ZSR rds

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) I · Heft 2

Herausgeber

Pascal Pichonnaz
Ruth Arnet
Samantha Besson
Peter Isler
Vincent Martenet
Andreas Zünd

Helbing Lichtenhahn Verlag

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 137 (2018), ISSN 0254-945X
Band 137 I: 5 Hefte jeweils Ende der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember
Band 137 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2018 I **Proposition de citation:** RDS 2018 I

Herausgeber: Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Ruth Arnet, Prof. Samantha Besson, Dr. Peter Isler, Prof. Vincent Martenet, Dr. Andreas Zünd

Redaktion: Alessandra Beeler, RA lic. iur., E-Mail: alessandra.beeler@helbing.ch

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Texterfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2018 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Helbing Lichtenhahn Verlag, Abo-Service, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel,
Telefon +41 (0)61 228 90 20, Telefax +41 (0)61 228 91 50, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Abonnementspreise pro Jahr Band 137 I = 5 Hefte Band 137 II = SJV-Referate	**Schweiz**		**Europa**		**Übersee**	
	Einbanddecken		Einbanddecken		Einbanddecken	
	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Abonnement	258.–	343.–	284.–	368.–	293.–	377.–
Abonnement für Studierende	98.–	183.–	124.–	208.–	133.–	217.–

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,5% MwSt., inkl. Versandkosten.
Einzelheft: CHF 68.–, inkl. 2,5% MwSt., exkl. Versandkosten.
Einbanddecken: CHF 85.–, inkl. 7,7% MwSt., exkl. Versandkosten.
Preisänderungen vorbehalten

Inserate und Beilagen (Verkauf): bw medien, Zürichstrasse 57, 8840 Einsiedeln, Tel. 055 418 82 00, Fax 055 418 82 22, E-Mail: info@bwmedien.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.
SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.

Unterstützt durch die
Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) I · Heft 2

Inhaltsverzeichnis

Vorwort/Avant-propos 147

Abhandlungen

DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung 151

PETER R. ISLER/CHRISTA SOMMER-SPRENGER, Das Konkurrenzverhältnis der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Rechtsbehelfen 179

ROLF SETHE/DANIEL LÜTOLF, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG 201

THOMAS GRAF/ISABELLE RUPF, Steuerrechtliche Aspekte von Schadenersatzzahlungen sowie Anwalts- und Prozesskosten in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen 223

ALEXANDER BRUNNER/MORITZ VISCHER, Streitverkündung und Regress im Verantwortlichkeitsprozess 239

DIETER GERICKE/STEFAN WALLER sel., Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 2007–2017 (das Jahrzehnt der Richterinnen) 259

Herausgeberchronik

1852
Gegründet von:
F. Ott, D. Rahn, J. Schnell, F. von Wyss

1882–1920
A. Heusler, E. Huber, P. Speiser

1921–1948
E. His

1949–1970
M. Gutzwiller, leitender Hrsg.; M. Battelli, G. Broggini, P. Cavin, H. Fritzsche, O.A. Germann, A. Grisel, H. Huber, W. Kägi, P. Liver, K. Spiro, W. Yung

1971–1993
A. Meier-Hayoz, leitender Hrsg.; B. Dutoit, P. Saladin; ab 1992: B. Schnyder, D. Thürer
Besprechungen: Dr. P. Isler

1994–1997
B. Dutoit, leitender Hrsg.; P. Saladin, A.K. Schnyder, B. Schnyder, D. Thürer
Besprechungen: Dr. P. Isler

1998–1999
B. Dutoit, leitender Hrsg.; A.K. Schnyder, B. Schnyder, D. Thürer
Besprechungen: Dr. P. Isler

2000–2003
B. Dutoit, leitender Hrsg.; A.K. Schnyder, B. Schnyder, D. Thürer, H.P. Walter
Besprechungen: Dr. P. Isler

2004
B. Dutoit, leitender Hrsg.; P. Isler, A.K. Schnyder, B. Schnyder, D. Thürer, H.P. Walter

2005–2006
B. Dutoit, leitender Hrsg.; S.V. Berti, P. Isler, P. Pichonnaz, A.K. Schnyder, D. Thürer, H.P. Walter

2007–2015
B. Dutoit, leitender Hrsg.; S.V. Berti, P. Isler, P. Pichonnaz, D. Thürer, H.P. Walter

2016
B. Dutoit, leitender Hrsg.; P. Isler, P. Pichonnaz, D. Thürer, H.P. Walter

2017
B. Dutoit, leitender Hrsg.; S. Besson, P. Isler, P. Pichonnaz, D. Thürer

2018
P. Pichonnaz, leitender Hrsg.; R. Arnet, S. Besson, P. Isler, V. Martenet, A. Zünd

Vorwort

Das vorliegende Themenheft enthält die Referate der vom Europa Institut Zürich durchgeführten «9. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht» vom 29. August 2017. Die Tagung hatte zum Ziel, ein breites Spektrum aktueller Themen aus dem Verantwortlichkeitsrecht jeweils mit Grundsatzfragen zu kombinieren.

Den Auftakt macht *Dr. Daniel Jenny* mit einem Referat zu den Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung. Er konzentriert sich auf materiell-rechtliche Verteidigungsmittel gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung (Business Judgment Rule, Arbeitsteilung von Organen, Einwilligung der Gesellschaft oder des geschädigten Aktionärs/Gläubigers, Abstimmungsverhalten in Sitzungen sowie Konzerninteresse). *Dr. Peter R. Isler* und *Dr. Christa Sommer-Sprenger* untersuchen das Konkurrenzverhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur Rückerstattungs-, Anfechtungs-, Nichtigkeits- und Auflösungsklage sowie zur paulianischen Anfechtung. Der Beitrag von *Prof. Rolf Sethe* und *Daniel Lütolf* beschäftigen sich mit der Haftung für fehlerhafte Unternehmensfinanzierung und gehen der Frage nach, welche Pflichten den Verwaltungsrat und die Aktionäre bei einer Unterkapitalisierung treffen. *Dr. Thomas Graf* und *Isabelle Rupf* beleuchten steuerrechtliche Aspekte der Verantwortlichkeitsprozesse, namentlich die Abzugsfähigkeit von Schadenersatzzahlungen sowie von Anwalts- und Prozesskosten, die Möglichkeit zur Bildung von Rückstellungen sowie die steuerrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit Strafverfahren. *Prof. Alexander Brunner* und *Dr. Moritz Vischer* wenden sich den Voraussetzungen und Wirkungen der Streitverkündung im Verantwortlichkeitsprozess und dem Regress bei der einfachen Streitverkündung und bei der Streitverkündungsklage zu. *Dr. Dieter Gericke* und sein leider während der Abfassung des Beitrags verstorbener Kollege *Dr. Stefan Waller*, der im Verantwortlichkeitsrecht und weit darüber hinaus als Kollege und Experte allseits geschätzt wurde, zeigen die grossen Entwicklungslinien der Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht in den letzten 10 Jahren auf und gehen dabei auf den Siegeszug der Business Judgment Rule, die Haftung im Konzernverhältnis, den Fortsetzungsschaden und Fragen der Kausalität ein.

Wir hoffen, dass die Beiträge in diesem Heft die weitere Diskussion des Verantwortlichkeitsrechts bereichern und in der praktischen Anwendung von Nutzen sein werden. Unser Dank gilt den Referenten, die sich neben ihrem grossen Einsatz an der Tagung der Mühe unterzogen haben, eine erweiterte und vertiefte Fassung ihres Referates der ZSR für dieses Themenheft zur Verfügung zu stellen

Zürich, im Januar 2018 — Rolf Sethe/Peter R. Isler

Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung

DANIEL JENNY*

Schlagwörter: Organhaftung, Verantwortlichkeit, Abwehrmöglichkeiten, Pflichtverletzung, Business Judgment Rule, Einwilligung, Arbeitsteilung, Rechtfertigungsgründe, «Raschein Praxis»

A. Einleitung

Beim Vorwurf der Pflichtverletzung handelt es sich um die Behauptung des Klägers, dass eine der vier Voraussetzungen[1] der Organhaftung nach Art. 754 OR erfüllt sei. Aus Sicht des eingeklagten Verwaltungsratsmitglieds ist dieser Vorwurf gravierend, da eine Missachtung der ihm obliegenden Pflichten im Raum steht. Entsprechend verwendet das beklagte Verwaltungsratsmitglied in Verantwortlichkeitsprozessen – im Vergleich zur Bestreitung anderer Haftungsvoraussetzungen – jeweils viel Tinte darauf, sich gegen den Vorwurf einer Pflichtverletzung zu wehren. Denn bei diesem Vorwurf geht es nicht nur um eine Haftungsfrage, sondern auch um eine Reputationsfrage[2]: Wird in einem Urteil eine Pflichtverletzung festgestellt, die Klage jedoch aufgrund anderer (fehlender) Haftungsvoraussetzungen abgewiesen, ist dies für ein Verwaltungsratsmitglied aus reputationeller Sicht dennoch abträglich. Vor diesem Hintergrund kommt den Abwehrmöglichkeiten gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung eine wesentliche Bedeutung im Abwehrdispositiv zu.

---

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (NYU). Für die wertvollen Hinweise bei der Ausarbeitung dieses Beitrags danke ich MLaw Rade Kokanović.

1 Die Organhaftung hat folgende Voraussetzungen: (i) Schaden, (ii) Pflichtverletzung, (iii) Kausalzusammenhang und (iv) Verschulden (statt vieler PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 Rz. 359).

2 Vgl. ausführlich zur Reputation als verhaltenssteuernde Funktion HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000 II, S. 239–275, S. 259 ff.

B. Vorwurf der Pflichtverletzung

I. Begriff und Abgrenzung zur Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR

Eine Pflichtverletzung liegt bei der Organhaftung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR vor, wenn ein Verwaltungsratsmitglied eine Pflicht verletzt, welche ihm das Gesetz, die Statuten, ein (gesellschaftsinternes) Reglement oder ein einzelner Generalversammlungsbeschluss auferlegt.[3] Diese Umschreibung der Pflichtverletzung gilt sowohl bei der Geltendmachung des Gesellschaftsschadens als auch eines direkten Aktionärs- oder Gläubigerschadens.[4] Das Bundesgericht scheint in seiner neueren Rechtsprechung allerdings dazu zu tendieren, dass direkte Aktionärs- oder Gläubigerschäden einzig gestützt auf Art. 41 OR – und nicht (auch) gestützt auf Art. 754 OR – geltend gemacht werden können.[5]

Die Pflichtverletzung nach Art. 754 OR unterscheidet sich von der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR. Letztere stellt höhere Anforderungen, da für reine Vermögensschäden eine spezifische *gesetzliche* Schutznorm verletzt sein muss, welche den Schutz der Vermögensinteressen des Geschädigten bezweckt.[6] Damit kann beispielsweise die Widerrechtlichkeit nicht mit der Verletzung von Statuten oder (gesellschaftsinternen) Reglementen begründet werden. Noch unklar ist, welche (aktienrechtlichen) Gesetzesbestimmungen als Schutznormen i.S.v. Art. 41 OR qualifizieren.[7] Unabhängig davon schränkt das Bundesgericht die Aktivlegitimation direkt geschädigter Aktionäre und Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft erheblich ein, sofern die konkursite Gesellschaft gleichzeitig geschädigt ist (sog. «Biber Praxis»).[8]

3 Harald Bärtschi, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 227–277, S. 235.

4 Bärtschi (Fn. 3), S. 235; *a.M.* BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 23 ff.; zur Abgrenzung der Schadenskonstellationen vgl. BGE 142 III 23 sowie ausführlich Daniel Jenny, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 53–243 (Schaubild in Rz. 243).

