



Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche

OLIVER KÄLIN

Die Frage nach der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche wurde schon oft beantwortet, meist mit unterschiedlichem Ergebnis. Der vorliegende Aufsatz stellt die Frage erneut und kommt zum Schluss, dass es sich um ausservertragliches Haftpflichtrecht handelt.

Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht ist ein reiner Vermögensschaden dann widerrechtlich, wenn der Schädiger mit seinem Verhalten gegen eine Schutznorm verstösst. Ob dies in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch so sein muss, ist fraglich. Bei der Untersuchung der Tatbestände in Art. 752 bis Art. 755 OR stellt man fest, dass diese verschiedene Anforderungen an die Widerrechtlichkeit stellen: Während in Art. 752, Art. 753 und Art. 755 OR die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht genügt, verlangt Art. 754 OR den Verstoß gegen eine Schutznorm. Aus dogmatischer Sicht sind unterschiedliche Widerrechtlichkeiten nicht begründbar und aus praktischer Sicht sind sie nicht notwendig. Das Verantwortlichkeitsrecht könnte somit vereinheitlicht werden, indem auf die Schutznormtheorie verzichtet wird.

La question de la nature juridique des prétentions en responsabilité fondées sur le droit de la société anonyme a maintes fois été traitée, avec des résultats souvent différents. Le présent article soulève une nouvelle fois la question et parvient à la conclusion qu'il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle.

En matière de responsabilité extracontractuelle, un préjudice purement patrimonial est illicite lorsque son auteur enfreint par son comportement une norme de protection. La question se pose de savoir si cela s'applique également à la responsabilité fondée sur le droit de la société anonyme. Un examen des situations retenues aux art. 752 à 755 CO permet de constater que ces dispositions fixent différentes exigences quant à l'illicéité : Alors que la violation d'une obligation découlant du droit de la société anonyme est suffisante aux art. 752, 753 et 755 CO, l'art. 754 CO exige la violation d'une norme de protection. D'un point de vue dogmatique, des notions différentes de l'illicéité ne se justifient pas ; elles ne sont en outre pas nécessaires au niveau de la pratique. Le droit de la responsabilité pourrait donc être harmonisé en renonçant à la théorie de la norme de protection (« Schutznormtheorie »).

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche
 - A. Meinungsübersicht
 - B. Prospekthaftung (Art. 752 OR)
 - C. Gründungshaftung (Art. 753 OR)
 - D. Geschäftsführungshaftung (Art. 754 OR)
 - E. Revisionshaftung (Art. 755 OR)
 - F. Fazit und Folge
- III. Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung
 - A. Geltendmachen des Aktionärs- oder Gläubigerschadens im und ausser Konkurs
 - B. Widerrechtlichkeit nach Art. 752, Art. 753 und Art. 755 OR
 - C. Widerrechtlichkeit nach Art. 754 OR
 1. Problemstellung
 2. Lösungsansatz: Abkehr von der Schutznormtheorie
 - D. Haftungserweiterung?
- IV. Verhältnis zu Art. 41 ff. OR
- V. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Ob es sich bei den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen um vertragliche oder um ausserver-

tragliche¹ Haftpflichtansprüche handelt, ist umstritten. Bereits unter altOR 1881 war man sich uneins. WIELAND bemerkte 1904: «So klar der Wortlaut von Art. 674 O.R.² zu sein scheint, so bestritten ist sein Inhalt. Streitig ist zunächst, ob die Klage aus Art. 674 Kontraks- oder Deliktssklage ist.»³

Die seit über einem Jahrhundert nicht abschliessend geklärte Rechtsnatur wirkt sich in dreifacher Hinsicht aus: Sie beeinflusst zunächst die Beweislastverteilung im Verantwortlichkeitsprozess. Während bei vertraglichen Haftpflichtansprüchen das Verschulden vermutet wird, muss es bei ausservertraglichen Ansprüchen vom Kläger bewiesen werden (Art. 8 ZGB).⁴ Aufgrund des objekti-

¹ Genauer *deliktische* Ansprüche. Die weit gefassten Begriffe «ausservertragliche Haftung» und «Haftung aus unerlaubter Handlung» haben den gleichen Inhalt; die «Deliktshaftung» umfasst demgegenüber nur die Verschuldenshaftung, nicht aber die Kausalhaftung (HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, Rz. 11).

² Der dem heutigen Art. 754 OR entspricht.

³ ALFRED WIELAND, Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach O.R. Art. 674, ZSR Band 23 N.F. (1904), 260–294, 260.

⁴ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 Rz. 35; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und

vierten Fahrlässigkeitsbegriffs⁵ hat die Beweislastverteilung allerdings wenig Bedeutung⁶ und wird im Folgenden nicht weiter diskutiert.

Bedeutender ist die Rechtsnatur für Anspruchskonkurrenzen: Sind Verantwortlichkeitsansprüche vertragliche Ansprüche, bestehen sie neben den ausservertraglichen Ansprüchen nach Art. 41 ff. OR und konkurrieren mit diesen. Sind Verantwortlichkeitsansprüche ausservertragliche Ansprüche, stellt sich die Frage, ob sie mit den An-

sprüchen nach Art. 41 ff. OR ebenfalls konkurrieren oder ob sie diese als *lex specialis*⁷ verdrängen.⁸

An die Rechtsnatur knüpft schliesslich die Frage an, welchen Anforderungen die Widerrechtlichkeit genügen muss: Handelt es sich bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit um ausservertragliches Haftpflichtrecht, stellt sich die Frage nach den Anforderungen an das Verhaltensunrecht.⁹ Mit anderen Worten bleibt zu untersuchen, ob ein reiner Vermögensschaden¹⁰ bereits widerrechtlich ist, wenn der Schädiger eine aktienrechtliche Pflicht verletzt oder ob er zusätzlich gegen eine Schutznorm verstossen muss.

Im Folgenden steht zunächst die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche im Mittelpunkt. Anschliessend geht es um die Frage, inwieweit die Schutzzwecklehre in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Anwendung finden soll. Und zum Schluss wird das Verhältnis zwischen den Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und den Haftpflichtansprüchen nach Art. 41 ff. OR geklärt.

II. Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche

A. Meinungsübersicht

Zur Frage der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche haben sich in der Lehre vier Meinungen gebildet: Die *erste Gruppe von Autoren* vertritt die Auffassung, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit insgesamt eine gesonderte Regelung der ausservertraglichen Haftpflicht

Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. A., Zürich 1987, Rz. 133; URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Habil., Zürich 1999, Rz. 9; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, Rz. 22.29; für Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 754 OR: BGE 132 III 564 Erw. 4.2 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 382; BGE 4A_120/2013 Erw. 3 = Pra 103 (2014) Nr. 80 S. 596.

