläubigern sowohl für die Verringerung ihrer Insolvenzquote als auch gegenüber Neugläubigern für deren Schaden persönlich haften.⁶¹⁾

44) Anzumerken ist, dass die Décharge im Konkurs unwirksam ist.

45) *Glanzmann*, ZSR 2000, 135 ff (173).

46) So etwa für den Anspruch aus Verletzung von mandatsrechtlichen Pflichten oder Gründungsvorschriften; vgl *von der Crone*, Aktienrecht (Bern 2014) § 12 N 43 und N 62.

47) Das Schweizer Recht lässt gem Art 42 Abs 2 OR eine Schätzung der Schadenshöhe durch den Richter zu, wenn die exakte Berechnung des Schadens unmöglich oder unzumutbar ist.

48) *Greda in Kals*, Vorstandshaftung (2005) 789; *Jucker*, Zur Beweisverteilung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, SJZ 2016, 7.

49) *Böckli*, Schweizer Aktienrecht (2009) § 18 Rz 136 b und Rz 433 f.

50) *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht § 36 N 36.

51) BGE 117 II 432; BSK OR II-*Gericke/Waller*, Art 754 Rz 35.

52) BSK OR II-*Gericke/Waller*, Art 754 Rz 35.

53) Mit der geplanten Aktienrechtsrevision sollen neu die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre und die absolute Verjährungsfrist auf zehn Jahre festgesetzt werden; vgl Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) v 23. 11. 2016, 300 ff, 605.

54) Außer in Fällen der Abtretung der Schadenersatzforderung der AG an einen Dritten gem Art 164 ff OR, vgl BGE 82 II 48 und BGE 111 II 81.

55) *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht § 36 N 25; Art 756 f OR.

56) Art 757 Abs 2 OR.

57) Zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden der Gesellschaftsgläubiger s BGE 122 II 176; BGE 110 II 391.

58) BGE 142 III 23.

59) *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 158; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht (2015) Rz 100 ff.

60) Art 716 a Abs 1 Z 7 OR; Art 725 OR.

61) BGE 136 III 322; BGE 112 II 533; BGE 86 II 171.

K. Haftung für Steuerverbindlichkeiten

Organe der AG haften persönlich insb für Steuern iZm der Auflösung der AG.⁶²⁾ Ferner besteht eine solidarische Haftung bei steuerstrafrechtlich relevantem Verhalten der AG (Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung).⁶³⁾ Organe machen sich direkt strafrechtlich verantwortlich, wenn sie im Geschäftsbereich einer juristischen Person eine Widerhandlung (vorsätzlich oder fahrlässig) begehen oder an ihr teilnehmen. Dies führt bei vorsätzlicher Begehung oder Teilnahme auch zu einer solidarischen Haftung für die Abgaben.⁶⁴⁾

Der VR kann auch Gehilfe zu einer Steuerhinterziehung der AG sein, wenn er zB absichtlich eine falsche Steuererklärung einreicht. Darüber hinaus kann sich der VR selbst direkt des Steuerbetrugs zugunsten der AG schuldig machen, da es sich beim Steuerbetrug im Unterschied zur Steuerhinterziehung nicht um ein Sonderdelikt handelt.

Bei der Verrechnungssteuer findet die Strafbarkeit einer juristischen Person nur ausnahmsweise Anwendung. Art 15 Verrechnungssteuergesetz normiert allerdings eine solidarische Haftung von Organmitgliedern sowohl für Steuerverbindlichkeiten der AG im Falle der Sitzverlegung ins Ausland als auch im Falle der Liquidation der AG. Zusätzlich bestehen – teilweise auf kantonaler Ebene – Sonderbestimmungen zur Mithaftung von Organmitgliedern.⁶⁵⁾

In der Schweiz besteht ferner eine sehr strenge Haftung bei Sozialversicherungsabgaben (AHV). Ein VR-Mitglied haftet auch für die fahrlässige Nichtentrichtung von Abgaben. Aufgrund der sehr strengen Rsp hat sich dieser Tatbestand zu einer Art Kausalhaftung entwickelt und dürfte eines der größten Haftungsrisiken für ein Organ darstellen.

