

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel |
Jean-Luc Chenaux | Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |
Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7474-2

www.schulthess.com

Vorwort

Professor HANS CASPAR VON DER CRONE, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, feiert am 18. Januar 2017 seinen 60. Geburtstag. Seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten freuen sich, ihm zu diesem besonderen Tag die vorliegende Festschrift überreichen zu können.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat in Zürich die Volksschule und das Gymnasium (mit Abschluss Matura Typus B im Jahre 1976) besucht. Sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich schloss er sechs Jahre später mit dem Lizentiat ab. Während seiner Zeit als Assistent bei Professor MEIER-HAYOZ verfasste er seine Dissertation sowie das – heute noch als Standardwerk geltende – Lehrbuch «Wertpapierrecht» (in Co-Autorschaft mit ARTHUR MEIER-HAYOZ); im Jahre 1988 hat er dann den Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und ebenso das Zürcher Anwaltspatent erworben. Kurz nach Beginn der Anwaltstätigkeit in Zürich ist HANS CASPAR VON DER CRONE indessen an die Yale Law School, New Haven CT, gegangen, um erfolgreich einen Master of Laws (LL.M.) zu absolvieren. Nach der Rückkehr in die Schweiz hat er seine Anwaltskarriere fortgesetzt und gleichzeitig eine Habilitationsschrift zum Thema «Rahmenverträge» verfasst, aus welcher sein Interesse am Zusammenspiel von Ökonomie und Recht deutlich hervorgeht. Auf deren Abnahme an der Universität Zürich folgte die Ernennung zum Privatdozenten für Zivil-, Handels- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1992.

Im Jahre 1995 berief die Universität Zürich HANS CASPAR VON DER CRONE zum Extraordinarius, hernach 1997 zum Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht. Seit gut 20 Jahren liegen seine hauptsächlichen Lehr- und Forschungsinteressen im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, doch hat er auch das Vertragsrecht regelmässig weiter betreut; didaktisch gute Lehre ist ihm immer ein grosses Anliegen gewesen. Kennzeichnend für ihn ist weiter die grosse Affinität zu den neuen Medien: Seine Internet-Kolloquien – jährlich angeboten sowohl im Obligationenrecht Allgemeiner Teil wie im Handels- und Wirtschaftsrecht – gehören zu den beliebtesten Veranstaltungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; das von ihm ins Leben gerufene virtuelle Projekt «RechtEck» (www.rechteck.uzh.ch) ermöglicht sodann auch die von ihm stets gepflegte Zusammenarbeit mit der Romandie.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat ebenso aktiv an der universitären Selbstverwaltung mitgewirkt: Als Mitglied der Universitätsleitung war er von 2002-2006 Prorektor Planung, von 2007-2008 Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Sein Interesse an der Mitwirkung in rechtsgestaltenden Gremien zeigt sich auch darin, dass HANS CASPAR VON DER CRONE von 1999-2005 Präsident der Schweizerischen Übernahmekommission sowie 2009-2010 Mitglied der Expertenkommission des Schweizerischen Bundesrates zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (Expertenkommission «too big to fail» bzw. «Systemically Important Financial Institutions») gewesen ist. Am erfolgreichen Aufbau des Universitären Forschungsschwerpunkts (UFSP) «Finanzmarktregulierung» (ab 2013) hat er massgeblich mitgewirkt; weiterhin ist er als Mitglied des Leitungsgremiums im UFSP engagiert.

Bereits seit 1993 trägt HANS CASPAR VON DER CRONE als Mitglied des Herausgeberkollegiums der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) eine Mitverantwortung für die hohe wissenschaftliche Qualität dieser Zeitschrift; seit 2015 ist er nun Vorsitzender dieses Kollegiums. Grosse Bedeutung haben in diesem Kontext die seit 2002 sechsmal im Jahr erscheinenden Besprechungen wichtiger (Bundesgerichts-)Entscheide erlangt. Daneben ist HANS CASPAR VON DER CRONE weiterhin forensisch in der von ihm vor 20 Jahren gegründeten Anwaltskanzlei von der Crone Rechtsanwälte AG in Zürich aktiv und amtet darüber hinaus regelmässig als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Verfahren.

Das wissenschaftliche Oeuvre von HANS CASPAR VON DER CRONE ist beeindruckend: Seine bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind das Gesellschafts- und Firmenrecht, das Banken- und Kapitalmarktrecht, sowie das Vertragsrecht. Seine Schriften zeichnen sich durch wissenschaftliche Strenge, Offenheit gegenüber Neuem, dem Suchen nach überzeugenden Lösungen sowie grosse Praxisrelevanz aus.

Die Festschrift widerspiegelt diese breite wissenschaftliche Arbeiten des Jubilars: Schwerpunkte bilden das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht, doch fehlen auch die weiteren Rechtsgebiete nicht. Innerhalb der beiden Hauptteile ist die Festschrift nach Themen (z.B. Corporate Governance, Konzern, Verantwortlichkeit, Gesetzgebungsvorhaben) und von allgemeinen Überlegungen zu spezifischen Themenstellungen geordnet.

Über seine vielfältigen beruflichen Tätigkeiten hinaus zeigt sich der breite Horizont, über den HANS CASPAR VON DER CRONE verfügt, auch in seinen weiteren Interessen, neben der Freude am Reisen ins Ausland insbesondere in der Nähe zu kulturellen Ereignissen; die Stichworte Fotografie, Film und Theater sind ein Zeichen für seine diesbezüglichen Affinitäten.

Die Herausgeber hätten ohne mannigfaltige Unterstützung diese Festschrift nicht rechtzeitig erstellen können. OLIVIER BAUM hat das Projekt von Beginn weg bis zur Drucklegung umsichtig und mit grossem Einsatz betreut; bei der Organisation wurde er von FELIX BUFF, beim Lektorieren der Texte von LUCA ANGSTMANN und LINUS CATHOMAS unterstützt. Weiter hat BRIGITTE VON DER CRONE im Hintergrund wesentlich zur Realisierung des Projektes beigetragen. Zu Dank verpflichtet sind die Herausgeber auch dem Schulthess Verlag für die zuvorkommende und effiziente Zusammenarbeit.

Die Herausgeber und alle Mitwirkenden an der Festschrift wünschen HANS CASPAR VON DER CRONE von Herzen alles Gute für die kommenden Jahre. Die Freude an der weiteren Zusammenarbeit verbindet sich mit dem Wunsch, dass auch inskünftig weiterhin die privaten Interessen im Leben einen ausreichenden Platz einnehmen können.