⁵ BGE 4A_74/2012 Erw. 5; BGE 4C.358/2005 Erw. 5.6 (= BGE 133 III 116, wobei Erw. 5.6 nicht publiziert ist); ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, Art. 717 N 821; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 Rz. 430; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 292; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., SSHW Band 210, Zürich 2001, 301; ebenso im allgemeinen Haftpflichtrecht (HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, sechster Band, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, erster Teilband, Basel 1984, 218; REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 843 ff.; SCHWENZER, OR AT [FN 4], Rz. 22.14). Nicht objektiviert wird der Vorsatz, da der Schädiger beim Vorsatz nicht eine Sorgfaltspflicht verletzt, sondern den Eintritt des Schadens bewusst will oder billigend in Kauf nimmt (KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Teilband, Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 5 Rz. 51 Fn. 50; auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit [oben], 304 f.). Ein objektivierter Verschuldens- oder Fahrlässigkeitsmassstab bedeutet, dass die persönliche Vorwerfbarkeit des Schädigers (z.B. Zeitmangel, Unkenntnis oder Unfähigkeit) unbeachtlich bleibt (PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung – Personal Liability under Swiss Corporate Law, Associated risks and their avoidance, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 139; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A., Basel 2012, Art. 754 N 32; SCHWENZER, OR AT [FN 4], Rz. 22.17). Das Verhalten des Schädigers ist aufgrund der objektivierten Betrachtungsweise mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen und vernünftigen Menschen in derselben Situation zu vergleichen, so dass jede Abweichung von diesem Durchschnittsverhalten eine fahrlässige und damit schuldhaft Unvorsorgfalt darstellt (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht [FN 4], § 36 Rz. 80; SCHWENZER, OR AT [FN 4], Rz. 22.15; REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 834, Rz. 844; OFTINGER/STARK, Band I [vorne], § 5 Rz. 83).

⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 40; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 432; JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, in: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 14 Rz. 10; MARKUS MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, 289–309, 296.

⁷ Der Satz *lex specialis derogat legi generali* bezeichnet das Prinzip, wonach die speziellere Vorschrift (exklusiven) Vorrang hat vor der generelleren (ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. A., Bern 2013, 112; WALTER SCHLUEP, Einladung zur Rechtslehre, Bern 2006, Rz. 1257).

⁸ Der Vorrang einer *lex specialis* – und damit deren Exklusivität bei Anspruchskonkurrenzen – ist dann zu bejahen, wenn sie das Geltendmachen von Ansprüchen an insgesamt ungünstigere Bedingungen knüpft als die *lex generalis*. Dies aus dem Grund, dass der Kläger andernfalls auf die *lex generalis* ausweicht und die *lex specialis* dadurch illusorisch macht. Fällt der sogenannte Günstigkeitsvergleich aber zugunsten der *lex specialis* aus, besteht keine Verdrängungsgefahr und beide Ansprüche können nebeneinander bestehen (KRAMER, Methodenlehre [FN 7], 114 f.).

⁹ Siehe REY, Haftpflichtrecht (FN 1), Rz. 695; OFTINGER/STARK, Band I (FN 5), § 4 Rz. 36.

¹⁰ Ein solcher liegt vor, wenn das schädigende Ereignis allein das Vermögen des Geschädigten vermindert, ohne dass die Vermögensentbusse als Folge eines Personen- oder Sachschadens entsteht (REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 329; SCHWENZER, OR AT [FN 4], Rz. 14.16; OFTINGER/STARK, Band I [FN 5], § 2 Rz. 60 [«Vermögensschaden i.e.S.»]).

sei, d.h. dass es sich um ausservertragliche Ansprüche handelt.¹¹ Die *zweite Gruppe* geht von einer vertragsähnlichen Haftung aus.¹² Die *dritte Gruppe* ist der Auffassung, dass die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche nicht generell für alle vier Tatbestände bestimmt werden kann, sondern jede Norm gesondert qualifiziert werden muss.¹³ Nach der Meinung der *vierten Gruppe* handelt es sich bei den Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit um eine Haftung *sui generis* und *ex lege*.¹⁴

B. Prospekthaftung (Art. 752 OR)

Das Bundesgericht geht bei der Prospekthaftung von einer ausservertraglichen Haftung aus,¹⁵ ebenso die überwiegenden Lehrmeinungen.¹⁶ Diese Auffassung geht einher

mit der Überlegung, dass zwischen den Prospektverantwortlichen und den Erwerbern der Titel kein Vertrag besteht und es sich daher nicht um eine vertragliche Haftung handeln kann.¹⁷ Andere Autoren halten dafür, dass die Prospekthaftung eine eigenständige Haftung sei.¹⁸ Beispielsweise wird die Festübernahme durch eine Bank angeführt, welche die Titel an Investoren verkauft und dabei einen fehlerhaften Prospekt benutzt; anhand dieses Beispiels wird vertreten, dass Sachverhalte möglich seien, in denen sowohl vertragliche wie ausservertragliche Ansprüche bestehen und die einheitliche Qualifikation der Prospekthaftung als Delikts- oder Vertragshaftung somit als zu pauschal erscheine.¹⁹

Ohne weiteres trifft zu, dass die Prospekthaftung nicht alle, sich im Zusammenhang mit einem Prospekt ergebenden Ansprüche der Erwerber abdeckt. Dies spricht indessen nicht gegen eine deliktische Natur. Der Anspruch aus Prospekthaftung besteht unabhängig von einer allfälligen vertraglichen Beziehung (und von vertraglichen Ansprüchen) zwischen den Parteien. Im Beispiel des von der Bank aufgelegten fehlerhaften Emissionsprospekts stehen dem Erwerber grundsätzlich zwei Ansprüche zu: ein vertraglicher aus Kaufvertrag und ein ausservertraglicher aus Art. 752 OR.²⁰

C. Gründungshaftung (Art. 753 OR)

Wie für die Prospekthaftung gehen das Bundesgericht und die herrschende Lehre auch für die Gründungshaftung

¹¹ ANDREAS BINDER/VITO ROBERTO, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 752 N 3 (gesonderte Bestimmungen finden sich für Aktiv- und Passivlegitimation, Pflichtwidrigkeit, Solidarität und Verjährung); BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 16, geht für Art. 752 OR von einer deliktischen Haftung aus und für Art. 753, Art. 754 und Art. 755 OR von einer Haftung *ex lege* (BÖCKLI, Aktienrecht [FN 5], § 18 Rz. 433); WOLFHART F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Teilband b/3, Art. 739–771, Zürich 1979, Art. 752 N 1 (für Art. 752 und Art. 753 OR).

¹² DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 14 f.; WIELAND, ZSR 1904 (FN 3), 266.

¹³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 35 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 131; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 198 ff.

¹⁴ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 9 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 433 (für Art. 753, Art. 754 und Art. 755 OR); BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 15 (für Art. 754 OR); PETER R. ISLER, Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Europa Institut Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, 1–23, 18.

¹⁵ BGE 129 III 71 Erw. 2.5 («Il faut d'ailleurs rappeler qu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle») = Pra 92 (2003) Nr. 70 S. 369 f.

¹⁶ BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 752 N 1; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 147; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 16; BERNARD CORBOZ, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Code des obligations art. 530–1186, Loi sur les bourses art. 22–33 avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle 2008, Art. 752 N 3; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, Rz. 1142; BINDER/ROBERTO, Handkomm. OR [FN 11], Art. 752 N 9; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1213; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 203; LARISA MAROLDA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Prospekthaftung bei Anleiheobligationen und die Stellung der federführenden Bank, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.171/2002 vom 25. September 2002 i.S. A. SA (Klägerin und Berufungsklägern)

gegen Bank B. SA (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2003, 158–165, 160 f. (zu Art. 1156 OR).