5 BGE 141 III 112 E. 5.2.1; vgl. zur Haftungsgrundlage von Art. 754 OR für den Gesellschaftsschaden und direkte Aktionärs- oder Gläubigerschäden BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 2; offen gelassen im Urteil des AppGer BS ZB.2017.19 vom 26. September 2017.

6 BSK OR I-Kessler, Art. 41 OR N 30 ff. und N 34 ff.

7 BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 24; BGE 106 II 232 E. 2c (Bestimmungen über die Kontroll- bzw. Revisionsstelle als Schutznormen von Darlehensgebern); BSK OR I-Kessler, Art. 41 OR N 35 («Auch gesellschaftsrechtliche Vorschriften […] können als Schutznormen wirken»).

8 Vgl. zur Einschränkung der Aktivlegitimation direkt geschädigter Aktionäre und Gläubiger im Konkurs der gleichzeitig geschädigten Gesellschaft BGE 131 III 306 E. 3.1.2 («Biber»); BGE 132 III 564 E. 3.2.3; vgl. zur Aufgabe der «Raichle Praxis» BGE 142 III 23 E. 4.

II. Gesetzliche Pflichten

Art. 717 OR statuiert die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht (Abs. 1) sowie den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Aktionäre (Abs. 2)[9], welche die Verwaltungsratsmitglieder bei ihrer Tätigkeit zu befolgen haben. Die allgemeine Sorgfaltspflicht ist eine Verhaltensmaxime, welche die Verwaltungsratsmitglieder bei all ihren Aufgaben im Sinne eines Mindeststandards zu erfüllen haben.[10] Vergleichsmassstab ist diejenige Sorgfalt, welche ein vernünftiges Geschäftsführungsorgan unter den gleichen Umständen anwenden würde.[11] Mit anderen Worten genügt diejenige Sorgfalt nicht, welche ein Verwaltungsratsmitglied in eigenen Angelegenheiten anwendet («diligentia quam in suis»).[12] Unsorgfältig handelt ein Verwaltungsratsmitglied insbesondere, wenn es eine gebotene Aufgabe ganz oder teilweise unterlässt bzw. zu spät handelt.[13] Klar ist, dass mit einer solchen abstrakten Umschreibung noch nicht viel gewonnen ist und sie der Konkretisierung im Einzelfall bedarf.[14]

Die Verwaltungsratsmitglieder müssen ihr Verhalten gemäss Art. 717 Abs. 1 OR stets am *Gesellschaftsinteresse* ausrichten und diesem den Vorrang vor divergierenden Interessen einräumen. Diesbezüglich setzt das Bundesgericht strenge Massstäbe an.[15] Das Gesellschaftsinteresse verlangt nicht eine kurzfristige Gewinnmaximierung, sondern die nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts im Rahmen des statutarischen Zwecks. Dabei können neben den Aktionärsinteressen auch die Interessen anderer «Stakeholder» (z.B. Arbeitnehmer oder Lieferanten) berücksichtigt werden, solange dies mit dem langfristigen «Shareholder Value» vereinbar ist.[16]

Die grundlegenden und *nicht delegierbaren Pflichten* der Verwaltungsratsmitglieder sind in einem separaten Aufgabenkatalog in Art. 716a Abs. 1 OR festgehalten. Danach sind die Verwaltungsratsmitglieder beispielsweise zwingend für die Unternehmensstrategie, die Festlegung der Unternehmensorgani-

9 Die Verletzung der Gleichbehandlungspflicht führt häufig zu direkten Aktionärsschäden (vgl. Böckli (Fn. 1), § 18 Rz. 383).

10 BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 26 (zurückhaltend in der Annahme als eigene Verhaltens- und Schutznorm); vgl. Bärtschi (Fn. 3), S. 236.

11 BGE 139 III 24 E. 3.2; vgl. § 717 (a) New York Business Corporation Law (NYBCL): «that degree of care which an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances».

12 BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1; BGE 113 II 52 E. 3a.

13 BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR N 3.

14 Daniel Jenny/Clemens von Zedtwitz, D&O-Haftung und -Versicherung, in: schulthess manager handbuch 2017, S. 173–183, S. 175.

15 BGE 113 III 57 E. 3a; bestätigt in BGE 130 III 213 E. 2.2.2.

16 Zum Ganzen Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 598 f.; ferner § 717 (b) NYBCL. Vgl. auch zur Corporate Social Responsibility: Peter Forstmoser, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 157–181; Daniel M. Häusermann, Corporate Social Responsibility (CSR) und Aktienrecht: 7 Thesen, GesKR 2017, S. 495–501.

sation und die Ausgestaltung des Rechnungswesens verantwortlich (Ziff. 1–3). Eine weitere zentrale, nicht delegierbare Aufgabe ist die effektive Ausgestaltung der Compliance (Ziff. 2 und 4), womit die Einhaltung der in- und ausländischen Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen sichergestellt werden soll.[17] Schliesslich ist die nicht delegierbare Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung der Gesellschaft (Ziff. 7) aus Sicht der Organhaftung von herausragender Bedeutung.

Neben diesen nicht delegierbaren Aufgaben bestehen zahlreiche weitere Pflichten, welche nicht nur im Aktienrecht verstreut sind, sondern sich auch im *Kapitalmarkt-, Straf-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht* finden.[18] Es besteht ein bedenklicher Trend, die Pflichten durch neue Gesetzesbestimmungen auszudehnen.[19] Aufgrund der ständig wachsenden Anzahl von Gesetzesvorschriften stellt ihre Einhaltung die Verwaltungsratsmitglieder vor grosse Herausforderungen.

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die *Verletzung gewisser gesetzlicher Pflichten in der Praxis besonders häufig zu einer Organhaftung* führt. Namentlich haben solche Prozesse folgende Vorwürfe zum Gegenstand:[20] (i) Vermögensverschiebung an eine Tochtergesellschaft, einen Aktionär oder eine Organperson ohne entsprechende Gegenleistung oder Sicherheit;[21] (ii) Missachtung von Buchführungsvorschriften sowie von Kapitalschutzvorschriften bei Kapitalverlust oder Überschuldung;[22] (iii) fehlerhafte Delegation der Geschäftsführung;[23] (iv) fehlender Beizug von Fachleuten bei ungenügenden Fachkenntnissen;[24] und (v) Nichtablieferung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Mitarbeiter des Unternehmens (vgl. Art. 52 AHVG).[25]

17 Rolf Sethe/Fabio Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit: in Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 87–167.

18 Peter Böckli, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010), S. 1–10 und 25–31, S. 1.

19 Vgl. bspw. Peter R. Isler/Bertrand Schott, Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7–38; vgl. auch Peter Kurer, Wenn das Paradigma wechselt, Rechtsrisiken in der globalen Welt, GesKR 2015, S. 329–336, S. 329 f.

20 Vgl. auch Jenny/von Zedtwitz (Fn. 14), S. 176 f.

21 Vgl. BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 3; BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 2; BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015 E. 4.1; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 2; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3; BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2; BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BGE 113 II 52 E. 3b.

22 Vgl. insb. BGE 116 II 533; ferner BGer 4A_74/2012 vom 18 Juni 2012 E. 4; BGer 4A_555/2009 vom 3. Mai 2010 E. 2.5; BGE 136 III 322 E. 3; BGE 136 III 14 E. 2.4; BGE 132 III 564 E. 5.1; BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BGE 128 III 180 E. 2a; BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2; BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/cc; BGE 125 III 86; BGer vom 9. November 1989, SemJud 1990, 45 E. 2b.

23 Vgl. BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1; BGer 4A_120/2013 vom 27. August 2013 E. 3; BGE 137 III 503 E. 3.4; BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2.

24 Vgl. BGer 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 8.1; BGer 4C.192/2003 vom 13. Oktober 2003 E. 3.3.

C. Ausgewählte Abwehrmöglichkeiten

Der vorliegend verwendete Begriff der Abwehrmöglichkeit umfasst jedes materiell-rechtliche Verteidigungsmittel, womit sich ein belangtes Verwaltungsratsmitglied gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung wehren kann.[26] Damit wird (stillschweigend) vorausgesetzt, dass ein Anspruch aus Organhaftung gegen ein Verwaltungsratsmitglied geltend gemacht wird.[27] Entsprechend fallen präventive Massnahmen zur Vermeidung der Pflichtverletzung nicht unter den hier verwendeten Begriff der Abwehrmöglichkeit. Nachstehend werden die wichtigsten Abwehrmöglichkeiten gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung aufgezeigt.

I. «Business Judgment Rule»

1. Übersicht

Die Business Judgment Rule (BJR) war in den letzten fünf Jahren das «Hot Topic» der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Seit ihrer Anerkennung im Jahre 2012 sind zahlreiche weitere Entscheide und Publikationen zu diesem Thema erschienen.[28] Das Bundesgericht hat sich in seinen Entscheiden bislang nicht mit der US-amerikanischen BJR auseinandergesetzt, weshalb häufig von einer BJR Schweizer Prägung die Rede ist.[29] Bei der BJR handelt es sich um

25 Vgl. BGer 9C_876/2012 vom 22. April 2013; BGer 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 5; BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011; BGer 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011 E. 2; BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011; BGer H 182/06 vom 29. Januar 2008 E. 4; BGer 9C_383/2007 vom 14. Januar 2008 E. 2; BGer H 166/06 vom 9. Januar 2008 E. 4; BGE 132 III 523 E. 4.5.

26 Zur Definition der Abwehrmöglichkeiten siehe Jenny (Fn. 4), Rz. 14. Der dort verwendete Begriff der Abwehrmöglichkeiten umfasst auch prozessuale Abwehrmöglichkeiten (z.B. fehlende Prozessführungsbefugnis), welche aufgrund der vorliegenden Thematik allerdings nicht relevant sind.

27 Jean-Marc Schaller, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 83 f.

28 BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012; vgl. Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, S. 607 ff.; weitere Urteile: BGE 139 III 24; BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013; BGer 4A_626/2013, 4A_4/2014 vom 8. April 2014; BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015; BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016. Das Bundesgericht hat Geschäftsentscheide schon vor der Anerkennung der BJR mit Zurückhaltung geprüft (Jenny (Fn. 4), Rz. 798 m.w.N.).