ROLF H. WEBER

WALTER STOFFEL

JEAN-LUC CHENAUX

ROLF SETHE

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Gesellschaftsrecht

a) *Corporate Governance*

From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation	3
--	---

CHRISTINE KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europa-recht an der Universität Zürich

Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Medi-tation	21
--	----

JEAN NICOLAS DRUEY

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

Le représentant de l’Etat au conseil d’administration	39
--	----

JEAN-LUC CHENAUX

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à l’Université de Lausanne, Keller-hals Carrard, Lausanne

FRÉDÉRIC ROCHAT

Dr. iur., LL.M., Avocat, Kellerhals Carrard, Lausanne

Corporate Governance in Sanierungsfällen – Der Einfluss der Gläubiger: Chancen und Risiken	65
---	----

URS SCHENKER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirt-schaftsrecht an der Universität St. Gallen, Walder Wyss, Zürich

Revisionsstelle und «Corporate Governance»	91
---	----

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschafts-recht an der Universität St. Gallen, Prager Dreifuss, Zürich

**Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint
statt Hürdenlauf?** 111

RETO HEIZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident des Kantonsgerichts Schwyz

**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter General-
versammlungsbeschlüsse** 131

CLAIRE HUGUENIN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

BRUNO MAHLER

Stud. iur., Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

b) Konzernrecht

**Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbe-
dingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen
Mutter- und Tochtergesellschaft** 153

CHRISTOPH B. BÜHLER

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, böckli bühler partner, Basel

**«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus
Schweizer Sicht** 177

PETER BÖCKLI

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität Basel, böckli bühler partner, Basel

Unionskonzernrecht als *lex parsimoniae* 197

MARC AMSTUTZ

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Handels und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

c) Verantwortlichkeitsrecht

Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage 221

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Gesellschafts- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

MIRJAM VÖGELI

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht? 239

WALTER A. STOFFEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag 257

LUKAS GLANZMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich

d) Laufende und abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte

Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen? 273

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen 297

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Bär & Karrer, Zürich

KATJA ROTH PELLANDA

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Head of Corporate Law bei Novartis International, Basel

**Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen»
Aktienrechtsreform** 313

DIETER GERICKE

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

NATASSIA GILI

MLaw, Homburger, Zürich

**Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsre-
gisterrechts** 337

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Teil II: Finanzmarktrecht

a) Finanzmarktregulierung

Banking Regulation and Financial Stability 359

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., Professor of Law and Finance at the University of Zurich

Countercyclical Capital Buffers: A Regulatory Challenge 379

JEAN-CHARLES ROCHET

Prof. Ph.D., Professor of Banking at the University of Zurich

Extraterritoriality in Financial Regulation 391

SUSAN EMMENEGGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern

**Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisie-
rung der Geschäftsmodelle** 405

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europa-
recht an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution	421
FRANCA CONTRATTO	
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht an der Universität Zürich	
Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme	441
RETO SCHILTKNECHT	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Leiter Internationales und Policy, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
DAVID BILLETER	
M.A. HSG, Rechtsanwalt, Specialist, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen?	471
PETER CH. HSU	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer, Zürich	
Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Ungereimtes – Verpasste Chancen	495
RENÉ BÖSCH	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
Neupositionierung der Selbstregulierung der Börse im FinfraG	515
RODOLFO STRAUB	
Lic. iur., Head SIX Exchange Regulation, SIX Swiss Exchange, Zürich	
Versicherungsaufsicht im Fürstentum Liechtenstein	525
ANTON K. SCHNYDER	
Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Ersatzrichter beim Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein	

b) Zusammenspiel von Aufsichtsrecht & Privatrecht

Unternehmenskommunikation am Kapitalmarkt: Ein Balanceakt zwischen Reputation und Recht 535

DANIEL DAENIKER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Homburger, Zürich

Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften 555

BENEDIKT MAURENBRECHER

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten 589

THORSTEN HENS

Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Finanzmarktökonomie an der Universität Zürich

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität 619

DANIEL DEDEYAN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Methodenlehre an der Universität Zürich, Walder Wyss, Zürich

Der arme Bankaktionär 637

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Professor ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

c) Übernahmerecht

Put-up or Shut-up (PUSU) 657

RUDOLF TSCHÄNI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

Unwiderrufliche Andienungsverpflichtungen («Irrevocables») und Vertragsfreiheit 671

DANIEL M. HÄUSERMANN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Homburger, Zürich

De la compatibilité des OPA obligatoires avec des conditions relevant du droit de la concurrence 687

HENRY PETER

Prof. Dr. iur., LL.M., Professeur ordinaire à l'Université de Genève

PASCAL BOVEY

Lic. iur., LL.M., Avocat, conseiller juridique de la Commission des OPA

Le squeeze-out d'actionnaires lors d'une fusion et d'une offre publique d'acquisition 707

OLIVIER HARI

Prof. Dr. iur., Avocat, Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise, Université de Neuchâtel, Of Counsel, Schellenberg Wittmer, Genève/Zürich

d) Steuerfragen

Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update 729

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Finanzmarktrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Unversteuerte Bankkundengelder – was tun? 743

URS ZULAUF

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Adjunct Professor Universität Genf und Cornell Law School, Head Client Tax Policy Credit Suisse Group, Zürich

URS ROHNER

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Chairman of the Board Credit Suisse Group, Zürich

ROMEO CERUTTI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, General Counsel Credit Suisse Group, Zürich

Teil III: Weitere Rechtsgebiete

Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem 767

ULRIKE BABUSIAUX

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Der Kooperationsvertrag (*in a nutshell*) 785

FLORENT THOUVENIN

Prof. Dr. iur., Extraordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

Verabsolutierte Abstraktheit oder relativierte Kausalität? – Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung 807

HARALD BÄRTSCHI

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter der Fachstelle für Unternehmens- und Steuerrecht der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Bärtschi Rechtsanwälte, Wallisellen

Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen 827

PETER BRATSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

PASCAL RÜEDI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

***Mala futura, securitas* und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel** 845

ANDREAS THIER

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren 863

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JASMINA SMOKVINA

Lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

Six megatrends that shape the legal services industry – or remembering Andy Grove 879

PETER KURER

Dr. iur., LL.M., Partner bei der Private Equity Firma BLR und Verwaltungsratspräsident u.a. bei Sunrise

Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage

PETER R. ISLER/MIRJAM VÖGELI*

I.	Einleitung	222
II.	Unbefugte Delegation aufgrund von Mängeln bei der Begründung der Delegation	223
1.	Fehlende formelle Voraussetzungen.....	223
a)	Keine Delegationsnorm in den Statuten und/oder keine Delegation gemäss Organisationsreglement	223
b)	Formelle Voraussetzungen gelten nur für die Delegation organschaftlicher Kompetenzen	224
2.	Fehlerhafte materielle Voraussetzungen.....	225
3.	Typische Fallkonstellationen einer unbefugten Delegation	226
III.	Mängel bei der Durchführung der Delegation	227
IV.	Haftungskonsequenz bei unbefugter Delegation.....	228
1.	Verteilung der prozessualen Lasten.....	228
2.	Generelle Haftungskonsequenz bei unbefugter Delegation.....	228
3.	Zur Pflichtverletzung des beklagten Verwaltungsrats im Speziellen.....	230
4.	Unbefugte Delegation und Verschulden.....	230
V.	Haftungskonsequenz bei mangelhafter Überwachung	232
1.	Verteilung der prozessualen Lasten.....	232
2.	Beschränkung/Wegfall der Haftung bei befugter Delegation	233
3.	Kausalität und Verschulden.....	234
VI.	Prozessuale Hinweise	235
1.	Für den Kläger.....	235
2.	Für den Beklagten	236
VII.	Schlussbemerkungen	237

* Die Autoren danken Frau MLaw MATHURI SUPPIAH und Herrn MLaw DANIEL JURI für ihre Mitwirkung zu diesem Beitrag.

I. Einleitung

HANS CASPAR VON DER CRONE weiss als erfahrener Verwaltungsrat: Die gesetzgeberische Regelung, wonach die Geschäftsführung der AG den Mitgliedern des Verwaltungsrats gesamthaft zusteht, wenn sie nicht übertragen wird (Art. 716b Abs. 3 OR), ist dann nicht mehr zweckmässig, wenn es sich nicht um Kleinstunternehmen handelt.¹ Das Delegieren von Aufgaben bei einer unternehmerischen Tätigkeit ist nicht nur sinnvoll, sondern meistens auch notwendig. Niemand soll alles alleine machen bzw. alle Fäden in der Hand behalten wollen. Delegieren gehört ebenso zu einer sorgfältigen Pflichterfüllung nach Art. 717 Abs. 1 OR, und das Unterlassen der Delegation von Aufgaben kann unter Umständen auch eine Pflichtverletzung für den Verwaltungsrat bewirken.²

Delegation soll aber nicht nur die effiziente und sachgerechte Aufgabenerfüllung in der AG durch einen oder mehrere Delegationsempfänger gewährleisten, sondern auch den delegierenden Verwaltungsrat von der Verantwortung entlasten. Mit Blick auf die (immer heikler werdende) Verantwortlichkeit interessiert einen delegierenden Verwaltungsrat daher die Frage seiner persönlichen Haftbarkeit für das Verhalten derjenigen Person, welcher er Aufgaben der Geschäftsführung delegiert und welche alsdann bei Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben einen Schaden pflichtwidrig verursacht.

Als Ausgangspunkt dient der Grundgedanke der Organverantwortlichkeit, gemäss welchem die Mitglieder des Verwaltungsrats nur für ihr eigenes Verhalten – und zwar nicht kollektiv, sondern nur jeder für sich selbst – haften (Art. 754 Abs. 1 OR). Ein Spezialfall liegt dann vor, wenn der Verwaltungsrat für die Erfüllung eines Teils seiner Pflichten andere Personen beizieht.

In solchen Fällen kann der Verwaltungsrat auch für das pflichtwidrige Verhalten der beigezogenen Personen verantwortlich gemacht werden.³ Der Verwaltungsrat haftet allerdings nicht für das schadenstiftende Handeln der beigezogenen Person, wenn sämtliche Voraussetzungen einer korrekt begründeten und durchgeführten Delegation eingehalten worden sind. Mit anderen Worten hat die Begründung der Delegation sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gewissen gesetzlich vorgegebenen Mindestanforderungen zu genügen, und die Durchführung der Delegation muss sorgfältig erfolgen. Diesfalls entfaltet die Delegation für den delegierenden Verwaltungsrat haftungsbefreiende Wirkung (Art. 754 Abs. 2 OR). Andernfalls, d.h. bei mangelhafter

¹ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 180.

² PETER R. ISLER/BERTRAND G. SCHOTT, Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrats, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 34.

³ ALEX DOMENICONI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei der Delegation der Geschäftsführung, SZW 80 (2008), 516.

Delegation, wird der Verwaltungsrat und gegebenenfalls die beigezogene Person selber haftbar. Der Umfang seiner Haftung sowie seine zur Verfügung stehenden Einreden und Verteidigungsmöglichkeiten hängen massgeblich davon ab, ob der Fehler in der Begründung oder in der Durchführung der Delegation liegt und wie schwerwiegend dieser Fehler beurteilt wird.

Im Folgenden werden ausgewählte Folgen des Verantwortlichkeitsrechts aufgezeigt, welche den Delegierenden bei schadenstiftendem Verhalten durch eine beigezogene Person treffen, wenn er (i) die Geschäftsführungsaufgaben nicht gehörig delegiert bzw. (ii) zwar gehörig delegiert, die Delegation aber mangelhaft durchführt. Ergänzt werden die Ausführungen durch Überlegungen, wie die Haftung des Delegierenden bei – *ex post* festgestellter – mangelhafter Delegation allenfalls gemildert werden kann.

Behandelt wird in diesem Beitrag nur der Fall einer Delegation durch den Verwaltungsrat von Geschäftsführungsaufgaben an andere Organpersonen, nicht dagegen eine Delegation von Hilfsfunktionen oder die Weiterdelegation durch den Delegationsempfänger.⁴

II. Unbefugte Delegation aufgrund von Mängeln bei der Begründung der Delegation

Die Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat hat sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gewissen Mindestanforderungen zu genügen (vgl. sogleich II.1. und II.2.). Delegiert der Verwaltungsrat Geschäftsführungsaufgaben, ohne die formellen und/oder materiellen Voraussetzungen einzuhalten, ist die Delegation mangelhaft begründet worden und es liegt eine sogenannt unbefugte Delegation vor.⁵

1. Fehlende formelle Voraussetzungen

a) Keine Delegationsnorm in den Statuten und/oder keine Delegation gemäss Organisationsreglement

Art. 716b Abs. 1 OR schreibt die formellen Mindestanforderungen einer Delegation vor. Für eine gehörige Delegation der Geschäftsführung wird in formeller Hinsicht verlangt, dass erstens die Gesellschaftsstatuten den Verwaltungsrat zur Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Mitglieder oder Dritte ermächtigen und zweitens, dass

⁴ Vgl. dazu PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 4 N 13 ff., 45 ff.

⁵ Zum Begriff vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 121 ff.; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 174 f.

die Delegation nach den Massgaben eines Organisationsreglements erfolgt (Art. 716b Abs. 1 OR).