¹⁷ Kaufen die Erwerber die Titel von den Zeichnern, so sind die Erwerber nach Art. 752 OR ebenfalls aktivlegitimiert (BGE 131 III 306 Erw. 2.1; ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A., Basel 2012, Art. 752 N 6; BINDER/ROBERTO, Handkomm. OR [FN 11], Art. 752 N 13). Aber auch in diesem Fall besteht kein Vertrag zwischen den Erwerbern und den Personen, die den Prospekt erstellt oder verarbeitet haben. Möglicherweise haben die Käufer aber einen Anspruch gegen den Verkäufer. Dieser Anspruch stützt sich allerdings auf Kaufrecht und nicht auf Art. 752 OR.

¹⁸ WATTER, BasK OR II (FN 17), Art. 752 N 2 («kapitalmarktrechtliche Vertrauenshaftung»); BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 19.

¹⁹ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 19.

²⁰ Dies entspricht dem Zweck von Art. 752 OR als indirekte Kontrolle der Richtigkeit, Klarheit und Vollständigkeit des Prospekts (WATTER, BasK OR II [FN 17], Art. 752 N 1). BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 18 a.E., ist indessen der Auffassung, dass sich trotz der konkurrierenden Ansprüche durch die Nähe zum Kaufvertrag eine Einordnung der Prospekthaftung bei der Vertragshaftung vertreten lasse.

tung von einer ausservertraglichen Haftung aus.²¹ Davon abweichend sind verschiedene Autoren der Auffassung, es handle sich um eine *eigenständige Haftung vertraglicher Natur*.²²

Zwei Gründe sprechen allerdings gegen eine solche Qualifikation. Zunächst besteht aus dogmatischer Sicht keine Not, ein Tertium zwischen Vertrags- und Deliktshaftung zu schaffen. Der Anspruch aus Art. 753 OR entsteht nach seinem Wortlaut unabhängig einer vertraglichen Bindung und ist daher als ausservertraglich zu qualifizieren. Liegt neben dem Tatbestand von Art. 753 OR zusätzlich eine Vertragsverletzung vor, weil zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger ein Vertragsverhältnis besteht, hat die geschädigte Vertragspartei neben dem Anspruch aus Art. 753 OR zusätzlich einen vertraglichen Schadenersatzanspruch. Auch aus praktischer Sicht drängt sich keine eigenständige Haftung vertraglicher Natur auf. Ein solches Institut verwischt die Grenzen zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung²³ und es wird unklar, in welchem Ausmass sich ein der eigenständigen Haftung innewohnendes vertragliches Element auswirkt. Es entstünde letztlich Rechtsunsicherheit.²⁴

D. Geschäftsführungshaftung (Art. 754 OR)

Im Gegensatz zur mehrheitlich ausservertraglich aufgefassten Rechtsnatur der Ansprüche aus Prospekt- und Gründungshaftung, bestehen über die Rechtsnatur der Geschäftsführungshaftung weit divergierende Meinungen. Eine Gruppe von Autoren differenziert: Die *Ansprüche der Gesellschaft* seien vertraglicher Natur, da zwischen Gesellschaft und Organ ein auftrags- oder arbeitsvertragsähnliches Verhältnis oder ein Vertrag *sui generis* be-

stehe.²⁵ Die Ansprüche der Aktionäre seien vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur.²⁶ Die Ansprüche der Gläubiger seien ausservertraglich; es sei denn, die Gläubiger gehen nach Art. 757 Abs. 2 und Abs. 3 OR (bzw. Art. 260 SchKG) vor; in diesem Fall seien auch die Ansprüche der Gläubiger vertragliche Ansprüche.²⁷ Eine andere Gruppe von Autoren hält dafür, dass es sich bei Art. 754 OR um eine eigenständige Haftung handelt.²⁸ Schliesslich vertritt SARASIN, dass die Ansprüche aus Art. 754 OR deliktischer Natur seien.²⁹

Aus der Tatsache, dass zwischen der Organperson und der Gesellschaft regelmässig ein Vertragsverhältnis besteht, ist m.E. kein Hinweis auf die Rechtsnatur der Ansprüche aus Art. 754 OR abzuleiten. Vielmehr ist eine vertragliche Beziehung – wie bei der Gründungshaftung – im Rahmen einer Konkurrenz zu berücksichtigen. Verletzt eine Organperson den zwischen ihr und der Gesellschaft bestehenden Vertrag, steht der Gesellschaft ein vertraglicher Schadenersatzanspruch gegen das Organ zu. Der vertragliche Anspruch schränkt den gesetzlichen Anspruch aus Art. 754 OR indessen nicht ein, sondern besteht konkurrierend daneben. Gleiches gilt für einen allfälligen bestehenden Vertrag zwischen der Organperson und einem Aktionär bzw. Gläubiger: Die Verantwortlichkeits-

²¹ BGE 76 II 307 Erw. 7: «Denn die Gründerhaftung ist eine Form der Deliktshaftung»; BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 9; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1223; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 146; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 102, aber Rz. 433 («Haftung ex lege»).

²² WATTER, BasK OR II (FN 17), Art. 753 N 1a; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 202 f.; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 20, nimmt eine eigenständige gesetzliche Haftung an; ebenso geht BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 433, von einer «Haftung ex lege» aus, die ihrem Wesen nach aber ausservertraglich sei (BÖCKLI, Aktienrecht [FN 5], § 18 Rz. 102: «Klage aus Delikt»).

²³ Was etwa dazu führen könnte, dass das Verschulden vermutet wird (so WATTER, BasK OR II [FN 17], Art. 753 N 20).

²⁴ Siehe in diesem Zusammenhang BGE 134 III 390 zur Vertrauenshaftung («eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt» [Erw. 4.3.2]), für die das Bundesgericht die Rechtsunsicherheit beendet und entschieden hat, dass die Verjährungsfrist nach Art. 60 OR für ausservertragliche Ansprüche zur Anwendung kommt.

²⁵ BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 11; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 136; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 10, mit Hinweis auf die Fiktion der vertraglichen Qualifikation der Ansprüche bei faktischen Organen.

²⁶ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 138 f.; GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 754 N 35; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 36; WIELAND, ZSR 1904 (FN 3), 266, mit dem Hinweis, dass Aktionär und Gläubiger nicht Vertragspartei der Organperson seien, weshalb man von einer Quasikontraktklage sprechen könne.

²⁷ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 754 N 35; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 38; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 144; allgemein CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, achter Band, Handelsrecht, zweiter Teilband, Basel 1982, 290, wonach die Ansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger «teils auf Vertrag, teils auf Delikt» beruhen. Für eine vertragliche Natur hat sich das Bundesgericht in alten Entscheiden zu Art. 674 OR 1881 ausgesprochen (BGE 46 II 449 Erw. 4; BGE 28 II 86 Erw. 11).