29 Rolf Sethe, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Rolf Sethe/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, S. 165–201, S. 173; Carl Baudenbacher/Lisa Schwarz, SZW 2016, S. 55–69, S. 65.

eine Abwehrmöglichkeit gegen die Pflichtwidrigkeit, welche das Bundesgericht jeweils unter der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht prüft.[30]

Im Kern geht es darum, dass sich die Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Das Bundesgericht wendet dabei konstant die folgende Formel an: «Das Bundesgericht anerkennt, dass sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen haben bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»[31]

2. *Voraussetzungen und Folgen der Anwendbarkeit der BJR*

a. *Geschäftsentscheid*

Die Anwendung der BJR setzt einen *Geschäftsentscheid* voraus. Sie ist grundsätzlich nur auf Fälle anwendbar, in welchen dem Organ eine «pflichtwidrige Tätigkeit» vorgeworfen wird, nicht hingegen im Falle einer (unbewussten) «pflichtwidrigen Unterlassung». Mit anderen Worten kommt eine Unterlassung nur dann als Geschäftsentscheid in Frage, wenn «sich ein Organ bewusst für ein Untätig-Bleiben entscheidet».[32]

Geschäftsentscheide werden von *Entscheiden betreffend Rechtsfragen* abgegrenzt, auf welche die BJR grundsätzlich nicht anwendbar ist.[33] Häufig lassen sich jedoch Rechts- und Geschäftsfragen nur schwer voneinander trennen; so beispielsweise bei der Frage, ob konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen, welche einen Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts gemäss Art. 725 Abs. 2 OR rechtfertigen.[34] Vor diesem Hintergrund plädiert ein Teil der Lehre, dass die BJR auch auf (rechtliche) Entscheide anwendbar ist bzw. eine «Legal Judgment Rule» eingeführt werden soll.[35] Es trifft zu, dass auch bei der Anwendung von Rechtsnormen häufig ein Ermessensspielraum besteht bzw. deren konkrete Anwendung unklar ist. Dies ist bei der Beurteilung einer

30 BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1; BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.1; anders noch BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 (Prüfung beim Verschulden).

31 Vgl. bspw. BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13 Dezember 2016 E. 5.1; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2.

32 Zum Ganzen BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.2; Peter V. Kunz, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 2014, S. 274–283, S. 277.

33 Sethe (Fn. 29), S. 174; Kunz (Fn. 32), S. 277.

34 Vgl. dazu BSK OR II-Wüstinger, Art. 725 OR N 40a m.w.N.

35 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, S. 287–318, S. 307; Frank Gerhard, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, SZW 2016, S. 254–268, S. 259 ff.

behaupteten Pflichtverletzung zu berücksichtigen. Zudem dürften sich die Verwaltungsratsmitglieder bei Rechtsfragen regelmässig auf den Ratschlag unternehmensinterner Experten (Rechtsdienst) oder externer Experten (Anwaltskanzleien) stützen. Sofern diese sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht wurden, entfällt eine Haftung ohnehin.[36]

b. *Einwandfreier, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender und von Interessenkonflikten freier Entscheidprozess*

Der Geschäftsentscheid muss gemäss der bundesgerichtlichen Formel in einem *«einwandfreien Entscheidprozess»* zustande gekommen sein. Mit diesem Kriterium wird in erster Linie die Einhaltung gesetzlicher Pflichten und gesellschaftsinterner Reglemente (insb. Organisationsreglement) verlangt, welche den Entscheidprozess regeln.[37] Kein einwandfreier Entscheidprozess liegt beispielsweise vor, wenn ein Entscheid mangels gültiger Delegation nicht vom Gesamtverwaltungsrat getroffen wurde.[38] Es genügt jedoch nicht ein beliebiger Verstoss: So hat das Handelsgericht des Kantons Zürich den Entscheidprozess eines Verwaltungsrats zu Recht nicht disqualifiziert, obwohl es gewisse «formale Unstimmigkeiten» bei der Einberufung, Traktandierung und Protokollierung feststellte.[39] Das Bundesgericht setzt im Hinblick auf das Kriterium des «einwandfreien Entscheidprozesses» ferner voraus, dass Chancen und Risiken eines Geschäftsentscheids abgewogen werden.[40] Häufig finden diese Erwägungen indessen keinen Eingang in ein Verwaltungsratsprotokoll, weshalb keine übermässigen Anforderungen an die diesbezügliche Protokollierung gestellt werden dürfen.[41]

Dem Verwaltungsrat wird in Bezug auf die Beurteilung, wann eine *«angemessene Informationsbasis»* für den Geschäftsentscheid vorliegt, ein weites Ermessen eingeräumt. Es müssen nicht alle verfügbaren Informationen berücksichtigt werden, sondern der Verwaltungsrat darf bzw. muss in Anbetracht der zeitlichen Umstände und der Tragweite des Entscheids eine Selektion der relevanten Informationen vornehmen.[42] Im Rahmen der Entscheidvorbereitung erfolgen die Informationsbeschaffung und -selektion häufig durch die Geschäfts-

36 Vgl. dazu Ziff. C.II.3.

37 Leo Rusterholz/Lukas Held, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2016, S. 186–196, S. 187.

38 BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2.

39 Vgl. zum Ganzen HGer ZH HG 120149 vom 26. Januar 2015 E. 7.3.2.

40 BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2; BGer 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.5.3 (vgl. auch die diesbezügliche Entscheidbesprechung von Thiemo Sturny, Darlehensgewährung unter Interessenkonflikt – Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des verantwortlichen Geschäftsführers, GesKR 2017, S. 348–354).

41 Siehe auch Sethe (Fn. 29), S. 177; Böckli (Fn. 1), § 13 Fn. 376.

42 Gericke/Waller (Fn. 35), S. 301; Alex Christen, «Quo Vadis, BJR», AJP 2015, S. 123–134, S. 126; vgl. insbesondere Vogt/Bänziger (Fn. 28), S. 616 ff., wonach der Überprüfungs-

führung, allenfalls unter Beizug externer Experten.[43] In der Praxis steht der Verwaltungsrat deshalb häufig vor der schwierigen Aufgabe, die wesentlichen – insbesondere auch die «schlechten» – Informationen zu erhalten.[44] Soweit die erforderlichen Abklärungen nicht getroffen wurden (z.B. keine Abklärung der Bonität eines Darlehensnehmers), fehlt es an einer angemessenen Informationsgrundlage, was zugleich eine Pflichtwidrigkeit begründen kann.[45]

Schliesslich setzt die Anwendung der BJR voraus, dass kein Verwaltungsratsmitglied bei der Entscheidung mitwirkt, welches sich in einem *Interessenkonflikt* befindet. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden.[46] Je nach Stärke des Interessenkonflikts ist das konfliktbetroffene Verwaltungsratsmitglied sowohl bei der Beschlussfassung als auch bei der Entscheidberatung auszuschliessen.[47] Neben der Nichtanwendung der BJR begründet ein Interessenkonflikt *die natürliche Vermutung eines treuwidrigen Verhaltens bzw. der Pflichtwidrigkeit*, da aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung zu befürchten ist, dass bei einem solchen Entscheid nicht die Interessen der Gesellschaft an erster Stelle stehen. Das beklagte Verwaltungsratsmitglied muss bei einer natürlichen Vermutung *nicht* den *Beweis des Gegenteils* erbringen, denn es erfolgt keine Beweislastumkehr. Vielmehr kann es die natürliche Vermutung durch den *Gegenbeweis* widerlegen, dass (i) der Entscheid extern abgestützt wurde (Widerlegung der Vermutungsbasis) oder (ii) inhaltlich angemessen ist (Widerlegung der Vermutungsfolge).[48] Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob auch das Fehlen der übrigen Anwendungsvoraussetzungen der BJR eine natürliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit zur Folge hat.[49]

massstab der Gerichte auf «offensichtliche Unsorgfalt» bei der Beurteilung der Angemessenheit der Informationsbasis reduziert sei.

43 HGer ZH HG 120149 vom 26. Januar 2015 E. 7.3.3.7.

44 Böckli (Fn. 18), S. 2 f.

45 BGer 4A_97/2013 vom 13. August 2013 E. 5.3.

46 BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1.

47 Christa Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2010, S. 110 ff.

48 Zum Ganzen BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.2; vgl. Leo Rusterholz/Lukas Held, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule, GesKR 2017, S. 228–233, S. 230 ff.; Alexander Nikitine, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich/St. Gallen 2007, S. 186 ff.

49 Dagegen OGer ZH LB090080 vom 25. März 2013 E. 4.3e (keine natürliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit, «wenn nachträglich nicht mehr mit Dokumenten bewiesen werden kann, dass in der Entscheidfindung die prozeduralen Regeln eingehalten worden sind»).

c. *Überprüfung des Geschäftsentscheids*

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass immer eine Inhaltskontrolle vorzunehmen ist.[50] Der Umfang der Überprüfung eines Geschäftsentscheids hängt allerdings davon ab, ob die Anwendungsvoraussetzungen der BJR erfüllt sind. Sind die *Anwendungsvoraussetzungen* der BJR *erfüllt*, wird der Entscheid inhaltlich nur daraufhin überprüft, ob er «noch im Rahmen des *Vertretbaren* liegt». Liegt hingegen eine der *Anwendungsvoraussetzungen* der BJR *nicht* vor, wird der Entscheid nicht mehr mit Zurückhaltung auf seine Vertretbarkeit überprüft, sondern es reicht für die Begründung der Pflichtverletzung aus, dass der «Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als *fehlerbehaftet [bzw. nicht angemessen]* erscheint».[51] Somit sind auch «Bauchentscheide» bzw. «intuitive Entscheide» nicht pflichtwidrig, solange sie angemessen bzw. nicht fehlerbehaftet sind.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat nützliche Kriterien entwickelt, welche bei der Beurteilung eines Geschäftsentscheids und insbesondere dessen *Vertretbarkeit* eine Rolle spielen. Zunächst erfolgt die Beurteilung eines Geschäftsentscheids «nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung».[52] Mit dieser *ex ante* Betrachtung sollen Rückschaufehler («Hindsight Bias») vermieden werden.[53] Sodann ist ein Geschäftsentscheid nicht als isolierte Transaktion, sondern stets in seinem Gesamtzusammenhang zu würdigen.[54] Dabei ist auch die finanzielle Basis des Unternehmens miteinzubeziehen. Eine gesunde finanzielle Basis erlaubt eher «Risiken einzugehen, als wenn eine solche fehlt», wobei Risiken jedoch bewusst eingeschätzt und eingegrenzt werden müssen.[55] Die Vertretbarkeit hängt auch immer davon ab, «welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft» sind.[56] Für diese Beurteilung spielt es keine Rolle, ob die in den Rechtsschriften dazu vorgetragenen Argumente tatsächlich in die Entscheidfindung einbezogen wurden; einzig relevant ist, ob der Entscheid im damaligen Zeitpunkt objektiv vertretbar war.[57] Ein Entscheid ist schliesslich nicht mehr objektiv vertretbar, wenn er nicht nachvollziehbar ist[58] bzw. das beklagte Verwaltungsratsmitglied «ge-

50 BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13 Dezember 2016 E. 5.1; Rusterholz/Held (Fn. 48), S. 230.

51 Zum Ganzen BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13 Dezember 2016 E. 5.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

52 BGE 139 III 24 E. 3.2; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1.

53 Vogt/Bänziger (Fn. 28), S. 612; Sethe (Fn. 29), S. 169.

54 Vgl. OGer ZH LB090080 vom 25. März 2013 E. 4.5.1.2 (Erwägungen der Vorinstanz).

55 BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1.

56 BGer 4A_626/2013, 4A_4/2014 vom 8. April 2014 E. 7.3.

57 OGer ZH LB090080 vom 25. März 2013 E. 4.5.3.6.

58 Sethe (Fn. 29), S. 180.

radezu unvernünftig» handelte.[59] Bei der Inhaltskontrolle findet häufig eine Auseinandersetzung mit dem Gesellschaftsinteresse statt, wobei dessen Missachtung eine Treuepflichtverletzung begründet.[60]

3. *Fazit und Bedeutung der BJR*

Die BJR ist bei Geschäftsentscheiden grundsätzlich eine erfolgsversprechende Abwehrmöglichkeit gegen den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit. Etwas überraschend ist daher, dass das Bundesgericht in den letzten fünf Jahren in fünf Fällen eine Organhaftung bejaht hat, in welchen sich der Beklagte auf die BJR berufen hat.[61] Wichtig ist aus praktischer Sicht, dass den Formalitäten beim Entscheidprozess eine grosse Beachtung geschenkt wird, insbesondere was den Umgang mit allfälligen Interessenkonflikten betrifft. Zudem ist empfehlenswert, die vorangehende Diskussion und Abklärungen zum Geschäftsentscheid im Sinne einer «Chancen-Risiken-Analyse» weitest möglich zu protokollieren oder anderweitig zu dokumentieren.