Entgegen dem Wortlaut von Art. 716b Abs. 1 OR ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ein förmliches Organisationsreglement nicht erforderlich. Vielmehr ist ein protokollierter Verwaltungsratsbeschluss ausreichend, der den erforderlichen Mindestinhalt von Art. 716 Abs. 2 OR hinreichend abdeckt (Organisationsreglement im materiellen Sinn), d.h. die Geschäftsführung ordnet, die hierfür erforderlichen Stellen bestimmt, deren Aufgaben umschreibt und gleichzeitig deren Berichterstattung an den Verwaltungsrat regelt.⁶ Ungenügend ist allerdings ein Beschluss des Verwaltungsrats, mit welchem die Aufgaben nur implizit delegiert werden.⁷ Sofern die Regelung über die Delegation jedoch in einem Vertrag mit dem Delegationsempfänger erfolgt und der Vertrag in einem protokollierten Verwaltungsratsbeschluss genehmigt wird, ist dies wiederum genügend.⁸

b) Formelle Voraussetzungen gelten nur für die Delegation organschaftlicher Kompetenzen

Die Übertragung von Aufgaben durch den Verwaltungsrat trotz fehlender formeller Voraussetzungen ist aber nur dann mangelhaft und zeitigt die entsprechenden Rechtsfolgen, wenn die zu übertragenden Aufgaben organschaftlichen Charakter haben. Die Delegation gemäss 716b Abs. 1 OR umfasst nämlich nur organschaftliche Kompetenzen.⁹ Somit ist nur die Delegation von organschaftlichen Kompetenzen den formellen Anforderungen der Delegation unterstellt.¹⁰

Die Übertragung organschaftlicher Kompetenzen der Geschäftsführung nach Art. 716b Abs. 1 OR beinhaltet zwei Elemente: Der Delegationsempfänger muss ein Organ der Gesellschaft sein, d.h. eine Person, die Entscheidungen trifft, welche die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen und welche in der Regel der obersten Leitung der Gesellschaft angehört.¹¹ Sodann muss es sich um Aufgaben handeln, welche Teil der Geschäftsführung im engeren Sinne sind, nämlich die interne Leitung der Gesellschaft und nicht die Übertragung der Kompetenz, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten.¹²

⁶ BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.2; statt vieler BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 122.

⁷ BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.1.

⁸ BGE 137 III 503 (= Pra 101 (2012) Nr. 64), E. 3.4.

⁹ ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 36.

¹⁰ FORSTMOSER (Fn. 4), § 4 N 29 ff.; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 40 f.

¹¹ BGE 107 II 349, E. 5; FORSTMOSER (Fn. 4), § 4 N 37.

¹² ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 629 ff.; vgl. dazu BGer 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 6.

E contrario können nicht-organschaftliche Aufgaben ohne Einhaltung von besonderen formellen Voraussetzungen übertragen werden.¹³ Eine solche Übertragung wird nicht als eine Delegation im Sinn von Art. 716b OR, sondern als eine Aufgabenzuteilung als Ausfluss der Arbeitsteilung qualifiziert. Ebenfalls nicht der Delegation im Sinn von Art. 716b OR und somit deren formellen Erfordernissen unterliegt die blossе Vorbereitung und Ausführung von Geschäftsführungsbeschlüssen (Art. 716a Abs. 2 OR).

2. Fehlerhafte materielle Voraussetzungen

Zusätzlich zu den formellen Voraussetzungen wird in materieller Hinsicht verlangt, dass der Verwaltungsrat nur Aufgaben delegieren kann, die ihm nicht unübertragbar und unentziehbar zugewiesen sind (716a Abs. 1 OR).¹⁴ Die unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben sind nicht delegierbar und müssen vom Verwaltungsrat als Gesamtgremium vollumfänglich erfüllt werden. Der Verwaltungsrat kann solche Aufgaben weder an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats noch an Dritte gültig übertragen.¹⁵ Er bleibt vollumfänglich für die Wahrnehmung und Erfüllung dieser Aufgaben verantwortlich. *E contrario* ergibt sich, dass für alle anderen Aufgaben eine umfassende Delegation möglich ist.

Wo die Grenzziehung zwischen delegierbaren und nicht delegierbaren Aufgaben verläuft, ist im Rahmen des Katalogs von Art. 716a Abs. 1 OR nicht leicht festzustellen. Der herrschenden Lehre folgend ist dabei u.E. eher von einer engen Auslegung auszugehen und den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen, nämlich insbesondere dem Geschäftstyp und der Ausgestaltung der Geschäftsführung der AG. In grösseren Gesellschaften mit zahlreichen Angestellten und verschiedenen Geschäftszweigen muss mehr delegiert werden können als bei kleinen übersichtlichen Verhältnissen. Ein professionelles Management und eine gesunde finanzielle Basis erlauben einen grösseren Delegationsspielraum als personell und finanziell instabile Verhältnisse.¹⁶

Die Unübertragbarkeit der Aufgaben im Sinn von Art. 716a Abs. 1 OR beschränkt sich allerdings nur auf die Entscheidungsfindung und den Entscheid an sich. Hilfsarbeiten zur Aufgabenerfüllung, beispielsweise die Vorbereitung, die Ausführung sowie die Überwachung der Verwaltungsratsbeschlüsse, sind übertragbar, insbesondere auch an

¹³ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 132a; URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Habil. Zürich 1999, N 201.

¹⁴ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 436.

¹⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 14), § 16 N 412; BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 126; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 5), 174; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (Fn. 12), N 652.

¹⁶ FORSTMOSER (Fn. 4), § 8 N 12 ff.; MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, N 227 ff.; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 43.

einen Verwaltungsratsausschuss (Art. 716a Abs. 2 OR) und bedürfen nicht der Einhaltung der formellen Voraussetzungen (vgl. vorn II.1.).¹⁷

3. Typische Fallkonstellationen einer unbefugten Delegation

In der Praxis sind insbesondere drei Fallkonstellationen typisch für die Entstehung einer unbefugten Delegation:

- Der Verwaltungsrat unternimmt keine Handlungen für die Übertragung der Geschäftsführung und schreitet auch nicht ein, wenn ein Dritter sich Geschäftsführungsaufgaben anmassiert. Es fehlt daher an einem die Delegation vorsehenden Organisationsreglement oder Verwaltungsratsprotokoll. Eine solche Situation liegt beispielsweise dann vor, wenn ein treuhänderisch amtierender Verwaltungsrat den Alleinaktionär oder einen von diesem Bevollmächtigten gewähren lässt, so dass faktische Organschaft vorliegt.¹⁸
- Der Verwaltungsrat will die Geschäftsführungsaufgaben entsprechend den erforderlichen Voraussetzungen delegieren. Die Delegation leidet aber schliesslich dennoch an einem formellen Mangel, z.B. weil die Delegation nicht nach den Massgaben des Organisationsreglements übertragen worden ist.