²⁸ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 11 (für Ansprüche der Gesellschaft), Rz. 13 (für Ansprüche der Aktionäre) und Rz. 14 (für Ansprüche der Gläubiger); BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 433, weist aber in § 18 Rz. 136b darauf hin, dass die Haftung nicht vertragsähnlich, sondern eine Haftung für gesetzliche Pflichten sei, was den Tatbestand als deliktischer Natur erscheinen lässt; offengelassen bei VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1247.

²⁹ CHRISTOPHE SARASIN, Ausgestaltung und Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Diss., Basel 1995, 14.

ansprüche des Aktionärs und des Gläubigers auf Zahlung von Schadenersatz an die Gesellschaft (beim indirekten Schaden) oder auf Zahlung an sich selbst (beim direkten Schaden) bestehen ungeachtet und neben Ansprüchen aus einer Vertragsverletzung. Im Ergebnis ist deshalb SARASIN zuzustimmen und der Anspruch aus Art. 754 OR als deliktisch zu qualifizieren.

E. Revisionshaftung (Art. 755 OR)

Die Auffassungen zur Rechtsnatur der Ansprüche aus Art. 755 OR gehen ebenfalls auseinander: Einige Autoren sind der Meinung, dass es sich bei der Klage der Gesellschaft und der Aktionäre gegen die Revisionsstelle um eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung handelt, wohingegen die Klage der Gläubiger ausservertraglicher Natur sei.³⁰ Andere Autoren nehmen eine eigenständige Haftung an.³¹

Zwischen der Revisionsstelle und der Gesellschaft besteht in aller Regel ein Auftragsverhältnis. Verletzt die Revisionsgesellschaft³² ihre Vertragspflichten, haftet sie der Gesellschaft zunächst aus Vertragsverletzung. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht neben dem vertraglichen Anspruch – gleich wie bei Art. 754 OR – ein konkurrierender deliktischer Anspruch der Gesellschaft gegen die Revisionsstelle gestützt auf Art. 755 OR.

Aktionäre und Gläubiger stehen meist in keinem Vertragsverhältnis zur Revisionsstelle. Nachdem Art. 755 OR Aktionäre und Gläubiger als Anspruchsberechtigte aber nennt, ohne auf die Voraussetzung einer vertraglichen Bindung abzustellen, spricht dies für die ausservertragliche Natur der Revisionshaftung.

F. Fazit und Folge

Während bei der Prospekt- und der Gründungshaftung (Art. 752 und Art. 753 OR) die überwiegende Lehre von einer ausservertraglichen Haftung ausgeht, konnte sich für die Geschäftsführungs- und die Revisionshaftung (Art. 754 und Art. 755 OR) bislang keine Meinung durchsetzen. Stattdessen gehen verschiedene Autoren von einer eigenständigen Haftung aus, die vertragliche Züge trage. Nach hier vertretenem Standpunkt handelt es sich bei allen vier Tatbeständen um deliktische Haftungen. Damit

konkurrieren die Verantwortlichkeitsansprüche die vertraglichen Haftpflichtansprüche der geschädigten Person gegen den Schädiger.

Aufgrund dieses Ergebnisses ist das Verhältnis zwischen Art. 752 ff. OR und Art. 41 ff. OR zu klären. Da der Schaden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit regelmässig als reiner Vermögensschaden auftritt, stellt sich die Frage nach der Geltung der Schutzzwecklehre. Nach der Schutzzwecklehre ist ein schädigendes Verhalten dann widerrechtlich, wenn der Schädiger gegen eine Verhaltensnorm (Schutznorm) verstösst, deren Zweck darin besteht, das Vermögen gegenüber Schädigungen der konkret vorliegenden Art zu schützen.³³

III. Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung

Für die Frage der Widerrechtlichkeit ist nach der Eigenschaft des Schadens zu unterscheiden. Es wird zwischen dem *direkten* (gebräuchlich auch: unmittelbaren) und dem *indirekten* (mittelbaren) Schaden unterschieden.

Die Gesellschaft kann nur direkt geschädigt sein.³⁴ Der direkte Gesellschaftsschaden kann zum indirekten Aktionärs- und Gläubigerschaden führen,³⁵ d.h. dem Schaden, den der Aktionär oder der Gläubiger als Folge des direkten Gesellschaftsschadens erleidet (die Wertverminderung der Aktien oder den Ausfall der Forderung).³⁶ Entsteht einem Aktionär oder einem Gläubiger ein Scha-

³⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 36, 38; ähnlich BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 201.

³¹ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 17; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 433.

³² Gemeint sind die Hilfspersonen der Revisionsstelle, insbesondere ihre Arbeitnehmer.

³³ BGE 136 III 113 Erw. 3.2; BGE 126 III 521 Erw. 2.a; BGE 125 III 86 Erw. 3.b; BGE 4A_26/2015 Erw. 2.1; REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 698, 705; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, Erster Teilband, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. A., Zürich 1987, § 16 Rz. 101.

³⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 36 Rz. 16; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung (FN 5), Rz. 83; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 187; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 222, 214.

³⁵ ROLF RASCHEN, Die Abtretung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, Das Verhältnis von Art. 756 Abs. 2 OR zu Art. 260 SchKG, in: Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach, Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357–367, 359; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 364 f.; BINDER/ROBERTO, Handkomm. OR (FN 11), Art. 756 N 2; siehe DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 96 ff.

³⁶ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung (FN 5), Rz. 82; siehe VON GREYERZ, SPR VIII/2 (FN 27), 295; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 41 N 22.

den, ohne dass die Gesellschaft geschädigt wird, erleidet der Aktionär oder der Gläubiger einen *direkten* Schaden.³⁷

A. Geltendmachen des Aktionärs- oder Gläubigerschadens im und ausser Konkurs

Den *direkten Schaden* können Aktionäre und Gläubiger gegen die Verantwortlichen jederzeit geltend machen.³⁸ Beim *indirekten* Schaden wird unterschieden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs oder ausser Konkurs befindet.

Ausser Konkurs sind die Aktionäre nach Art. 756 OR berechtigt, die Zahlung von Schadenersatz an die Gesellschaft zu verlangen. Eine direkte Zahlung an die Aktionäre sieht das Gesetz nicht vor.³⁹ Ein Gläubiger kann ausser Konkurs – d.h. solange die Gesellschaft aufrecht steht – kaum einen indirekten Schaden erleiden.⁴⁰

Im Konkurs hingegen können Aktionäre und Gläubiger auf Zahlung von Schadenersatz an sich selbst klagen (Art. 757 Abs. 1 OR). Voraussetzung ist, dass die Konkursverwaltung auf eine Klage verzichtet (Art. 757 Abs. 2 OR).⁴¹ Die Gläubiger klagen den Anspruch der Gläubigersamtheit ein⁴² und haben das Recht, ihre Forderungen aus dem Ergebnis vorab zu befriedigen. Die klagenden Aktionäre werden erst befriedigt (und nur im Ausmass ihrer Beteiligung), wenn die Forderungen der klagenden Gläubiger bezahlt sind.⁴³

³⁷ BGE 132 III 564 Erw. 3.1.1 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 378; BGE 110 II 391 Erw. 1 = Pra 73 (1984) Nr. 179 S. 493; BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 43; BGE 4A_425/2015 (zur Publikation vorgesehen) Erw. 4; GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 754 N 17; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 97; zur Kritik ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss., SSHW Band 247, Genf/Zürich/Basel 2006, 64 ff.