II. Arbeitsteilung

1. *Übersicht*

Der Gesetzgeber hat in Art. 716 Abs. 2 OR ein organisatorisches Grundkonzept vorgesehen, wonach die Geschäfte der Gesellschaft durch den Gesamtverwaltungsrat geführt werden, «soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat». Während die Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat für kleinere Gesellschaften praktikabel sein kann, kommt sie für grössere operative Geschäftstätigkeiten kaum in Frage. Dort stellt die *Übertragung der Geschäftsführung* an eine Geschäftsleitung zumeist eine organisatorische Notwendigkeit dar.[62] Im Verwaltungsrat selbst werden zudem häufig *Ausschüsse* gebildet. Deren Aufgabe ist in der Regel, die Geschäfte des Verwaltungsrats vertieft zu analysieren, Entscheide vorzubereiten und deren Ausführung zu überwachen.[63]

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit sieht eine individuelle Haftung der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder und keine Haftung des Gesamtorgans vor.

59 OGer ZH LB090080 vom 25. März 2013 E. 4.5.1.2. Allerdings gilt bei Transaktionen zwischen Konzerngesellschaften ein strengerer Massstab (BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1); Rusterholz/Held (Fn. 37), S. 192 ff.

60 BGE 139 III 24 E. 3.3.

61 BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016; BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013; BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; BGE 139 III 24; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

62 Hans Caspar von der Crone, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander, Bern/Stuttgart/Wien 2016, S. 79–99, S. 79 f.

63 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP, Version 2016), Ziff. 21 ff.; Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 423.

Vor diesem Hintergrund müssen Pflichten bei einer Arbeitsteilung differenziert beurteilt werden. Für (gültig) übertragene Aufgaben entfällt eine Haftung der Verwaltungsratsmitglieder mangels Pflichtwidrigkeit, sofern sie ihre verbleibenden Pflichten erfüllen.[64]

2. *Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben (Delegation)*

Mit der aktienrechtlichen Delegation der Geschäftsführung werden die *Entscheidungsbefugnisse* betreffend eine *organtypische Aufgabe* übertragen.[65] Übertragen wird dabei aber (lediglich) die *operative* Führung der Geschäfte; für die *strategischen* Entscheide bleibt der Gesamtverwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR zwingend zuständig.[66]

Eine haftungsbefreiende Delegation gemäss Art. 754 Abs. 2 OR setzt voraus, dass diese *befugterweise* und *sorgfältig* erfolgte. Für beide Voraussetzungen trägt das beklagte Verwaltungsratsmitglied die Beweislast.[67] Befugt ist die Delegation einer Organaufgabe, wenn sie (i) aufgrund einer statutarischen Grundlage, (ii) nach Massgabe eines Organisationsreglements, (iii) an ein Verwaltungsratsmitglied oder einen Dritten (iv) ausserhalb der Schranken der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR erfolgte.[68] Eine Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung findet sich so gut wie in allen Statuten, wobei diese den Umfang der Delegation in persönlicher oder inhaltlicher Hinsicht beschränken können.[69] Ein Organisationsreglement ordnet gemäss Art. 716b Abs. 2 OR sodann die Geschäftsführung, bestimmt die hierfür erforderlichen Stellen, legt deren Aufgaben fest und regelt insbesondere die Berichterstattung. Es muss zwingend in Schriftform ergehen, jedoch nicht in einer förmlichen separaten Urkunde mit dem Titel «Organisationsreglement». Es genügt ein protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates, sofern er die inhaltlichen Mindestanforderungen gemäss Art. 716b Abs. 2 OR erfüllt.[70] Es

64 Peter R. Isler/Bertrand G. Schott, Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 33–59, S. 55; Böckli (Fn. 1), § 18 Rz. 118a; Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, S. 252.

65 Dritte als Delegationsempfänger werden dadurch selbst zum (materiellen) Organ (Urs Bertschinger, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, Rz. 207). Im Anwendungsbereich der VegüV kommen nur natürliche Personen als Delegationsempfänger in Frage (Art. 6 Abs. 1 VegüV).

66 Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, § 4 Rz. 12 und Rz. 20 ff.; von der Crone (Fn. 62), S. 79 f.

67 Isler/Schott (Fn. 64), S. 53; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 40.

68 Eine Abweichung vom Erfordernis der Grundlage in den Statuten und im Organisationsreglement ist grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. betr. Organisationsreglement BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2.1 und E. 3.2.2; BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1; *a.M.* Bertschinger (Fn. 65), Rz. 116 ff.).

69 Felix R. Ehrat, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 1 (1992), S. 789–795, S. 794.

70 Zum Ganzen Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 522 sowie § 18 Rz. 120 und Rz. 122.

empfiehlt sich, das Organisationsreglement periodisch zu überprüfen und den aktuellen Gegebenheiten anzupassen, wobei nicht jede geringfügige Reorganisation im Organisationsreglement nachgetragen werden muss.[71] Ihre Grenze findet eine befugte Übertragung bei den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR. Die Abgrenzung zwischen delegierbaren und nicht delegierbaren Aufgaben erweist sich im Einzelfall als schwierig, da der Gesetzgeber bei der Umschreibung der nicht delegierbaren Aufgaben abstrakte Begriffe (z.B. «Oberleitung» oder «Oberaufsicht») verwendet.[72]

Sind die Voraussetzungen einer befugten Delegation erfüllt, reduzieren sich die verbleibenden Pflichten auf die *sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung* des Delegationsempfängers («curae in eligendo, instruendo et custodiendo»). Zwischen diesen Pflichten besteht eine gewisse Wechselwirkung: Je qualifizierter ein Delegationsempfänger ist, desto geringer sind die Anforderungen an seine Instruktion sowie Überwachung und umgekehrt.[73] Kernstück dieser Sorgfaltspflichtentrias ist die *Überwachungspflicht* (cura in custodiendo).[74] Der Umfang der Überwachungspflicht hängt von den konkreten Umständen ab: Bei schlechtem Geschäftsgang, Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Unternehmensstrategien oder Geschäften mit hohem Verlustrisiko ist die Überwachungspflicht erhöht.[75] Bei einem Grossunternehmen sind die Möglichkeiten der persönlichen Überwachung der Geschäftsführung zudem beschränkt, weshalb der Installation eines angemessenen Informations- und Kontrollsystems besondere Bedeutung zukommt.[76]

Im Rahmen der Überwachungspflicht müssen Rapporte und Berichte kritisch hinterfragt und gegebenenfalls ergänzende Informationen – allenfalls unter Beizug von Experten – eingeholt werden.[77] Das delegierende Verwaltungsratsmitglied darf dabei in einem gewissen Umfang auf das Wissen und die Informationen der Delegationsempfänger und beigezogener Experten vertrauen.[78] Kommt jedoch eine pflichtwidrige Handlung zum Vorschein bzw. besteht ein Verdacht einer

71 Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 11 Rz. 15.

72 Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993, S. 201 f.; Böckli (Fn. 1), § 18 Rz. 126.

73 Jenny (Fn. 4), Rz. 655; Peter Forstmoser, Alter Wein in neuen Schläuchen? ZSR 1992 I, S. 1-40, S. 29.

74 Vgl. Jenny (Fn. 4), Rz. 659 f. zur nicht delegierbaren Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

75 Vgl. Felix Horber, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1986, S. 121.

76 Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat: Art. 707–726, Art. 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1846; jedoch ist kein blindes Vertrauen auf computerisierte Überwachungssysteme angezeigt (Rolf Bär, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 58 (1986), S. 57–68, S. 61).

77 BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2 (nicht publ. in: BGE 133 III 116); Horber (Fn. 75), S. 121 f.

78 Horber (Fn. 75), S. 121 f.; EVGer H5/04 vom 10. Dezember 2004 E. 3.3.

Pflichtverletzung, löst dies eine *Eingriffspflicht* für den Verwaltungsrat aus. Er muss den Sachverhalt vertieft abklären und die Organisationsstrukturen allenfalls anpassen.[79] Hinzu kommen arbeitsrechtliche Massnahmen (z.B. Kündigung, Freistellung oder Verwarnung) gegenüber dem fehlbaren Arbeitnehmer.

3. *Vorbereitung und Ausführung von Beschlüssen sowie Überwachung von Geschäften (Ausschüsse und Experten)*

Häufig erfolgt die *Arbeitsteilung innerhalb des Verwaltungsrats* dadurch, dass die Vorbereitung und Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen oder die Überwachung von Geschäften an Ausschüsse oder einzelne Verwaltungsratsmitglieder übertragen wird (vgl. Art. 716a Abs. 2 OR). Gerade in grösseren Gesellschaften ist die Bildung von Ausschüssen aufgrund der Sorgfalts- und Treuepflicht oftmals geboten.[80] Der Swiss Code of Best Practice nennt als mögliche Ausschüsse den Prüfungs-, den Vergütungs- und den Nominierungsausschuss.[81] Kommen einem Ausschuss zusätzlich Entscheidungsbefugnisse zu (was nur für den Bereich der übertragbaren Aufgaben zulässig ist) können sich die «Nicht-Ausschussmitglieder» bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 754 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 717b OR auf die haftungsbefreiende Delegation berufen.[82]

Wie die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben (Delegation) führt auch die Übertragung von Vorbereitungs-, Ausführungs- bzw. Überwachungsaufgaben zu einer differenzierten Beurteilung der Haftung der Verwaltungsratsmitglieder. Unterläuft einem Verwaltungsratsmitglied oder einem Ausschuss bei der Vorbereitung und Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen oder der Überwachung von Geschäften ein Fehler, können sich die übrigen Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die haftungsbefreiende Delegation berufen, da die Entscheidungsbefugnisse beim Gesamtverwaltungsrat verbleiben.[83] Allerdings kann auch in solchen Fällen den nicht involvierten Verwaltungsratsmitgliedern aufgrund eines funktionellen Verständnisses der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn sie den Fehler nicht erkennen konnten.[84] Die erforderliche Sorgfalt der nicht in die Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung involvierten Verwaltungsratsmitglieder dürfte im Ergebnis ein wenig höher anzusetzen sein als bei der cura in custodiendo.[85]

79 Vgl. zur Eingriffspflicht Böckli (Fn. 1), § 18 Rz. 127a.

80 Thomas Jutzi, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2008, S. 17 und S. 117 ff.

81 SCBP (Version 2016), Ziff. 23 ff.; vgl. auch Art. 7 VegüV zum Vergütungsausschuss.

82 Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 424; Jutzi (Fn. 80), S. 234 f.