Denkbar ist diese Fallkonstellation in der Praxis vor allem bei Unternehmen in einem dynamischen Umfeld, bei welchen zwar ein den Voraussetzungen entsprechendes Organisationsreglement besteht, die tatsächliche Organisation aber von der formell im Organisationsreglement verankerten Organisation erheblich abweicht. Die Lehre relativiert die Problematik und plädiert dafür, dass nur bei einer weitgehenden Diskrepanz zwischen der «gelebten Realität» und dem Organisationsreglement das Fehlen der formellen Voraussetzungen anzunehmen ist.¹⁹

- Der Verwaltungsrat will die Geschäftsführungsaufgaben umfassend delegieren. Dabei delegiert er zwar formell korrekt, allerdings auch Aufgaben im Bereich der unübertragbaren Kompetenzen, z.B. bezüglich der Finanzplanung und der finanziellen Führung.²⁰

¹⁷ FORSTMOSER (Fn. 4), § 8 N 8; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 427; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 41; ADRIAN KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, 93.

¹⁸ Vgl. BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008; BGer 4A_120/2013 vom 27. August 2013.

¹⁹ Statt vieler BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 124.

²⁰ VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (Fn. 12), N 662; FORSTMOSER (Fn. 4), § 8 N 47 ff.

III. Mängel bei der Durchführung der Delegation

Für eine haftungsbefreiende Wirkung der Delegation für den Verwaltungsrat bedarf es nebst ihrer korrekten Begründung auch ihrer gehörigen Durchführung.²¹ Dabei wird verlangt, dass der Delegierende bei der Auswahl (*cura in eligendo*), der Unterrichtung (*cura in instruendo*) und Überwachung (*cura in custodiendo*) die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anwendet (Art. 754 Abs. 2 OR).²²

Bei der Auswahl des Delegationsempfängers kann es nicht nur auf die Umstände und Kenntnisse zu Beginn ankommen, sondern auch auf geänderte Umstände während der Delegation, z.B. wenn bekannt wird, dass die betreffende Person anderswo eine unerlaubte Handlung begangen hat. Wieviel Instruktion an den Delegationsempfänger geboten ist, hängt sowohl von der fachlichen Kompetenz dieser Person wie auch vom Detaillierungsgrad des Organisationsreglements ab, welches häufig finanzielle Limiten mit Zuständigkeiten enthält. Im Einzelfall kann es notwendig sein, aufgrund der regelmässigen Berichterstattung neue Weisungen zu erteilen.

In aller Regel bereitet insbesondere der Nachweis einer sorgfältigen laufenden Überwachung (*cura in custodiendo*) die grössten Schwierigkeiten.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die *cura in custodiendo* gestellt.²³ Die Literatur appelliert an die Gerichte, die Voraussetzungen an die Überwachungspflicht nicht zu hoch anzusetzen, damit die Regelung von Art. 754 Abs. 2 OR nicht inhalts- bzw. wirkungslos zu werden droht. Es wird u.E. richtig argumentiert, dass vom Delegierenden unter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als Ausfluss des Verschuldensprinzips nichts Unzumutbares verlangt werden dürfe und die Verantwortlichkeit sich in einem den wirklichen Gegebenheiten entsprechenden Rahmen halten sollte.²⁴ So wie der Richter sich bei der Beurteilung von Geschäftsentscheidungen Zurückhaltung auferlegen soll,²⁵ soll auch der Verwaltungsrat den Delegationsempfänger nicht durch zu enge Überwachung in seiner Entscheidungsfreiheit einschränken, sonst kann dies eine Delegation unter Umständen sogar rückgängig machen.²⁶

²¹ Vgl. vorn I.

²² Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 14), § 16 N 437; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (Fn. 17), § 30 N 426; HANS CASPAR VON DER CRONE, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006, 93.

²³ Vgl. BGE 114 V 219, E. 4; BGer 4A_120/2013 vom 27. August 2013, E. 3.

²⁴ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 139; BERTSCHINGER (Fn. 13), N 191; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 53 f.

²⁵ BGE 139 III 24, E. 3.2; BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

²⁶ Vgl. dazu auch hinten V.2.

In der Praxis ist deshalb bedeutsam, wann die Eingriffspflicht des Delegierenden entsteht. In der Regel ist dies erst dann der Fall, wenn für die Gesellschaft ein Schaden bereits eingetreten ist (z.B. erhebliche Überschreitung der budgetierten Kosten für eine Investition, Aufdecken betrügerischer Machenschaften, andauernde technische Probleme in der Produktion, Umsatzeinbruch im Verkauf wegen vielen personellen Abgängen, etc.). In solchen Fällen ist der Verwaltungsrat verpflichtet, unverzüglich und tatkräftig zu handeln (z.B. durch Beizug von Sachverständigen, personelle Änderungen, detailliertere laufende Berichterstattung bis hin zur Weisung eines «Übungsabbruchs»). Handelt der Delegierende jetzt immer noch nicht oder zu wenig entschlossen, verletzt er seine Überwachungs- bzw. Sorgfaltspflicht.²⁷

IV. Haftungskonsequenz bei unbefugter Delegation

1. Verteilung der prozessualen Lasten

In einem Verantwortlichkeitsprozess gegen Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 754 OR trägt der Kläger die Beweislast für das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen. Insbesondere hat er den Schaden, die Pflichtwidrigkeit, die Kausalität und das Verschulden des Beklagten darzutun.²⁸

Wurde der Schaden nicht vom Verwaltungsrat selbst, sondern von einem vermeintlichen Delegationsempfänger verursacht, obliegt es dem beklagten Verwaltungsrat, die Voraussetzungen einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Delegation zu beweisen.²⁹ Misslingt dem beklagten Verwaltungsrat dieser Beweis, trifft ihn die Haftungskonsequenz der unbefugten Delegation (vgl. die Ausführungen sogleich IV.2. ff.). Gelingt ihm hingegen dieser Beweis, richtet sich seine Haftungskonsequenz nach Art. 754 Abs. 2 OR (vgl. hinten V.).

2. Generelle Haftungskonsequenz bei unbefugter Delegation

Kann der Verwaltungsrat nicht nachweisen, dass er eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Delegation von Geschäftsführungsaufgaben vorgenommen hat, weil entweder die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt oder gewisse nicht delegierbare Aufgaben übertragen wurden – d.h. es liegt die Situation einer unbefugten Delegation vor – dann bleibt der Verwaltungsrat weiterhin verantwortlich für das schadenstiftende Verhalten des vermeintlichen Delegationsempfängers.