³⁸ BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 105; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 100; VON GREYERZ, SPR VIII/2 (FN 27), 294 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1260.

³⁹ Nach dem Prinzip, dass ein indirekter Schaden indirekt ersetzt wird (Botschaft Aktienrecht 1991, BBI 1983 II 851).

⁴⁰ BGE 132 III 564 Erw. 3.1.2 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 379; BGE 117 II 432 Erw. 1.b.dd.

⁴¹ DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 104 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 34.

⁴² BGE 117 II 432 Erw. 1.b (sog. Raschein-Praxis; RASCHEIN, FS SchKG [FN 35], 364 f.); bestätigt in BGE 4A_425/2015 (zur Publikation vorgesehen) Erw. 4.4; BGE 139 III 391 Erw. 5.1 = Pra 103 (2014) Nr. 19 S. 147; BGE 136 III 148 Erw. 2.3 = Pra 99 (2010) Nr. 114 S. 774; BGE 132 III 564 Erw. 3.2.2 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 380; BGE 132 III 342 Erw. 2.3.1, Erw. 4.4; BGE 4A_446/2009 (BGE 136 III 107) Erw. 2.3.

⁴³ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 757 N 31; BERTSCHINGER, OFK OR, Art. 757 N 12; so auch Botschaft Aktienrecht 1991,

Was die Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit⁴⁴ des direkten und des indirekten reinen Vermögensschadens⁴⁵ angeht, stellt sich die Frage, in welchem Umfang die Schutzzwecklehre auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit übertragen werden kann.

B. Widerrechtlichkeit nach Art. 752, Art. 753 und Art. 755 OR

Für die *Prospekthaftung* bestimmt Art. 752 OR die Widerrechtlichkeit. Widerrechtliches Verhalten liegt vor, wenn im Emissionsprospekt unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet werden.⁴⁶ Anders formuliert verhält sich der Schädiger widerrechtlich, wenn er bei einem Prospekt mitwirkt, der Fehler enthält.

Für die *Gründungshaftung* bestimmt Art. 753 OR die Widerrechtlichkeit ebenfalls eigenständig.⁴⁷ Widerrechtlich ist ein Verhalten, das einen der drei Tatbestände⁴⁸ in Art. 753 Ziff. 1–3 OR erfüllt.⁴⁹

BBI 1983 II 937, zum noch anderslautenden Entwurf von Art. 757 Abs. 2 OR (Wortlaut in BBI 1983 II 992).

⁴⁴ Der Inhalt der beiden Begriffe ist identisch. Im Deliktsrecht spricht man eher von der *Widerrechtlichkeit* oder *Rechtswidrigkeit*, im Vertragsrecht eher von *Pflichtwidrigkeit* (siehe BÄRTSCHL, Verantwortlichkeit [FN 5], 240; REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 666; SCHWENZER, OR AT [FN 4], Rz. 50.04).

⁴⁵ Siehe vorne in der Einleitung und FN 33.

⁴⁶ WATTER, BasK OR II (FN 17), Art. 752 N 13; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 31; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 991; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung (FN 5), Rz. 130.

⁴⁷ BGE 4A_61/2009 Erw. 3 («Die der Gründungshaftung zugrunde liegenden Pflichtwidrigkeiten sind in den Ziffern 1–3 von Art. 753 OR abschliessend umschrieben») mit Verweis auf CORBOZ, CR CO (FN 16), Art. 753 N 21; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Haftung (FN 5), Rz. 126.

⁴⁸ BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 92 ff., geht von vier Haftungstatbeständen aus und unterteilt wie folgt: (1) Falsche Angaben in den Statuten oder im Rechenschaftsbericht bei qualifizierter Gründung bzw. Kapitalerhöhung (Ziff. 1 HS 1), (2) Gesetzesverstösse bei der Genehmigung einer qualifizierten Gründung (Ziff. 1 HS 2), (3) fehlerhafte Handelsregistereintragung (Ziff. 2) und (4) Entgegennahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen (Ziff. 3).

⁴⁹ Eine Besonderheit steht in Art. 753 Ziff. 3 OR, wonach widerrechtlich nur handelt, wer *wissentlich* dazu beiträgt, dass zahlungsunfähige Personen Aktien zeichnen. Ob das Wort *wissentlich* zur Widerrechtlichkeit oder zum Verschulden gehört, ist kaum von praktischer Relevanz und wird in der Literatur nicht diskutiert (als zum Verschulden gehörend bei BÖCKLI, Aktienrecht [FN 5], § 18 Rz. 100; siehe BINDER/ROBERTO, Handkomm. OR [FN 11], Art. 753 N 8; unter den Ausführungen zur Widerrechtlichkeit bei WATTER, BasK OR II [FN 17], Art. 753 N 15, siehe aber N 21). Für die Zugehörigkeit zum Verschulden spricht, dass sich *wissentlich*

Für die *Revisionshaftung* definiert Art. 755 OR die Widerrechtlichkeit als *Verletzung von Pflichten*, ohne zu sagen, um was für Pflichten es sich handelt.⁵⁰ Man ist sich aber einig, dass Pflichten gemeint sind, die sich aus dem Gesetz ergeben⁵¹ (z.B. Art. 728, Art. 635a, Art. 725 Abs. 2 OR). Verletzt die Revisionsstelle ihre Pflichten, «so handelt sie widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR.»⁵² Die Verletzung einer Schutznorm, wie dies Art. 41 ff. OR für das Verhaltensunrecht verlangt, ist nicht nötig. Anders verhält es sich für die Widerrechtlichkeit in der Geschäftsführungshaftung nach Art. 754 OR.

C. Widerrechtlichkeit nach Art. 754 OR

1. Problemstellung

Art. 754 OR bestimmt, dass die Verwaltungsratsmitglieder und die mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation betrauten Personen widerrechtlich handeln, wenn sie absichtlich oder fahrlässig Pflichten verletzen.⁵³ Gemeint sind statutarische Pflichten, Pflichten gestützt auf interne Reglemente⁵⁴ und Pflichten, die sich aus dem Gesetz ergeben.⁵⁵

Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht nur die Widerrechtlichkeit des (direkten) Schadens der Gesellschaft und des indirekten Schadens eines Gläubigers oder Aktionärs begründet.⁵⁶ Während die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht den Schaden der Gesellschaft widerrechtlich werden lässt, gilt dies nicht für den direkten Schaden ei-

nes Gläubigers oder eines Aktionärs. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Gläubiger den Ersatz seines direkten Schadens nur verlangen, wenn er die Widerrechtlichkeit wie folgt begründen kann: mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts.⁵⁷ Dies muss mutatis mutandis auch für Aktionäre gelten.⁵⁸

Für die Geschäftsführungshaftung nach Art. 754 OR gilt somit, dass Aktionäre und Gläubiger die Widerrechtlichkeit ihres direkten Schadens sowohl im wie auch ausser Konkurs mittels Verletzung einer Schutznorm nachweisen müssen, wobei gerade Art. 717 Abs. 1 OR keine solche ist.^{59,60} Mit anderen Worten ist ein direkter Schaden eines Aktionärs oder eines Gläubigers nicht widerrechtlich, wenn bloss ein Verstoß gegen die Sorgfalts- oder die Treuepflicht zum Schaden geführt hat.