83 Rolf Watter, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 183–198, S. 188 ff.

84 Jutzi (Fn. 80), S. 237 ff.

85 Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Larissa Marolda Martínez, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 100 (2004),

Ähnliche Überlegungen greifen, wenn der Verwaltungsrat bei der Vorbereitung und Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen oder der Überwachung von Geschäften Dritte als *unternehmensinterne oder externe Experten* beizieht. Sofern diese sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht wurden, entfällt eine Haftung, selbst wenn sich die Auskünfte der beigezogenen Experten im Nachhinein als falsch herausstellen sollten.[86] Dieser Einwand wird allerdings häufig beim Verschulden berücksichtigt.[87]

4. *Fazit und Bedeutung der Arbeitsteilung*

Die Arbeitsteilung ist im heutigen durch Spezialisierung geprägten Geschäftsalltag nicht mehr wegzudenken. Die Arbeitsteilung und das berechtigte Vertrauen in die Vorarbeit beigezogener Personen führen zu einem Haftungsausschluss bei Verwaltungsratsmitgliedern, sofern sie die verbleibenden Sorgfaltspflichten erfüllen. Die Abwehrmöglichkeit der Arbeitsteilung kommt oft in Kombination mit der BJR vor, da bei der Informationsbeschaffung häufig eine Arbeitsteilung erfolgt. Aufgrund der formellen Anforderungen an eine befugte Delegation und den hohen Anforderungen an die Überwachungspflicht ist die Abwehrmöglichkeit der Arbeitsteilung allerdings nicht immer erfolgreich, was auch die Rechtsprechung belegt.[88] Dass der Verwaltungsrat die oberste Organisationsverantwortung trägt, darf allerdings nicht dazu führen, dass ihm jedes Fehlverhalten oder jeder Gesetzesverstoss anderer anzurechnen ist.[89] Wurde eine adäquate Compliance-Organisation eingerichtet, ausreichend personell und sachlich ausgestattet, instruiert sowie überwacht, ist eine erfolgreiche Berufung auf die haftungsbefreiende Delegation möglich.[90]

III. Einwilligung des Geschädigten («volenti non fit iniuria»)

1. *Übersicht*

Die Einwilligung des Geschädigten kommt zumeist in Form der Einwilligung der Gesellschaft beim Gesellschaftsschaden vor. Entsprechend hat sich auch das Bundesgericht in zwei kürzlich ergangenen Entscheiden unter dem Titel «volenti non fit iniuria» mit der Einwilligung der geschädigten Gesellschaft auseinandergesetzt. Es ist aber auch denkbar, dass ein direkt geschädigter Aktionär oder Gläubiger in die Pflichtverletzung einwilligt, welche für seinen direkten Schaden kausal war. Ein Beispiel hierfür wäre, dass ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft in Kenntnis der Überschuldung ein Darlehen gewährt. Nachfolgend steht die Einwilligung der Gesellschaft beim Gesellschaftsschaden im Fokus.

Eine (echte) Einwilligung schliesst als Rechtfertigungsgrund die Pflichtverletzung aus. Liegt keine echte bzw. gültige Einwilligung vor, so hebt diese als sog. unechte Einwilligung die Pflichtverletzung nicht auf, sondern ist lediglich als Reduktionsgrund nach Art. 44 OR zu berücksichtigten. Die (echte) Einwilligung ist auch von der Décharge (Art. 758 OR) abzugrenzen: Die Décharge hat zwar eine vergleichbare Wirkung, hebt die Pflichtverletzung jedoch nicht auf, sondern bewirkt (lediglich) einen Klageverzicht.[91]

2. *Erscheinungsformen der Einwilligung der Gesellschaft*

Zunächst liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Einwilligung der Gesellschaft vor, wenn ein Verwaltungsratsmitglied im ausdrücklichen oder stillschweigenden *Einverständnis aller Aktionäre oder des Alleinaktionärs* gehandelt hat.[92] In der Regel dürfte keine Beschlussfassung im rechtlichen Sinn vorliegen, sondern die Einwilligung wird der Gesellschaft aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugerechnet.[93] Dies ist insbesondere bei Konzernverhältnissen oder fiduziarischen Verwaltungsratsmitgliedern von hoher Relevanz.[94] Bei Konzernstrukturen muss sich die Muttergesellschaft das durch ihre Organe erteilte Einverständnis anrechnen lassen.[95] Häufig dürfte dabei keine explizite Einwilligung vorliegen; vielmehr werden die Organhandlungen von allen Aktionären bzw. vom Alleinaktionär toleriert. In einer solchen Konstellation gründet der Ausschluss des Verantwortlichkeitsanspruchs zumeist nicht auf einer gültigen Einwilligung («volenti non fit iniuria»), sondern auf einem widersprüchlichen Verhalten i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB.[96] Einem Verwaltungsratsmitglied ist in jedem Fall zu empfehlen, das Einverständnis der Aktionäre bzw. des Alleinaktionärs schriftlich dokumentieren zu lassen.[97]

S. 405–412, S. 412; Watter (Fn. 83), S. 189; vgl. zur sorgfältigen Auswahl und Instruktion Jenny (Fn. 4), Rz. 827.

86 Vgl. Sethe (Fn. 29), S. 192 ff.

87 BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 32; Böckli (Fn. 1), § 18 Rz. 449.

88 Vorne Ziff. B.II.

89 So ebenfalls BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 40; *a.M.* Bertschinger (Fn. 65), Rz. 86.

90 Sethe/Andreotti (Fn. 17), S. 143 ff.

91 Jenny (Fn. 4), Rz. 281 und Rz. 286 m.w.N.

92 BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.1; BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 4.1; BGE 131 II 640 E. 4.2.1.

93 Bertrand Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/St. Gallen 2009, S. 102.

94 Vgl. die Konstellationen in BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.1 sowie BGer 4C.397/1998 vom 15. Juni 1998, in: Semjud 1999 Nr. 33 S. 184.

95 So im Ergebnis BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.2.1.

96 BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.2.1 (E. 3.1 jedoch unter dem Titel «volenti non fit iniuria»); Ansgar Ohly, «Volenti non fit inuria»: Die Einwilligung im Privatrecht, Habil. München, Tübingen 2002, S. 232 f.

97 Noch weitgehend ungeklärt ist, inwieweit sich ein (fiduziarisches) Verwaltungsratsmitglied auf eine mutmassliche Einwilligung berufen kann, wenn die Einwilligung des Alleinaktionärs nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (vgl. dazu Jenny (Fn. 4), Rz. 322). Vgl. zur Beweisführung

Ein weiterer Anwendungsfall der Einwilligung der Gesellschaft liegt vor, wenn der Verwaltungsrat einen *«gesetzeskonform gefassten und unangefochtenen Generalversammlungsbeschluss vollzieht»*.[98] Ein Beispiel hierfür wäre der Vollzug eines Generalversammlungsbeschlusses betreffend eine Ausschüttung nach VegüV.[99] Im Umkehrschluss ist die Zustimmung einer Aktionärsmehrheit hingegen irrelevant, wenn sie ausserhalb eines gesetzeskonform gefassten Generalversammlungsbeschlusses ergeht.[100] Bei kleineren personenbezogenen Aktiengesellschaften besteht häufig das Bedürfnis, dass die Aktionäre bei Fragen der Geschäftsführung mitbestimmen dürfen, und auch aus Sicht des Verwaltungsrates ist die «Delegation» von Geschäftsführungsaufgaben an die Generalversammlung aufgrund der haftungsausschliessenden Wirkung eines Generalversammlungsbeschlusses verlockend.[101] Hierfür besteht allerdings wenig Spielraum, da eine Beschlussdelegation nach einem gewichtigen Teil der Lehre im gesamten Bereich der Geschäftsführung unzulässig ist.[102] Aufgrund dessen führt ein entsprechend gefasster Generalversammlungsbeschluss nicht zu einer (echten) Einwilligung der Gesellschaft.[103] Dies gilt auch, wenn der Verwaltungsrat die Aktionäre über eine bestimmte Geschäftsführungsangelegenheit mittels einer *Konsultativabstimmung* befragt, und zwar unabhängig davon, ob der Konsultativabstimmung Beschlusscharakter zukommt.[104] Denn das Ergebnis einer Konsultativabstimmung bindet den Verwaltungsrat rechtlich nicht, sondern dient ihm lediglich als Richtlinie für seine eigene Entscheidfindung.[105]

Keine Einwilligung der Gesellschaft liegt m.E. vor, wenn der *Verwaltungsrat* in eine pflichtwidrige Handlung einzelner Verwaltungsratsmitglieder oder

mit Zeugen betr. innere Tatsachen Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 315 f.

98 BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.1; BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 4.1; BGE 131 II 640 E. 4.2.1. Vgl. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG für das deutsche Recht. Das US-amerikanische Recht kennt die sog. «Shareholder Ratifikation» (vgl. In re Wheelabrator Technologies, Inc. Shareholders Litigation, 663 A.2d 1194, 1196 (Del. 1995)).

99 Gericke/Waller (Fn. 35), S. 331.

100 Anton K. Schnyder, «Volenti non fit iniuria» im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, S. 43–62, S. 48 f.; Kunz (Fn. 72), S. 146 f.

101 Bärtschi, (Fn. 64), S. 314.

102 Böckli, (Fn. 1), § 12 Rz. 35 und Rz. 37; Forstmoser (Fn. 66), § 9 Rz. 51 ff.; *a.M.* BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716 OR N 7.

103 Bärtschi (Fn. 64), S. 314 und S. 316; Böckli, (Fn. 1), § 13 Rz. 448.

104 Für Beschlusscharakter mit einlässlicher Begründung Martina Isler, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Zürich/St. Gallen 2010, S. 47 ff.; *a.M.* Böckli, (Fn. 1), § 13 Rz. 455a; Peter V. Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 20 (2011), S. 155–168, S. 165.

105 Peter Forstmoser, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates: Möglichkeiten und Grenzen, SZW 66 (1994), S. 169–177, S. 173; Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 455a.

Geschäftsführungsorgane einwilligt,[106] da dies dem Sinn des Verantwortlichkeitsrechts widersprechen würde. Das Verantwortlichkeitsrecht ordnet einen Schadensausgleich an; diesen soll der Verwaltungsrat nicht durch Zustimmung zu Gunsten seiner Mitglieder und zu Lasten der Aktionäre und Gläubiger unterlaufen können.[107] Ohnehin dürften sich die genehmigenden Verwaltungsratsmitglieder dabei in einem Interessekonflikt befinden.