²⁷ Vgl. ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 54 f.; BGE 122 III 195 (= Pra 85 (1996) Nr. 208), E. 3b.

²⁸ Ausführlich zur Beweislast BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 133 f.

²⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 754 N 40; VON DER CRONE (Fn. 1), § 4 N 193; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 53; BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 134.

Gelingt somit dem Kläger der Nachweis des Schadens im Sinn von Art. 754 Abs. 1 OR, kausal verursacht durch ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des vermeintlichen Delegationsempfängers, so wird dieses Verhalten jedem einzelnen Verwaltungsrat grundsätzlich unmittelbar zugerechnet, d.h. wie wenn er selber (anstelle des vermeintlichen Delegationsempfängers) gehandelt hätte.³⁰ Ob es sich dabei um eine Zurechnung nach Art. 101 Abs. 1 OR handelt³¹ oder um eine direkte Folge von Art. 716b Abs. 3 OR, wonach die Verantwortung für die Geschäftsführung beim Verwaltungsrat verblieben ist, kann u.E. offen bleiben.

Wenn somit der Verwaltungsrat für das schädigende Verhalten des Dritten persönlich verantwortlich wird, hat dies folgende Konsequenzen:

- Dem Verwaltungsrat steht der Exkulpationsbeweis von Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen. Die Berufung auf die angewendete Sorgfalt in der Überwachung, Auswahl und Unterrichtung des Dritten setzt eine rechtswirksame Delegation voraus.³²
- Dagegen könnte der Verwaltungsrat den – wohl selten gerechtfertigten – Nachweis erbringen, dass wenn er selbst gehandelt hätte, dies weder pflichtwidrig noch schuldhaft gewesen wäre.³³
- Die Haftung des Verwaltungsrats bei unbefugter Delegation von Geschäftsführungsaufgaben stellt eine Art Haftung für Drittverschulden dar. Damit kann sich die Frage stellen, ob dieses Drittverschulden von derartiger Intensität ist, dass durch Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ein Entstehen des Verwaltungsrats nicht mehr gerechtfertigt wäre.³⁴ Dies ist jedoch nur unter ganz speziellen Umständen denkbar.
- Neben dem Verwaltungsrat kann aber auch der vermeintliche Delegationsempfänger solidarisch haftpflichtig werden, sei es aus Art. 754 Abs. 1 OR, wenn die Voraussetzungen einer faktischen Organschaft gegeben sind, oder aus Art. 41 OR, wenn dem vermeintlichen Delegationsempfänger keine Organstellung zukommt.

³⁰ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 121; FORSTMOSER (Fn. 4), § 10 N 18; VON DER CRONE (Fn. 1), § 4 N 190 ff., je mit weiteren Verweisen.

³¹ So VON DER CRONE (Fn. 1), § 12 N 118; BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 121.

³² BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.3; VON DER CRONE (Fn. 1), § 4 N 191.

³³ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 121; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 58.

³⁴ BGE 122 III 195 (= Pra 85 (1996) Nr. 208), E. 4b.

3. Zur Pflichtverletzung des beklagten Verwaltungsrats im Speziellen

Die teilweise in der Lehre vertretene Auffassung, die unbefugte Delegation stelle bereits an sich eine Pflichtverletzung des Beklagten dar, ist abzulehnen.³⁵

Die unbefugte Delegation des Verwaltungsrats kann nicht eine eigene Pflichtverletzung begründen, welche quasi erschwerend zu den vom vermeintlichen Delegationsempfänger verursachten schädigenden Handlungen hinzutritt. Die soeben beschriebene Folge der Zurechnung des Drittverhaltens ist die gesetzliche Folge der mangelhaften Delegation. Die Gesellschaft ist durch den vermeintlichen Delegationsempfänger geschädigt worden und der Verwaltungsrat hat dafür einzustehen. Die Gesellschaft hat durch eine nicht rechtskonform vorgenommene Delegation noch keinen Nachteil erlitten.³⁶

Eine eigene Pflichtverletzung des Verwaltungsrats ist dabei nicht erforderlich.³⁷ Der Verwaltungsrat wird letztlich durch die von ihm unbefugt vorgenommene Delegation bestraft, aber nur im Ausmass des schädigenden Drittverhaltens. Die Gesellschaft soll durch eine nicht rechtskonforme Delegation auch keinen zusätzlichen Vorteil erhalten.

4. Unbefugte Delegation und Verschulden

Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist eine Verschuldenshaftung. Dies ergibt sich klar aus Art. 754 Abs. 1 OR, wonach nur haftbar wird, wer schuldhaft und pflichtwidrig gehandelt hat.³⁸ Die unmittelbare Zurechnung des schädigenden Verhaltens eines Dritten aufgrund einer unbefugten Delegation trägt jedoch die Züge einer Kausalhaftung.³⁹ Es stellt sich daher die Frage, ob dies im Ergebnis sachgerecht ist.

In der Gerichtspraxis kommt dem Verschulden – ausserhalb der Regressfrage im Innenverhältnis der beklagten Organe – praktisch keine Bedeutung zu, wenn die Voraussetzungen des Schadens, der Pflichtverletzung und der Kausalität erfüllt sind. Wenn die Verantwortlichkeit von Organen bejaht wird, erinnert die Begründung oft an eine Kausalhaftung.⁴⁰

³⁵ Anderer Ansicht wohl VON DER CRONE (Fn. 1), § 4 N 194.

³⁶ BGE 122 III 195 (= Pra 85 (1996) Nr. 208), E. 4a.

³⁷ BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 4.2.

³⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 14), § 16 N 578b.

³⁹ FORSTMOSER (Fn. 4), § 10 N 18.

⁴⁰ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 430; VITO ROBERTO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 1|2006, 34.

Wie vorn in II.3. dargelegt, können die Ursachen für eine unbefugte Delegation durchaus verschieden sein. Wer ohne statutarische Grundlage oder ohne schriftliche Regelung als Verwaltungsrat delegiert oder durch blosses Gewähren lassen einem Dritten die Geschäftsführung überlässt, handelt grobfahrlässig und soll voll für den dadurch verursachten Schaden einstehen müssen.

Demgegenüber sind die Fälle anders zu beurteilen, in denen der Verwaltungsrat aufgrund einer statutarischen Grundlage eine korrekte Delegation von Geschäftsführungsaufgaben an ein Organ vornehmen wollte, sich diese Delegation aber *ex post* als fehlerhaft erweist, weil z.B. das Organisationsreglement veraltet oder der entsprechende Verwaltungsratsbeschluss ungenau protokolliert oder der Vertrag mit dem Delegationsempfänger unklar war. Hier rechtfertigt sich unseres Erachtens, bei der Schadenersatzbemessung die Grösse des Verschuldens gemäss Art. 43/44 OR, welche der Richter nach seinem Ermessen berücksichtigen kann, haftungsmildernd anzuwenden. Nur so wird letztlich für den verantwortlichen Verwaltungsrat die Haftung nach Art. 754 OR wieder zur Verschuldenshaftung.