Das Bundesgericht begründet diese Auffassung damit, dass die Verletzung einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft nicht bereits ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber einem Gläubiger (oder einem Aktionär) darstelle.⁶¹

und *fahrlässig* ausschliessen und entsprechend zur gleichen Haftungsvoraussetzung gehören müssen.

⁵⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 37 N 47; vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 273.

⁵¹ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 755 N 12; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 369; BERTSCHINGER, OFK OR, Art. 755 N 23; zu Beispielen siehe bei DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 79 ff., und bei VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1253.

⁵² BGE 106 II 232 Erw. 2.c; bestätigt in BGE 4C.13/1997 Erw. 4.a = Pra 87 (1998) Nr. 121 S. 682; vgl. BGE 122 III 176 Erw. 7.c; ebenso BGE 129 III 129 Erw. 5 = Pra 92 (2003) Nr. 105 S. 568; kritisch BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 201 ff.

⁵³ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 Rz. 57; BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 79; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 4), § 37 Rz. 20.

⁵⁴ Im Vordergrund steht das Organisationsreglement.

⁵⁵ VON GREYERZ, SPR VIII/2 (FN 27), 295; BÜRGI/NORDMANN, ZK OR (FN 11), Art. 753/754 N 80; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 7.

⁵⁶ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 754 N 25, mit Verweis auf BGE 110 II 393 Erw. 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 240.

⁵⁷ BGE 141 III 112 Erw. 5.2.3 = Pra 104 (2015) Nr. 96 S. 770, mit Verweis auf BGE 132 III 564 Erw. 3.2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 380; BGE 131 III 306 Erw. 3.1.2; BGE 128 III 35 Erw. 2.c = Pra 91 (2002) Nr. 173 S. 931 f.; BGE 122 III 176 Erw. 7; BGE 110 II 391 Erw. 2. In einem Haftungsfall gegen eine Revisionsstelle hat das Bundesgericht entschieden, dass die Gläubiger zur Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert sind, auch wenn der Gesellschaft kein Schaden entstanden ist. Dabei hat sich das Bundesgericht offensichtlich auf die Aktivlegitimation nach Art. 755 OR (und nicht auf Art. 41 OR) bezogen (Pra 92 [2003] Nr. 105 Erw. 3 = BGE 129 III 129 [Erw. 3 ist in der amtlichen Sammlung nicht publiziert]).

⁵⁸ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 754 N 18.

⁵⁹ VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 53), § 12 Rz. 58; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 4), Rz. 87; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 283; für den Fall, dass eine Organperson ausserhalb ihrer aktienrechtlichen Funktion eine unerlaubte Handlung begeht, sind nicht Art. 752 ff. OR anwendbar, sondern Art. 41 ff. OR (GERICKE/WALLER, BasK OR II [FN 5], Vor Art. 754–761 N 5; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit [FN 4], Rz. 595). Denkbar ist sodann eine Haftung aus Art. 97 OR, wenn die Organperson mit dem Gläubiger oder dem Aktionär in einem vertraglichen Verhältnis steht.

⁶⁰ Diese Aussage ist insofern einzuschränken, als die Treuepflicht nicht allein in Art. 717 Abs. 1 OR enthalten ist, sondern auch in Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) und eine Verletzung von Art. 158 StGB als Schutznorm die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt (BÜRGI/NORDMANN, ZK OR [FN 11], Art. 753/754 N 4; BÖCKLI, Aktienrecht [FN 5], § 18 Rz. 382).

⁶¹ BGE 110 II 391 Erw. 2.b: «In der allfälligen Verletzung von Pflichten gegenüber der Gesellschaft lag aber nicht schon ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber der Gläubigerin. Das hätte vorausgesetzt, dass die Beklagte die ihr als Gesellschaftsorgan obliegenden Pflichten gegenüber der Klägerin verletzt hätte (...). Die Schaden-zufügung durch das Organ muss auf einen Verstoß gegen aktienrechtliche Gläubigerschutzbestimmungen zurückgeführt werden können; ein Verstoß gegen eine aktienrechtliche Vorschrift, die

Eine aktienrechtliche Norm kann nach Auffassung des Bundesgerichts nur dann eine Schutznorm sein, wenn es sich um eine ausschliessliche Gläubiger- bzw. Aktionärschutznorm handelt.⁶² Selbst die Verletzung einer Doppelschutznorm, die den Schutz der Gläubiger oder der Aktionäre *und* der Gesellschaft bezweckt, wie dies etwa bei Art. 725 OR und Art. 725a OR der Fall ist,⁶³ genügt zur Begründung der Widerrechtlichkeit nicht. Ob überhaupt eine aktienrechtliche Norm existiert, die einzig den Schutz der Gesellschaftsgläubiger oder der Aktionäre bezweckt, ist fraglich.⁶⁴ Im Ergebnis kann sich ein Aktionär oder ein Gläubiger für den Ersatz seines direkten Schadens nur dann auf Art. 754 OR stützen, wenn auch die Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind.⁶⁵ Das Bundesgericht bestätigt, dass verschiedene Autoren vor diesem Hintergrund zu Recht die Frage aufwerfen, ob es sich dabei überhaupt um einen Anwendungsfall des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts handle.⁶⁶

Die Anforderung an die Widerrechtlichkeit des Gesellschaftsschadens ist somit tiefer als die Schwelle für den direkten Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers. Im Ergebnis geht Art. 754 OR von zweierlei Anforderungen aus. Ein Schaden der Gesellschaft ist widerrechtlich, wenn er aus der Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht herrührt. Ein direkter Schaden eines Aktionärs oder eines Gläubigers jedoch, der aufgrund der Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht eintritt, ist grundsätzlich nicht widerrechtlich und ausnahmsweise nur dann, wenn sich die aktienrechtliche Pflicht aus einer Schutznorm ergibt. Art. 754 OR misst die Widerrechtlichkeit des direkten Gesellschafts- und des direkten Aktionärs- und Gläubigerschadens letztlich also mit zwei Ellen. Das ist fragwürdig.

nur die Gesellschaft oder den Aktionär schützen soll, nicht aber den Gläubiger, genügt nicht, damit im Sinn von Art. 754 OR von einem rechtswidrigen Verhalten gegenüber dem Gläubiger gesprochen werden kann (...).»

⁶² BGE 125 III 86 Erw. 3.a; BGE 122 III 176 Erw. 7.b.

⁶³ BGE 127 III 374 Erw. 3.c (zu Art. 725a OR); BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 306; WALTER A. STOFFEL, Mündigkeit der Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit im Aktienrecht – Abschied vom direkten Gläubigerschaden, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 21–38, 31; siehe REY, Haftpflichtrecht [FN 1], Rz. 709b.