3. Voraussetzungen und Tragweite der Einwilligung

Neben den allgemeinen Anforderungen an die Einwilligung (insbesondere die Verfügungsfähigkeit über das Rechtsgut), der Beachtung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung und des Stimmrechtsausschlusses gemäss Art. 695 OR (per analogiam),[108] wird vorausgesetzt, dass eine *informierte Einwilligung* («informed consent») vorliegt.[109] Namentlich muss der Einwilligende mit einer Konsequenz nach Art und Schwere der Eingetretenen rechnen.[110] Dafür ist ausreichend, wenn bestimmte Geschäftspraktiken *generell* bekannt sind und geduldet werden, auch wenn das *konkrete* Geschäft nicht genehmigt wurde.[111] Im Ergebnis dürfte die Rechtsprechung zu den «bekanntgegebenen Tatsachen» bei der Décharge einschlägig sein.[112] Entsprechend darf die Einwilligung in der Praxis nicht überschätzt werden. Wenn sich die der Einwilligung zugrunde liegenden Tatsachen ändern, deckt die Einwilligung das nachfolgende Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds nicht mehr ab. Ein umsichtiges Verwaltungsratsmitglied muss bei veränderten Umständen einen Kurswechsel einschlagen.

Sind die Voraussetzungen einer echten Einwilligung nicht erfüllt, wird die Pflichtverletzung nicht aufgehoben. Eine *ungültige* bzw. *unechte Einwilligung* bleibt jedoch nicht wirkungslos: Ein Gericht kann nach Art. 44 Abs. 1 OR die Schadenersatzpflicht in einem solchen Fall ermässigen oder das beklagte Verwaltungsratsmitglied gänzlich von ihr entbinden.[113] Wusste der zustimmende Aktionär hingegen von der Ungültigkeit der Einwilligung, kann eine Klage in gewissen Konstellationen am Rechtsmissbrauchsverbot schei-

106 Kunz (Fn. 72), S. 146; sowohl BGE 83 II 57 E. 2.

107 Kurt Sieger, das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts: und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1979, S. 135; Michael Lazopoulos, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 182.

108 Zur analogen Anwendung des Stimmrechtsausschlusses auf Personen, die in die Geschäftsführung involviert sind, Patrick Schleifer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Bern 1993, S. 202.

109 Schnyder (Fn. 100), S. 50 ff.

110 Marianne Zeder, Haftungsbefreiung durch Einwilligung des Geschädigten, Zürich 1999, 38 f.

111 BGer 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.2.1.

112 Vgl. BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.3 (m.w.N.; keine Offenlegung des Interessenkonflikts); Isler (Fn. 104), S. 138 ff.; Schnyder (Fn. 100), S. 51.

113 BGE 130 III 182 E. 5.5.2; BGE 127 III 453 E. 8c.

tern.[114] Ferner ist eine ungültige Einwilligung im Rahmen der Befragung der Aktionäre zu Geschäftsführungsaufgaben in jedem Fall ein wichtiges Indiz für das Aktionärs- und damit auch für das Gesellschaftsinteresse.

4. *Fazit und Bedeutung der Einwilligung*

Die Einwilligung des Geschädigten spielt eine gewisse Rolle, was auch die zitierte Rechtsprechung belegt. Allerdings wird die Tragweite der Einwilligung – wie diejenige der Décharge – teilweise überschätzt, da eine Einwilligung lediglich für bekanntgegebene Tatsachen wirkt. Am meisten Erfolg beschieden ist dieser Abwehrmöglichkeit, wenn ein Verwaltungsratsmitglied belegen kann, dass ein Alleinaktionär das Handeln der Verwaltungsratsmitglieder toleriert hat. Gerade in dieser Konstellation dürfte allerdings dogmatisch gar keine Einwilligung vorliegen, sondern es sich um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots handeln.

IV. Zusätzliche Rechtfertigungsgründe

1. *Notwehr, Notstand, Selbsthilfe und Wahrung berechtigter Interessen*

Neben der Einwilligung sind in Art. 52 OR weitere Rechtfertigungsgründe vorgesehen, namentlich die *Notwehr* (Abs. 1), der *Notstand* (Abs. 2) und die *Selbsthilfe* (Abs. 3). Wie die Einwilligung schliessen sie eine Pflichtverletzung aus,[115] spielen in der bisherigen Rechtsprechung zur Organhaftung indes keine Rolle und werden auch in der Lehre nur marginal thematisiert. Dies dürfte zunächst daran liegen, dass – obwohl im Gesetz lediglich für die Selbsthilfe explizit vorgesehen – gemäss einem überwiegenden Teil der Lehre für all diese Rechtfertigungsgründe vorausgesetzt wird, dass «amtliche Hilfe» nicht rechtzeitig möglich ist.[116] Da die «amtliche Hilfe» auch den einstweiligen Rechtsschutz einschliesst,[117] ist der Anwendungsbereich dieser Rechtfertigungsgründe aufgrund ihrer Subsidiarität stark eingeschränkt.

Des Weiteren ist bei der Organhaftung eine *Notwehrsituation* kaum denkbar, da es zumeist an der Voraussetzung eines rechtswidrigen Angriffs[118] gegen ein

114 Bärtschi (Fn. 64), S. 317. Dies soll auch bei einer Konsultativabstimmung gelten (ZK-Tanner, Art. 698 OR N 42; Isler (Fn. 104), S. 137 f.).

115 BK-Brehm, Art. 52 OR N 4. Beim Notstand wird die Schadenersatzpflicht nicht a priori ausgeschlossen, sondern der Schadenersatz wird nach gerichtlichem Ermessen festgesetzt (Art. 52 Abs. 2 OR).

116 HaftpflichtKomm-Fischer, Art. 52 OR N 3 und N 30; Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, Zürich 1987 N 257 f.; *a.M.* BK-Brehm, Art. 52 OR N 66.

117 BSK OR I-Kessler, Art. 52 OR N 15.

118 Der rechtswidrige Angriff setzt einen Verstoss gegen ein absolutes Recht oder eine Schutznorm voraus (Oftinger/Stark (Fn. 116) N 261).

persönliches Rechtsgut fehlt.[119] Der Notstand, welcher einen drohenden Schaden bzw. eine unmittelbare Rechtsgutverletzung *(Notstandslage)* voraussetzt, ist im Aktienrecht grundsätzlich möglich, dürfte aber nur in Ausnahmefällen einen Eingriff in fremdes Vermögen rechtfertigen.[120] Allenfalls könnte sich ein Verwaltungsratsmitglied in einer solchen Konstellation auch auf den Grundsatz der *«Wahrung berechtigter Interessen»* berufen, welchen das Bundesgericht als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund anerkannt hat. Die «Wahrung berechtigter Interessen» spielt indessen vorwiegend bei Persönlichkeitsverletzungen eine Rolle und wird ausserhalb dieses Bereichs nur mit Zurückhaltung angewendet.[121] Das Obergericht des Kantons Zürich hat die Wahrung des Gesellschaftsinteresses unter dem Titel «Wahrung berechtigter Interessen» geprüft, die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrunds jedoch mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Subsidiarität im konkreten Fall verneint.[122]

Einen Ausnahmefall bildet allenfalls ein *schwerer, unmittelbar bevorstehender Schaden* der Gesellschaft, welcher auf dem Gerichtsweg nicht oder nicht rechtzeitig verhindert werden kann. Dieser darf allerdings kein Freibrief für den Verwaltungsrat sein, sich aufgrund als Gefahr eingestufter Indizien über die Pflichten hinwegzusetzen; vielmehr muss er stets genau prüfen, ob Handlungsalternativen bestehen.[123] Aufgrund des Ausnahmecharakters ist es empfehlenswert, für eine solche Beurteilung externe Experten beizuziehen.[124]

2. *Rechtfertigende Pflichtenkollision*

Neben diesen im Zivilrecht anerkannten Rechtfertigungsgründen, wird in der Literatur zur Organhaftung vermehrt die sog. *«rechtfertigende Pflichtenkollision»* thematisiert.[125] Dieser notstandsähnliche Rechtfertigungsgrund findet seinen Ursprung im Strafrecht und wurde im Zivilrecht bislang nicht fruchtbar gemacht. Während die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen wider-

119 OGer ZH SB120435 vom 7. Mai 2013 E. 1.3.2; vgl. BK-Brehm, Art. 52 OR N 8 ff.

120 Gerhard (Fn. 35), S. 265 Fn. 116; Isler/Schott (Fn. 19), S. 30 f. («Krisensituation»), jedoch unter dem Titel «Pflichtenkollision»; vgl. zum dt. Recht Eike Bicker, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, S. 8–14, S. 11.

121 BSK OR I-Kessler, Art. 52 OR N 23c.

122 OGer ZH SB120435 vom 7. Mai 2013 E. 1.3.2.d), wonach zunächst alle milderen, insbesondere alle legalen, Mittel ausgeschöpft werden müssen. Im Ergebnis dürfte dies auf die gleiche Einschränkung wie bei den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 52 OR («amtliche Hilfe» nicht rechtzeitig möglich) führen.

123 Vgl. zum Ganzen Bicker (Fn. 120), S. 11.

124 Oliver Kälin, Fehlerhafter Expertenrat – wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen?, GesKR 2016, S. 214–220, S. 220 (generell kritisch gegenüber unternehmensinternen Experten).

125 Jenny (Fn. 4), Fn. 1180 und Fn. 1398; Gerhard, (Fn. 35), S. 265 f.; Isler/Schott (Fn. 19), S. 30 f.; vgl. zum deutschen Recht Holger Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und «nützliche» Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, S. 141–152, S. 150; Bicker (Fn. 120), S. 11.

sprechenden Regelungen in den Statuten und im Organisationsreglement vorgehen dürften,[126] ist bislang ungeklärt, ob bei einer *Kollision verschiedener gesetzlicher Bestimmungen* der Verwaltungsrat die Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht mit der Erfüllung einer anderen gesetzlichen Pflicht rechtfertigen kann.

Es sind Konstellationen denkbar, in welchen sich konkrete gesetzliche Pflichten widersprechen[127] und der Verwaltungsrat sich in einer Art Zwangslage wiederfindet. In einer solchen Konstellation muss er eine sorgfältige Analyse der sich widersprechenden Bestimmungen und Interessen vornehmen und derjenigen gesetzlichen Pflicht bzw. denjenigen Interessen den Vorrang einräumen, welche im (besten) Gesellschaftsinteresse liegen. Geht ein Verwaltungsratsmitglied so vor, kann es nicht haftbar gemacht werden, was mit einer rechtfertigenden Pflichtenkollision begründet werden könnte.[128] Bei einer Kollision einer konkreten gesetzlichen Pflicht mit der Treuepflicht dürfte das Gesellschaftsinteresse jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen eine Gesetzesverletzung rechtfertigen. Andernfalls würde das Legalitätsprinzip untergraben und der Verwaltungsrat unter dem Titel des Gesellschaftsinteresses dazu verleitet, aus ökonomischen Überlegungen bestimmte Gesetzesverletzungen in Kauf zu nehmen (sog. «nützliche Pflichtverletzung»).[129] In jedem Fall zeigt die in der Literatur thematisierte rechtfertigende Pflichtenkollision das Bedürfnis, das Haftungsrisiko der Verwaltungsratsmitglieder angesichts der zunehmenden Pflichten in Ausnahmesituationen zu entschärfen.