Es ist interessant festzustellen, dass die Grösse des Verschuldens in Verantwortlichkeitsprozessen vor allem durch kantonale Gerichte in Einzelfällen durchaus als Kriterium für die Schadenersatzbemessung beigezogen wird. So hat das Handelsgericht des Kantons Bern im Leitentscheid zu diesem Thema die Grösse des Verschuldens des beklagten Verwaltungsrats, welcher mangelhaft delegiert hatte,⁴¹ bei der Schadenersatzbemessung erheblich berücksichtigt und reduzierte bei einem gesamten Schaden von rund CHF 2.6 Mio., für welchen der Verwaltungsrat an sich einzustehen hatte, den Schaden auf rund CHF 600'000.⁴² Das Bundesgericht erklärte, dass es diesen richterlichen Ermessensentscheid zwar grundsätzlich frei überprüfen könne, dabei aber Zurückhaltung übe und nur einschreiten würde, «wenn die Vorinstanz grundlos von in der Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist [...] oder falls sich diese [Ermessensentscheide] als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen»⁴³. Dies war offenbar nicht der Fall.

Wenn die näheren Umstände der rechtlich nicht korrekten Delegation des Verwaltungsrats für die Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden, spielt es auch keine Rolle,

⁴¹ Konkret ging es offenbar darum, dass in einem Verwaltungsratsprotokoll, in welchem an der Sitzung besprochene Vertretungs- und Organisationsfragen festgehalten wurden, kein Beschluss enthalten war, «der den Mindestanforderungen von Art. 716b Abs. 2 OR genügen würde» (BGer a.a.O.).

⁴² Vgl. BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 5.

⁴³ Vgl. BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 5. Weitere Beispiele von Entscheiden, bei denen die Grösse des Verschuldens in Verantwortlichkeitsprozessen berücksichtigt wurde: BGer 9C_204/2008 vom 6. Mai 2009; BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007, E. 5; BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.2.1.

ob das Verschulden wegen eines mandatsähnlichen Verhältnisses zwischen Gesellschaft und Verwaltungsrat vermutet wird oder bei Klagen von Aktionären oder Gläubigern die Beweislast wegen eines ausservertraglichen Anspruchs vom Kläger zu beweisen ist.⁴⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit um eine Haftung *ex lege* mit gleichen Voraussetzungen für die Beweislast des Klägers, unabhängig davon, ob es sich beim Kläger um die Gesellschaft, einen Aktionär oder einen Gläubiger handelt.⁴⁵ Dem Gesetz lässt sich – zu Recht – keine solche Differenzierung entnehmen. Der Nachweis eines Verschuldens ist immer derselbe: Es gilt ein sog. objektivierter Verschuldensmassstab, d.h. ein «Verschulden ist grundsätzlich immer gegeben, wenn der in Anspruch genommene nicht so gehandelt hat, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf»⁴⁶.

Da zwischen Gesellschaft und Verwaltungsrat ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis aufgrund der Organfunktion und ein schuldrechtliches Verhältnis aus Auftrag im Innenverhältnis besteht, kann eine Vermutung des Verschuldens aufgrund von Art. 97 Abs. 1 OR nur bei Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis relevant sein.⁴⁷

V. Haftungskonsequenz bei mangelhafter Überwachung

1. Verteilung der prozessualen Lasten

Ausgangspunkt bildet die Situation, dass der beklagte Verwaltungsrat den Nachweis einer rechtskonformen Delegation von Geschäftsführungsaufgaben im engeren Sinn an ein Organ erbracht hat. Der Kläger seinerseits konnte beweisen, dass der Delegationsempfänger pflichtwidrig, kausal und schuldhaft der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat.

Die Haftung des befugt delegierenden Verwaltungsrats für den vom Delegationsempfänger verursachten Schaden richtet sich nach Art. 754 Abs. 2 OR und ist gemäss h.L. ebenfalls eine Verschuldenshaftung.⁴⁸ Der Kläger hat den Nachweis des Schadens, der

⁴⁴ Vgl. VON DER CRONE (Fn. 1), § 12 N 62.

⁴⁵ Gl.M. BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 432 ff.; PETER ISLER, Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2006, 18; OLIVER KÄLIN, Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2/2016, 135 ff. mit zahlreichen Verweisen.

⁴⁶ BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.6 mit weiteren Verweisen.

⁴⁷ Vgl. zum schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis BGer 4C.258/2003 vom 9. Januar 2004, E. 2.1.

⁴⁸ DOMENICONI/VON DER CRONE (Fn. 3), 517; BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 136b; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 55 f.; a.M. PATRICK UMBACH, Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zü-

adäquaten Kausalität, der Pflichtverletzung und des Verschuldens des beklagten delegierenden Verwaltungsrats zu erbringen.

Der beklagte Verwaltungsrat haftet allerdings nicht für den vom Delegationsempfänger verursachten Schaden, wenn er den von Art. 754 Abs. 2 OR verlangten Nachweis der drei *curae* erbringen kann (vgl. vorn III.). Dabei trägt der Beklagte die Beweislast für das Vorliegen der drei *curae* und somit auch die Folgen der Beweislosigkeit.⁴⁹

2. Beschränkung/Wegfall der Haftung bei befugter Delegation

Gelingt dem beklagten Verwaltungsrat der Nachweis, dass er bei der Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben korrekt vorgegangen ist, erfolgt für ihn eine wesentliche Beschränkung der Haftung in dem Sinne, dass er nun nicht mehr unmittelbar für fremdes pflichtwidriges Verhalten des Delegationsempfängers, sondern letztlich nur noch für eigene Pflichtverletzungen verantwortlich gemacht werden kann.⁵⁰ Wie einleitend erwähnt, kann und soll der Verwaltungsrat von seinem Delegationsrecht Gebrauch machen, um die Aufgabenteilung in der AG möglichst zielgerichtet und effizient zu gewährleisten. Wenn er diese Delegation, dort wo sie möglich ist – nämlich ausserhalb der unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a Abs. 1 OR –, formal korrekt vornimmt, dann soll er nur noch gemäss Art. 754 Abs. 2 OR haften, wenn er die ihm immer noch verbleibenden Pflichten einer «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» bei der Auswahl, Unterrichtung und/oder Überwachung des Delegationsempfängers verletzt (Art. 754 Abs. 2 OR).