⁶⁴ BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 305; STOFFEL, FS von Büren (FN 63), 30 («Die seltene Spezies der ausschliesslichen Gläubigerschutznorm»); siehe VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1259; siehe für ein Beispiel einer unmittelbaren Schädigung der Gesellschaft wie auch eines Gläubigers (Arbeitnehmer) BGE 141 III 112 (Nichtbezahlen von Prämien an die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung durch den Arbeitgeber); siehe auch BGE 4A_425/2015 (zur Publikation vorgesehen) Erw. 4.2.2.

⁶⁵ Ebenso BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 311 f.

⁶⁶ BGE 4A_425/2015 (zur Publikation vorgesehen) Erw. 4.3.

Weder dem Wortlaut der Verantwortlichkeitsbestimmungen ist ein Hinweis auf eine unterschiedlich aufzufassende Widerrechtlichkeit zu entnehmen, noch besteht eine dogmatische Begründung, weshalb dies so sein soll.

Der erste Teil des Aufsatzes hat ergeben, dass es sich bei Verantwortlichkeitsansprüchen um ausservertragliche Haftpflichtansprüche handelt. Die im ausservertraglichen Haftpflichtrecht geltende Schutznormtheorie führt zum Problem, dass die Widerrechtlichkeit in Art. 752 bis Art. 755 OR unterschiedlichen Anforderungen genügen muss. Während der direkte Aktionärs- und Gläubigerschaden nach Art. 754 OR nur widerrechtlich ist, wenn eine Schutznorm verletzt ist (oder ein Fall der Vertrauenshaftung vorliegt), ist dies bei den anderen drei Tatbeständen nicht der Fall. Dort reicht die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht (Art. 752/753 OR) bzw. einer Revisionsstellenpflicht (Art. 755 OR).

Ob Art. 752, Art. 753 und Art. 755 OR Schutznormen sind, ist fraglich, da eine Schutznorm dem ausschliesslichen Aktionärs- oder Gläubigerschutz dienen muss.⁶⁷ Während Art. 752 OR Schutznorm für Aktionäre (Anleger) sein könnte, dienen die übrigen drei Verantwortlichkeitstatbestände auch dem Schutz der Gesellschaft und sind somit kaum ausschliessliche Aktionärs- oder Gläubigerschutznormen.

Die Auffassung, Art. 754 OR verlange für die Widerrechtlichkeit des direkten Aktionärs- oder Gläubigerschadens eine verletzte Schutznorm, steht zum einen im Widerspruch zum Wortlaut der Bestimmung und zum anderen im Widerspruch zu Art. 755 OR: In der Revisionshaftung ist ein direkter Aktionärs- oder Gläubigerschaden widerrechtlich, wenn die Revisionsstelle ihre Pflichten verletzt. Es ist fraglich, weshalb Art. 754 und Art. 755 OR verschiedene Anforderungen an die Widerrechtlichkeit stellen, obschon beide Bestimmungen – mit identischem Wortlaut⁶⁸ – pauschal auf Pflichtverletzungen verweisen.

Auch aus dogmatischer Sicht ist nicht einzusehen, weshalb die Widerrechtlichkeit des direkten Aktionärs- und Gläubigerschadens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit verschiedenen Ellen gemessen wird: In

⁶⁷ BGE 110 II 391 Erw. 2.b: «Die Schadenzufügung durch das Organ muss auf einen Verstoß gegen aktienrechtliche Gläubigerschutzbestimmungen zurückgeführt werden können; ein Verstoß gegen eine aktienrechtliche Vorschrift, die nur die Gesellschaft oder den Aktionär schützen soll, nicht aber den Gläubiger, genügt nicht, damit im Sinn von Art. 754 OR von einem rechtswidrigen Verhalten gegenüber dem Gläubiger gesprochen werden kann»; VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 53), § 12 Rz. 65.

⁶⁸ Die geschäftsführenden Organe und die Liquidatoren nach Art. 754 OR und die Revisoren nach Art. 755 OR sind für den Schaden verantwortlich, «den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen».

der Prospekt- und in der Gründungshaftung genügt die Verletzung einer in Art. 752 oder in Art. 753 OR genannten Pflicht; für die Revisionshaftung genügt die Verletzung einer gesetzlichen⁶⁹ Revisionsstellenpflicht. In der Geschäftsführungshaftung soll ein direkter Aktionärs- oder Gläubigerschaden hingegen nicht widerrechtlich sein (wohl aber ein Gesellschaftsschaden), wenn er durch die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht entsteht.

2. Lösungsansatz: Abkehr von der Schutznormtheorie

Die unterschiedlichen Widerrechtlichkeiten in Art. 752 bis Art. 755 OR könnten dadurch vereinheitlicht werden, dass ein Schaden der Gesellschaft, eines Aktionärs oder eines Gläubigers dann als widerrechtlich gilt, wenn er aus der Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht entsteht. Die aktienrechtliche Pflicht kann sich entweder aus der Verantwortlichkeitsnorm selbst ergeben, wie dies in Art. 752 und Art. 753 OR der Fall ist, oder aus anderen aktienrechtlichen Bestimmungen. Diese können im Gesetz stehen, z.B. in Art. 717 OR für die Verwaltungsratsmitglieder oder in Art. 728 OR für die Revisionsstelle, oder in gesellschaftsinternen Dokumenten, z.B. in den Statuten oder im Organisationsreglement.

D. Haftungserweiterung?

Stellt die hier vorgeschlagene Vereinheitlichung der Widerrechtlichkeit einen Schritt in Richtung Haftungserweiterung der Verwaltungsratsmitglieder dar?⁷⁰ Erleidet ein Aktionär oder ein Gläubiger einen direkten Schaden und entsteht dieser Schaden adäquat kausal aus der schuldhaften Pflichtverletzung eines Verwaltungsratsmitglieds, kann dies zur Haftung nach Art. 754 OR führen. Insbesondere Verletzungen von Buchführungs- und Rech-

nungslegungspflichten könnten Haftungsfälle begünstigen: Es ist denkbar, dass ein Aktionär oder ein Gläubiger, der deshalb einen direkten Schaden erleidet, weil er sich z.B. auf eine unrichtige Bilanz verlässt (Art. 958 Abs. 1 OR), den Verwaltungsratsmitgliedern vorwirft, sie hätten ihre Finanzverantwortung unsorgfältig wahrgenommen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 717 Abs. 1 OR). Nach dem Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR trägt der Gesamtverwaltungsrat die Verantwortung allerdings bloss für die *Ausgestaltung* des Finanzwesens der Gesellschaft.⁷¹ Ob eine unrichtige Bilanz zur Haftung eines Verwaltungsratsmitglieds führen kann, ist daher fraglich. Möglicherweise anders zu beurteilen ist der Sachverhalt in Bezug auf den Finanzchef (CFO). Für ihn gilt Art. 717 Abs. 1 OR und es wäre anhand des konkreten Falls und anhand des objektivierten Sorgfaltsmassstabs zu prüfen, ob sich der CFO pflichtgemäss, d.h. sorgfältig, verhalten hat.⁷²