V. Weitere Abwehrmöglichkeiten

1. Keine Zustimmung zum haftungsbegründenden Entscheid

In der Praxis wird häufig die «Nichtzustimmung» zum haftungsbegründenden Verwaltungsratsbeschluss als Abwehrmöglichkeit ins Feld geführt. Als Grund für die Nichtzustimmung kommen eine Nein-Stimme, die Stimmenthaltung, der Ausstand oder die Nichtteilnahme an der fraglichen Sitzung in Frage.[130]

126 Vgl. Forstmoser (Fn. 66), § 14 Rz. 1. Nach der Theorie des sog. «doppelten Pflichtennexus» geht im Kollisionsfall das (gesetzlich definierte) Gesellschaftsinteresse gegenüber (vertraglichen) Drittinteressen vor (BGer 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 6 (obiter dictum); BGE 66 II 43 E. 6c); vgl. betreffend den Vollzug eines dem Gesetz widersprechenden Generalversammlungsbeschlusses Böckli (Fn. 1), § 13 Rz. 400.

127 Vgl. das Beispiel bei Gerhard (Fn. 35), S. 265 (Konflikt zwischen schweizerischem Bankenrecht und US-Aufsichtsrecht).

128 Ähnlich Gerhard (Fn. 35), S. 265; vgl. zum dt. Recht Fleischer (Fn. 125), S. 150; Bicker (Fn. 120), S. 11.

129 Ähnlich Gerhard (Fn. 35), S. 265 (im Zusammenhang mit der Legal Judgment Rule); vgl. das Beispiel bei Isler/Schott (Fn. 19), S. 30 f. («Krisensituation»).

130 Zum Ganzen Rolf Watter/Ines Pöschel, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 2011, S. 14–19, S. 14 f.

Die Problematik wird teilweise unter der Voraussetzung der Pflichtverletzung, teilweise unter der Voraussetzung des Verschuldens abgehandelt.[131]

Die Nichtzustimmung zum haftungsbegründenden Verwaltungsratsbeschluss schliesst eine Pflichtverletzung nur aus, wenn ein Verwaltungsratsmitglied seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist. Darunter fallen gemäss Watter/Pöschel neben der sorgfältigen Vorbereitung der Sitzung unter anderem die Pflicht, (i) seine eigene Meinung kundzutun, wenn der Entscheid in die «falsche» Richtung geht; (ii) eine abweichende Meinung protokollieren zu lassen; (iii) unter gewissen Umständen die Wiedererwägung des Entscheids zu verlangen; (iv) ein Ausstandsgesuch nicht leichtfertig zu stellen und, im Falle des Ausstands, die eigenen Argumente einzubringen versuchen; sowie (v) den Rücktritt einzureichen, sofern den Mitwirkungspflichten voraussichtlich über längere Zeit nicht nachgelebt werden kann.[132]

Folglich schliesst eine (kommentarlose) Stimmenthaltung die Pflichtverletzung nicht aus. Auch eine Nein-Stimme schliesst die Pflichtwidrigkeit nur aus, wenn die Ablehnung begründet und (für Beweiszwecke) protokolliert wurde, wobei die Opposition andauern muss. Wenn die Opposition auf Dauer nicht gelingt, bietet letztlich nur der Rücktritt (ab dem Rücktrittszeitpunkt) einen wirksamen Schutz. Bei Abwesenheit muss sich das Verwaltungsratsmitglied vor und nach dem Geschäft einbringen und allenfalls eine Wiedererwägung beantragen.[133] Zusammenfassend dürfte die Nichtzustimmung zu einem Verwaltungsratsbeschluss nur in wenigen Fällen die Pflichtverletzung ausschliessen; sie kann jedoch beim Verschulden berücksichtigt werden.[134]

2. Vorrangiges Konzerninteresse

In einem Konzern stellt sich die Frage, ob sich ein Verwaltungsratsmitglied einer Konzerngesellschaft auf ein «vorrangiges Konzerninteresse» berufen kann. Auch wenn der eigenständige Einwand eines «vorrangigen Konzerninteresses» mit Hinweis auf die strenge Bundesgerichtspraxis häufig verneint wird, ist die Einbettung einer Gesellschaft in einen Konzern bei der Beurteilung der Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds und der Definition des Gesellschafts-

131 Watter/Poschel (Fn. 130), S. 16 f. (bei der Pflichtwidrigkeit); BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 OR N 33 (beim Verschulden); HGer ZH HG 120149 vom 26. Januar 2015 E. 7.5.1 (beim Verschulden).

132 Watter/Poschel (Fn. 130), S. 17.

133 Vgl. zum Ganzen Bärtschi (Fn. 64), S. 244; Jenny (Fn. 4), Rz. 835. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat offen gelassen, ob eine Abwesenheit aufgrund anderweitiger beruflicher Pflichten eine Haftung ausschliesst, zumal der Sitzungskalender der ordentlichen Verwaltungsratssitzungen jeweils ein Jahr im Voraus festgelegt wurde (HGer ZH HG 120149 vom 26. Januar 2015 E. 7.5.1 (beim Verschulden geprüft)).

134 Vgl. dazu Georg Zondler, Les absents ont toujours tort?, Überlegungen zur Situation abwesender Verwaltungsratsmitglieder, in: Gaudenz Zindel et al. (Hrsg.), Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, S. 201–214, S. 205 ff.

interesses zu berücksichtigen.[135] Dies kommt in einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich deutlich zum Ausdruck: Auch wenn «ein Geschäft isoliert betrachtet für eine Konzerngesellschaft nachteilig erscheint, [können] die Vorteile der Konzernzugehörigkeit so gross [sein], dass die Nachteile des konkreten Geschäfts im Interesse des Weiterbestandes des Konzerns gerechtfertigt erscheinen».[136] Nichtsdestoweniger muss der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft das Interesse «seiner» Gesellschaft (unter Einbezug des Konzernsachverhalts) und nicht das Konzerninteresse wahren. Zudem ist zu beachten, dass Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns vielfach zur Organhaftungen führen,[137] und bei Transaktionen zwischen Konzerngesellschaften häufig Interessenkonflikte bestehen, was wiederum eine erfolgreiche Berufung auf die BJR ausschliessen kann.[138]

VI. Geltendmachung der Abwehrmöglichkeiten

Die materiell-rechtlichen Verteidigungsmittel lassen sich gemäss der im allgemeinen Schuldrecht bestehenden Klassifizierung in (i) Einwendungen, (ii) Einreden und (iii) Bestreitungen unterteilen.[139] Diese Unterteilung ist für die Geltendmachung der Abwehrmöglichkeiten relevant. Von den besprochenen Abwehrmöglichkeiten qualifizieren die Arbeitsteilung und die Rechtfertigungsgründe (inklusive Einwilligung) im Sinne dieses «Regel-Ausnahme-Verhältnisses» als *Einwendungen*.[140] Alle übrigen Abwehrmöglichkeiten stellen *Bestreitungen* dar. Der Unterschied zwischen einer Bestreitung und Einwendung lässt sich wie folgt umschreiben: Während das belangte Organmitglied bei der Bestreitung Tatsachen vorbringt, welche sich gegen die Anspruchsvoraussetzungen bzw. das Klagefundament (also die «Regel») richten, wird bei der Einwendung eine Ausnahme von dieser Regel (sog. «Regel-Ausnahme-Verhältnis») vorgebracht.[141]

135 Peter Böckli, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, S. 203–245, S. 233 ff.; OGer ZH LB090023 vom 16. Mai 2011 E. III.2.2/D/bb.

136 OGer ZH LB090023 vom 16. Mai 2011 E. III.2.2d)bb).

137 Vgl. vorne Ziff. B.II.

138 Vgl. vorne Ziff. C.I.2.b.

139 Schaller (Fn. 27), Rz. 928 ff.

140 Jenny (Fn. 4), Rz. 346, Rz. 377 und Rz. 669 (betr. Delegation). Die Pflichtendifferenzierung bei der Arbeitsteilung könnte auch als Bestreitung qualifiziert werden (Jenny (Fn. 4), Rz. 821 ff.).

141 Schaller (Fn. 27), S. 101.

1. Einwendungen

a. Voraussetzungen und Geltendmachung

Einwendungen können wiederum danach unterteilt werden, ob sie ihren Ursprung (i) in der Sphäre des Anspruchsberechtigten oder (ii) in der Sphäre des Anspruchsgegners, d.h. des beklagten Verwaltungsratsmitglieds, haben. Diese Unterscheidung spielt für die Prüfung der Voraussetzungen und die Geltendmachung der Einwendungen eine Rolle.

Eine Einwendung hat ihren Ursprung in der Sphäre des *Anspruchsberechtigten*, wenn sie von der Person des Anspruchsberechtigten bzw. dem konkret geltend gemachten Anspruch abhängig ist.[142] Diese Erkenntnis ist von zentraler Bedeutung bei der Geltendmachung des Gesellschaftsschadens: Nach der hier vertretenen Auffassung machen die neben der Gesellschaft in Art. 756 f. OR genannten Klageberechtigten (Aktionäre, Konkursverwaltung und Gläubiger) keinen eigenen Anspruch geltend, sondern denjenigen der Gesellschaft in *Prozessstandschaft*.[143] In dieser Konstellation ist für die *Prüfung der Voraussetzungen* und die *Durchsetzung* dieser Abwehrmöglichkeit grundsätzlich auf die Person des *Anspruchsberechtigten* abzustellen, nicht etwa auf die Person des Klägers.[144]

Von den dargestellten Einwendungen hat einzig die Einwilligung des Geschädigten ihren Ursprung in der Sphäre des Anspruchsberechtigten. Bei einer Einwilligung ist also *zu unterscheiden, welcher Anspruch* bzw. *welche Schadenskonstellation* geltend gemacht wird. Folglich ist beim Gesellschaftsschaden einzig auf die Einwilligung der anspruchsberechtigten Gesellschaft abzustellen. Diese kann der Gesellschaft und den weiteren Klageberechtigten gemäss Art. 757 OR (Aktionäre, Konkursverwaltung und Gläubiger) entgegengehalten werden, nicht hingegen die persönliche Einwilligung des klagenden Aktionärs oder Gläubigers.[145]

Wird jedoch ein *direkter Aktionärs- oder Gläubigerschaden* eingeklagt, so ist die Einwilligung des anspruchsberechtigten Aktionärs oder Gläubigers relevant.[146] Nur eine solche persönliche Einwilligung kann dem direkt geschädig-

142 Jenny (Fn. 4), Rz. 245 ff.; vgl. Kunz (Fn. 72), S. 130 («klägerseitige» vs. «beklagtenseitige» Einreden).

143 BGE 132 III 342 E. 4.3 (Qualifikation ausser Konkurs); BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2002 E. 2.1.2; Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel/Genf/München 2006, S. 37 f.; ausführlich Jenny (Fn. 4), Rz. 117 ff. (insb. Rz. 145–148, Rz. 191–194, Rz. 199 und Rz. 203); *a.M.* die Vertreter der Doppelnatur bzw. der Klage aus eigenem Recht: Peter Forstmoser, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz. 41; Kunz (Fn. 72), S. 88 ff.; Damian Graf, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, S. 380–394, S. 386 f.

144 Jenny (Fn. 4), Rz. 940.

145 Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, S. 1485–1495, S. 1487 und S. 1493; Jenny (Fn. 4), Rz. 325 sowie Rz. 740 f. zu einem ausnahmsweise anwendbaren «Einwendungs- bzw. Einrededurchgriff».