L. Haftung für Umweltschäden

Nach Art 59a ff USG haftet die Gesellschaft für Schäden an der Umwelt. Der VR der AG hat den Geschäftsbetrieb der AG so einzurichten und dafür zu sorgen, dass die Umweltschutzvorschriften eingehalten werden (Art 716 Abs 1 Z 2 sowie 5 OR). Eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit greift damit auch bei einer Verletzung von Umweltvorschriften, sofern die eingangs erwähnten Voraussetzungen vorliegen. Zudem können VR-Mitglieder bei Verstößen gegen umweltrechtliche Bestimmungen auch (verwaltungs-)strafrechtlich belangt werden.

M. Haftung für Körperschäden (Verletzung oder Tötung einer Person aufgrund des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs)

Die Mitglieder des VR der AG sind verpflichtet, den Geschäftsbetrieb sorgfältig zu organisieren und die geltenden Gesetze einzuhalten (Art 716 Abs 1 Z 2 sowie 5 OR). Sie haben für die Sicherheit von Personen, die das Betriebsgelände/Werk/Bürogebäude betreten, zu sorgen. Wenn sie keine geeigneten Mitarbeiter zur Erfüllung dieser Aufgaben einsetzen oder ihre Organisations- oder Überwachungspflichten

schuldhaft verletzen, kommt im Falle von Schäden, wie der Verletzung oder Tötung von Menschen, ihre persönliche zivil- und strafrechtliche Haftung in Betracht.⁶⁶⁾

N. Haftung für Verletzungen des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts

Verstoßen Mitglieder des VR gegen die Vorschriften über unlauteren Wettbewerb, gegen Patent-, Marken- und Urheberrechte, so kommt – wenn sie die Verletzung solcher Vorschriften im Betrieb angeordnet oder, obwohl sie davon gewusst haben, nicht verhindert haben – ihre persönliche Haftung für Schadensersatz in Betracht. Als Verschulden genügt leichte Fahrlässigkeit.⁶⁷⁾

O. D&O-Versicherung

Eine spezifische gesetzliche Regelung zu D&O-Versicherungen iZm der Verantwortlichkeit von Mitgliedern des VR besteht nicht. Der Abschluss von D&O-Versicherungen für Mitglieder des VR ist zulässig. Ein zwingender Selbstbehalt von VR-Mitgliedern – wie etwa gem § 93 dAktG – ist gesetzlich nicht vorgesehen. Ferner wird in der Schweiz teilweise die Meinung vertreten, dass es zulässig sei, dass die Gesellschaft neben den Versicherungsprämien der D&O-Versicherung auch die Verfahrenskosten für ihre Organe bezahlt, falls diese von Behörden, Gerichten oder Dritten zur Haftung herangezogen werden.⁶⁸⁾

62) Vgl exemplarisch Art 55 Abs 1 DBG; insb in Fällen einer „faktischen“ Liquidation.

63) Art 181 Abs 2 DBG.

64) Im Schweizer Strafrecht gilt der Grundsatz, dass nur vorsätzliche Gehilfenschaft zu einer vorsätzlich verübten Haupttat strafbar ist. Weil auf das Schweizer Strafrecht die Normen des Allgemeinen Teils des Schweizer Strafrechts anwendbar sind, ist eine Gehilfenschaft zur fahrlässigen Steuerhinterziehung nicht strafbar.

65) Etwa in Art 8 Abs 1 lit a Tabaksteuergesetz.

66) Das Anliegen der Pflicht zur internationalen Beachtung von Menschenrechten im Gesellschaftsrecht wird nun auch von einer Schweizer Volksinitiative („Konzernverantwortungsinitiative“) auf politischer Ebene verfolgt. Im Initiativtext werden neben einer allgemeinen Pflicht zur Respektierung von anerkannten Menschenrechten und internationalen Umweltstandards durch schweizerische Unternehmen auch eine Sorgfaltsprüfungspflicht des Verwaltungsrats und eine zivilrechtliche Haftungsnorm gegenüber Opfern statuiert.

67) Weiterführend etwa *Heinemann*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in *Isler/Sethe*, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII 135 ff.

68) BSK OR II-*Gerickel/Waller*, Art 754 Rz 51.

SCHLUSSTRICH

Das Schweizer Aktienrecht ist monistisch organisiert und wird von einem sehr weiten Organbegriff geprägt. Der einzelne Aktionär hat gegenüber dem Verwaltungsrat eine starke Stellung, da er unabhängig vom Ausmaß seiner Beteiligung am Grundkapital ein Klagerecht hat.