Im Übrigen bestehen mehrere Gründe, die gegen eine Haftungserweiterung sprechen: (1) Der Kreis der aktivlegitimierten Personen bleibt unverändert. Weiterhin zur Klage berechtigt bleiben die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. (2) Einem Aktionär oder einem Gläubiger muss zunächst ein direkter Schaden entstehen. Ausser Konkurs der Gesellschaft sind Aktionäre und Gläubiger kaum je direkt geschädigt.⁷³ Für die Situation im Konkurs hat das Bundesgericht entschieden, dass der direkte Schaden der Gesellschaft dem direkten Schaden des Aktionärs oder Gläubigers vorgeht.⁷⁴ Die Verantwortlichkeitsklage der Konkursverwaltung wird zuerst bedient und die Reihenfolge der Verantwortlichkeitsklagen bleibt gleich. Keine Änderungen ergeben sich auch in denjenigen Sachverhalten, in denen die Gesellschaft geschädigt wird und den Aktionären und Gläubigern ein indirekter Schaden entsteht. Diesfalls steht den Aktionären und Gläubigern weiterhin nach Art. 756 und Art. 757 OR ein Anspruch auf Ersatz des indirekten Schadens nur als Leistungen an die Gesellschaft bzw. Konkursmasse zu. (3) Die Pflichten der passivlegitimierten Personen werden

⁶⁹ GERICKE/WALLER, BasK OR II (FN 5), Art. 755 N 12; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 4), Rz. 369; siehe DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht (FN 6), § 14 Rz. 79 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht (FN 16), Rz. 1253.

⁷⁰ Zum Trend der Erweiterung des Pflichtenhefts der Verwaltungsratsmitglieder und die dadurch bewirkte Haftungsausweitung etwa BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 18 Rz. 1 f., sowie ausführlich der zweiteilige Aufsatz PETER BÖCKLI, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 2010, 1–10 und SJZ 2010, 25–31 (Fortsetzung), passim; siehe auch HANS BRUNHART, Anforderungsprofil des Verwaltungsrates, ST 2006, 904–907, 904; vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 5), 12 f., sowie THOMAS STAEHELIN/CHRISTOPHE SARASIN, Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität – Eine Bilanz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrisiken für den Verwaltungsrat, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997, Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 363–371, 366.

⁷¹ Nach HOMBURGER, ZK OR (FN 5), Art. 716a N 561, bezieht sich das Wort «Ausgestaltung» nur auf das Rechnungswesen; a.M. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 5), § 13 Rz. 342, der m.E. zutreffend auf den Gesetzeswortlaut abstellt und «Ausgestaltung» auch für die Finanzplanung und die Finanzkontrolle gilt.

⁷² Zum objektivierten Sorgfaltsmassstab BGE 139 III 24 Erw. 3.2; BGE 122 III 195 Erw. 3.a = Pra 85 (1996) Nr. 208 S. 806; BGE 113 II 52 Erw. 3.a.

⁷³ BGE 141 III 112 Erw. 5.2.2 = Pra 104 (2015) Nr. 96 S. 769; VON GREYERZ, SPR VIII/2 (FN 27), 294.

⁷⁴ BGE 141 III 112 Erw. 5.2.3 = Pra 104 (2015) Nr. 96 S. 770; BGE 132 III 564 Erw. 3.2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 380; BGE 131 III 306 Erw. 3.1.2; BGE 4C.48/2005 Erw. 2.1.

weder verschärft noch erweitert. Insbesondere die für den Tatbestand von Art. 754 OR massgebende Sorgfaltspflicht und Treupflicht werden nicht ausgedehnt.

IV. Verhältnis zu Art. 41 ff. OR

Was die eingangs gestellte Frage nach dem Verhältnis der Verantwortlichkeitsansprüche zu Art. 41 OR betrifft, so liegt ein Konkurrenzverhältnis vor.⁷⁵ Dies deshalb, weil der Günstigkeitsvergleich zwischen Art. 752–755 OR als *lex specialis* zu Art. 41 ff. OR *nicht* zu Gunsten von Art. 41 ff. OR ausfällt.⁷⁶ Auch das Bundesgericht hat entschieden, dass die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die allgemeinen Haftpflichtnormen nicht verdrängen.⁷⁷ Ferner hat das Bundesgericht entschieden, dass sich der Kläger auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen, auf Art. 41 OR oder auf culpa in contrahendo berufen kann,⁷⁸ was ebenfalls für ein Konkurrenzverhältnis spricht. Die vorgeschlagene Vereinheitlichung der Widerrechtlichkeit in den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitstatbeständen bewirkt somit keine Friktionen mit dem allgemeinen Haftpflichtrecht.

V. Schlussbemerkung

Dogmatisch bleibt letztlich kaum begründbar, weshalb die Widerrechtlichkeit innerhalb von Art. 752 ff. OR verschieden beurteilt wird und der direkte Aktionärs- oder Gläubigerschaden nach Art. 754 OR nur widerrechtlich sein soll, wenn eine Schutznorm verletzt ist. Es ist daher zu überlegen, die Schutzzwecklehre in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit aufzugeben.

Eine Gegenthese zur hier vorgeschlagenen Vereinheitlichung der Widerrechtlichkeit könnte freilich lauten, dass stets, d.h. in allen vier Verantwortlichkeitstatbeständen, eine Schutznorm verletzt sein müsse. Die Schutzzwecklehre, so könnte die Gegenthese weiter lauten, sei nicht aufzugeben, sondern vollumfänglich ins Verantwortlichkeitsrecht zu übernehmen. Obschon der Wortlaut in Art. 752 bis Art. 755 OR gegen eine solche Auffassung spricht, dürfte eine diesbezügliche Untersuchung genügend Stoff für einen weiteren Aufsatz bieten.

⁷⁵ Da es sich bei der Deliktshaftung und der Haftung aus Verantwortlichkeit um gleichgewichtige Normenkomplexe handelt, die miteinander konkurrieren, wie dies noch umfangreicher bei der ausservertraglichen Haftung und der Vertragshaftung der Fall ist, handelt es sich weder bei denen einen noch bei denen anderen Bestimmungen um eine *lex specialis* (siehe KRAMER, Methodenlehre [FN 7], 115 f.).

⁷⁶ Zum *Günstigkeitsvergleich* siehe vorne FN 8. Die aktienrechtlichen Tatbestände verlangen für die Widerrechtlichkeit selbst nach der geltenden Auffassung die Verletzung einer Schutznorm nur für den direkten Aktionärs- und Gläubigerschaden in Art. 754 OR – nach der hier vertretenen Auffassung wäre die Schutznormtheorie in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht mehr anwendbar.

⁷⁷ BGE 4A_26/2015 Erw. 4.3; BGE 106 II 232 Erw. 2.c.

⁷⁸ BGE 141 III 112 Erw. 5.2.3 = Pra 104 (2015) Nr. 96 S. 770; BGE 132 III 564 Erw. 3.2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 57 S. 380; BGE 131 III 306 E. 3.1.2; BGE 128 III 35 Erw. 2.c = Pra 91 (2002) Nr. 173 S. 931 f.; BGE 122 III 176 Erw. 7; auch BGE 110 II 391 Erw. 2.