146 Vgl. Vischer (Fn. 145), S. 1487 und S. 1493.

ten Aktionär oder Gläubiger entgegengehalten werden, nicht aber diejenige der Gesellschaft.

Alle anderen Einwendungen gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung (d.h. die zusätzlichen Rechtfertigungsgründe und die Arbeitsteilung) haben ihren Ursprung *nicht* in der Sphäre des *Anspruchsberechtigten*, weil sie von der Person des Anspruchsberechtigten bzw. vom konkret geltend gemachten Anspruch unabhängig sind.[147] Entsprechend muss für die Prüfung der Voraussetzungen dieser Einwendungen sowie deren Durchsetzung nicht nach dem Anspruchsberechtigten bzw. konkret geltend gemachten Anspruch differenziert werden.

b. Einschränkungen der Geltendmachung im Konkurs («Raschein Praxis»)

Aufgrund der bundesgerichtlichen «Raschein Praxis» können gewisse Abwehrmöglichkeiten im Konkurs der geschädigten Gesellschaft nicht vorgebracht werden. Gemäss dieser Praxis wird im Konkurs der geschädigten Gesellschaft der Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst.[148] Folge davon ist, dass diejenigen Einwendungen (und Einreden) ausgeschlossen werden, «die einem Abtretungsgläubiger gegenüber nicht gerechtfertigt sind».[149] Massgebliches Kriterium hierfür ist die *Willensbildung der Gesellschaft*: Demnach sind diejenigen Einwendungen und Einreden ausgeschlossen, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruhen. Für Einwendungen und Einreden, «die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben, rechtfertigt sich dagegen der Ausschluss nicht.»[150] Die «Raschein Praxis» ist im Ergebnis zwar richtig, um zu vermeiden, dass die Gesellschaft durch gesellschaftsinterne Vorgänge die Durchsetzung des Gesellschaftsschadens durch weitere Klageberechtigte vereiteln kann. Hierfür muss jedoch nicht auf den dogmatischen Kunstgriff der Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit zurückgegriffen werden. Vielmehr bieten sich die (beschränkten) Wirkungen der Décharge als Analogon für die Beurteilung solcher gesellschaftsinternen Vorgänge an.[151]

Bei den vorliegend untersuchten Einwendungen ist einzig die Einwilligung der Gesellschaft von deren Willensbildung abhängig. Diese Einwendung kann in Übereinstimmung mit der «Raschein Praxis» im Konkurs der geschädigten Gesellschaft gegenüber der Konkursverwaltung, einem Gläubiger oder Aktionär *nicht* geltend gemacht werden.[152]

147 Jenny (Fn. 4), Rz. 670 (zur Delegation).
148 BGE 117 II 432 E. 1b/ee.
149 Zum Ganzen BGE 132 III 342 E. 4.4 («Schaumglas»); bestätigt in BGE 136 III 107 E. 2.5.1.
150 BGE 132 III 342 E. 4.4 («Schaumglas»).
151 Jenny (Fn. 4), Rz. 186.
152 Markus Vischer (Fn. 145), S. 1489.

2. Bestreitungen

Die Durchsetzung der Bestreitung einer behaupteten Pflichtverletzung stellt sich einfacher dar: Bestreitungen können *unabhängig vom Anspruchsberechtigten* oder konkreten Anspruch vorgebracht werden und erfahren auch *keine Einschränkung durch die «Raschein Praxis»* im Konkurs der geschädigten Gesellschaft.[153] Als Bestreitungen gelten die BJR, die Nichtzustimmung zum haftungsbegründenden Entscheid, der Einwand des Konzerninteresses und das Abstellen auf Experten (soweit nicht dem Verschulden zugeordnet).

3. Beweislast

In Übereinstimmung mit der allgemeinen Beweislastregel nach Art. 8 ZGB liegt die Beweislast für das Vorliegen der Pflichtverletzung beim Kläger.[154] Das beklagte Verwaltungsratsmitglied trifft nur – aber immerhin – eine Bestreitungslast.[155] Anders gestaltet sich die Beweislast bei den Einwendungen: Dort trägt sie das beklagte Verwaltungsratsmitglied (Art. 8 ZGB). Somit ist das beklagte Verwaltungsratsmitglied bei den Rechtfertigungsgründen und der Arbeitsteilung für das Vorliegen der Tatsachen, welche diesen Einwendungen zugrunde liegen, beweispflichtig.[156]

D. Schlussbetrachtung

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass einem Verwaltungsratsmitglied in einem Verantwortlichkeitsprozess neben der generellen Bestreitung der konkret vorgeworfenen Pflichtverletzung, mehrere weitere Abwehrmöglichkeiten gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung zur Verfügung stehen. Die Untersuchung liefert wertvolle Erkenntnisse, wie Pflichtverletzungen durch *präventive Massnahmen* vorgebeugt werden können: Zunächst sollten die Verwaltungsratsmitglieder denjenigen gesetzlichen Pflichten, deren Verletzung in der Praxis besonders häufig zu einer Organhaftung führt,[157] ein besonderes Augenmerk schenken und diesbezüglich eine effektive Compliance einrichten. Weiter ist der Beachtung *formeller Gesichtspunkte* ein starkes Gewicht zuzumessen: So muss im Hinblick auf die Anwendbarkeit der BJR sichergestellt sein, dass der Entscheid in einem einwandfreien Entscheidprozess, auf einer angemessenen Informationsbasis und frei von Interessenkonflikten getroffen wird

153 Jenny (Fn. 4), Rz. 861.
154 BSK ZGB I-Lardelli, Art. 8 ZGB N 45 ff.; Harald Bartschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, S. 204.
155 Jürgen C. Brönnimann, Die Behauptungs- und Substantiierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 173.
156 Vgl. BK-Walter, Art. 8 ZGB N 281.
157 Vgl. vorne Ziff. B.II.

(letzteres ist in Konzernsachverhalten besonders wichtig). Die Delegation ist gestützt auf eine statutarische Grundlage und in einem aktuellen Organisationsreglement zu regeln. Ferner sollten Verwaltungsratsmitglieder für eine (ausführliche) Protokollierung (i) der Beschlussfassung über Geschäftsentscheide (BJR), (ii) der Einwilligung des Alleinaktionärs oder (iii) bei Nichtzustimmung zu einem haftungsbegründenden Entscheid sorgen. Bei Geschäftsentscheiden sind zudem die Überlegungen zur Vertretbarkeit des Entscheids sowie dessen Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsinteresse bestmöglich zu dokumentieren. Eine weitere präventive Massnahme zur Deckung von Schadensfällen infolge einer Pflichtverletzung ist schliesslich der Abschluss einer Organhaftpflichtversicherung.[158]

Aus *legislatorischer Sicht* stellt sich die Frage, ob einzelne Abwehrmöglichkeiten sowie deren Geltendmachung de lege ferenda im Gesetz verankert werden sollen. Nach derzeitigem Stand der Aktienrechtsrevision sind diesbezüglich keine Änderungen vorgesehen. Aufdrängen würde sich eine *Kodifizierung* der durch das Bundesgericht entwickelten *BJR (helvetischer Prägung)*, namentlich könnte die neuste Formel des Bundesgerichts in den Gesetzestext aufgenommen werden. Im übrigen deutschsprachigen Rechtskreis ist die BJR bereits kodifiziert.[159] Zudem ist auch eine Normierung der «Raschein Praxis» erwägenswert. Diese Gesetzesänderungen würden die Rechtssicherheit und die Effizienz der Rechtsanwendung erhöhen. Gleichzeitig wäre bei der Ausarbeitung einer gesetzlichen Grundlage jeweils darauf zu achten, nur die Grundsätze zu normieren, um die fortlaufende Weiterentwicklung der Organhaftung durch die Gerichte nicht zu untergraben.

Zusammenfassung

Der Vorwurf der Pflichtverletzung stellt nicht nur eine Frage der Haftung dar, sondern ist auch aus reputationeller Sicht für ein Verwaltungsratsmitglied abträglich, weshalb der Abwehr dieses Vorwurfs grosse Bedeutung zukommt. Die Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds sind primär im Gesetz, in den Statuten und im Organisationsreglement umschrieben. Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die (behauptete) Verletzung gewisser gesetzlicher Pflichten besonders häufig zu Verantwortlichkeitsprozessen führt (z.B. Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und Nahestehenden ohne entsprechende Gegenleistung oder Sicherheit sowie die Missachtung von Buchführungs- oder Kapitalschutzvorschriften).

158 Jenny/von Zedtwitz (Fn. 14), S. 178 ff.

159 § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Deutschland); Art. 84 Abs. 1a AktG und Art. 25 Abs. 1a GmbHG (Österreich) sowie Art. 182 Abs. 2 S. 2 PGR (Liechtenstein).

Als Abwehrmöglichkeit wird vorliegend jedes materiell-rechtliche Verteidigungsmittel verstanden, womit sich ein belangtes Verwaltungsratsmitglied gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung wehren kann. Neben der generellen Bestreitung der konkret vorgeworfenen Pflichtverletzung bestehen insbesondere die folgenden Abwehrmöglichkeiten: (i) Business Judgment Rule, (ii) Arbeitsteilung, (iii) Einwilligung, (iv) zusätzliche Rechtfertigungsgründe (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Wahrung berechtigter Interessen und rechtfertigende Pflichtenkollision), (v) keine Zustimmung zum haftungsbegründen Sachverhalt und (vi) vorrangiges Konzerninteresse. In der Praxis sind die Business Judgment Rule und die Arbeitsteilung von grösster Relevanz. Eine Untersuchung dieser Abwehrmöglichkeiten zeigt schliesslich, dass formalen Aspekten eine besondere Bedeutung zugemessen werden sollte.

Résumé

Le grief du manquement aux obligations n'est pas seulement une question de responsabilité, mais nuit également à la réputation d'un membre du conseil d'administration et pour ce motif, la défense contre ledit grief revêt une grande importance. Ce sont en premier lieu la loi, les statuts et le règlement d'organisation qui définissent les obligations d'un membre du conseil d'administration. Une analyse de la jurisprudence montre que la violation de certaines obligations légales est particulièrement souvent à l'origine de procès en responsabilité (p.ex. des transferts de patrimoine entre la société et des proches sans contreprestations correspondante et sans garanties ainsi que le manquement aux obligations de tenue d'une comptabilité ou aux règles de préservation du capital).
Est ici considérée comme possibilité de défense tout moyen de défense de droit matériel qui permet à un membre du conseil d'administration de se défendre contre le grief du manquement aux obligations. Outre la contestation générale du manquement aux obligations concrètement invoqué, ce sont notamment les possibilités de défense suivantes qui s'offrent: (i) Business Judgment Rule, (ii) répartition des tâches du travail, (iii) consentement, (iv) motifs de justification supplémentaires (légitime défense, état de nécessité, recours à la force pour protéger ses droits, sauvegarde d'intérêts légitimes et collision des devoirs constituant un fait justificatif), (v) absence d'assentiment à l'état de fait fondant la responsabilité et (vi) intérêt prépondérant du groupe. Dans la pratique, ce sont la Business Judgment Rule et la répartition des tâches du travail qui sont d'une importance fondamentale. Un examen de ces possibilités de défense montre finalement qu'une attention particulière devrait être accordée aux aspects formels.