Es ist zwar richtig, dass nicht der Kläger die Verletzung dieser verbleibenden Pflichten des delegierenden Verwaltungsrats beweisen muss, denn der Beklagte ist aufgrund der ihm bekannten relevanten Fakten besser in der Lage, sich zu verteidigen, als der Kläger, den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Dennoch dürfen an die Exkulpation des beklagten Verwaltungsrats keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, und dem Richter ist hier ein grosser Ermessensspielraum zuzugestehen. Wer korrekt delegiert hat, der soll nicht ständig durch Weisungen oder Berichterstattung die Aufgabenerfüllung durch den Delegationsempfänger behindern und damit auch die Frage aufwerfen, ob die Delegation wirklich ernst gemeint oder konkludent widerrufen worden sei.

rich/Basel/Genf 2006, 27 f., welcher von einer Kausalhaftung des delegierenden Organs ausgeht und daraus folgert, dass für die Haftungsbegründung weder ein Verschulden des Delegationsempfängers noch ein Verschulden des delegierenden Organs erforderlich sei; ihm zustimmend THOMAS ISELI, Führungsorganisation im Aktien-, Banken- und Versicherungsrecht, Diss. Zürich 2008, N 363.

⁴⁹ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 134; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 5), 175.

⁵⁰ BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 118.

Die hauptsächliche Pflicht des Verwaltungsrats, welche hier zur Diskussion steht, ist die Eingriffspflicht als Ausfluss der *cura in custodiendo*.⁵¹ Dabei soll wie bei jeder Geschäftstätigkeit der Richter Zurückhaltung üben bei der *ex-post*-Beurteilung, wann der richtige Zeitpunkt zum Eingreifen durch den Verwaltungsrat unter den Umständen des Einzelfalls gekommen wäre (welcher verpasst wurde). Leichter zu beurteilen ist, ob der Verwaltungsrat, welcher die Notwendigkeit eines Eingreifens bei einem drohenden oder bestehenden pflichtwidrigen Verhalten des Delegationsempfängers erkannt hat, bestimmt und entschlossen genug gehandelt hat, wobei über die Tauglichkeit der beschlossenen Massnahmen wiederum die Grundsätze der Business Judgement Rule nach schweizerischer Praxis angewendet werden sollen: Wenn der Geschäftsentscheid auf angemessener Informationsbasis und frei von Interessenkonflikten getroffen worden ist, soll der Richter ihn nur noch daraufhin überprüfen, ob er vertretbar war.⁵²

Gelingt dem Verwaltungsrat dieser Nachweis einer pflichtgemässen Überwachung, dann entfällt für ihn jegliche Haftung, auch wenn der Delegationsempfänger sich selbst verantwortlich gemacht hat.

3. Kausalität und Verschulden

Gelingt der Exkulpationsbeweis durch den Nachweis der Erfüllung der drei *curae* nicht, stellt sich wie bei der Haftung wegen unbefugter Delegation die Frage, ob der Verwaltungsrat nun vollumfänglich für das schädigende Verhalten des pflichtwidrig handelnden Organs einzustehen hat. Naheliegend ist hier der Einwand der fehlenden Kausalität, wenn der Verwaltungsrat nach konformer Delegation auch bei aller Sorgfalt in der Ausübung der Überwachungspflicht das rechtswidrige Verhalten des Delegationsempfängers nicht rechtzeitig hätte erkennen und verhindern können.⁵³ Dann liegt ein Fall rechtmässigen Alternativverhaltens vor, weil es am notwendigen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung bei der Überwachung und dem eingetretenen Schaden fehlt, da auch ein pflichtgemässes Verhalten des Verwaltungsrats zum gleichen Ergebnis geführt hätte.⁵⁴

Bedeutsam ist im Einzelfall auch wiederum die Abwägung, ob das allenfalls zu späte oder zu zaghafte Eingreifen des Verwaltungsrats bei Erkennen des Handlungsbedarfs als grob fahrlässig oder leicht fahrlässig einzustufen ist. Hier gilt ebenfalls die vorn in IV.4. vertretene Auffassung, dass bei der Schadenersatzbemessung die Grösse des Verschuldens des Verwaltungsrats gemäss Art. 43/44 OR nicht nur bei mangelhaft begründeter sondern auch bei mangelhaft durchgeführter Delegation zur Anwendung gelangen

⁵¹ ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 53 ff.; vgl. dazu auch vorn III.

⁵² BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

⁵³ BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.3; ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 57 f.

⁵⁴ Vgl. CHRISTOPH B. BÜHLER, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 61 ff. (m.w.H.).

soll. Gerade in dieser Beziehung muss es einen erheblichen Unterschied machen, ob der fachkundige treuhänderische Verwaltungsrat nach der korrekt begründeten Delegation seinen Alleinaktionär als materielles Organ einfach unkontrolliert gewähren⁵⁵ oder ob ein Verwaltungsratsgremium die an sich fachkundige Geschäftsleitung bei einer verlustbringenden Akquisition zu lange nach dem Prinzip Hoffnung handeln lässt.⁵⁶

VI. Prozessuale Hinweise

1. Für den Kläger

Art. 759 Abs. 2 OR statuiert, dass der Kläger mehrere Verantwortliche gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen kann, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Gleichwohl hat der Kläger vor Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gut zu überlegen, gegen wen genau er klagen will. Der Kläger hat nämlich jedem einzelnen Beklagten persönlich die Voraussetzungen für die geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche nachzuweisen.⁵⁷ Dies bedeutet für den Kläger einerseits einen unter Umständen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand und andererseits das Risiko, dass er zumindest gegenüber einem Teil der Beklagten im Prozess unterliegt.

Eine erfolgreiche Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche setzt beim Kläger daher Kenntnis voraus, welche Person den Schaden verursacht hat und ob der Verwaltungsrat sich allenfalls aufgrund einer gültigen Delegation von der Verantwortlichkeit befreien kann. Oftmals fehlt dem Kläger aber Zugang zu den notwendigen gesellschaftsinternen Informationen und Dokumentationen, und er hat aufgrund der Informationsasymmetrie keine genügend genaue Kenntnis des Sachverhalts, um im vorprozessualen Stadium diese Fragen abschliessend beurteilen zu können.

Denkbar ist beispielsweise eine Situation, in welcher eine statutarische Ermächtigungsklausel vorliegt, wobei die Delegation aber nicht nach den Massgaben eines förmlichen Organisationsreglements sondern durch ein anderes Dokument begründet wurde. Für den Kläger ist im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht ersichtlich, ob eine gültig begründete Delegation vorliegt und wenn ja, fehlen ihm in der Regel Informationen, ob der Verwaltungsrat seine Sorgfaltspflicht bezüglich der drei *curae* eingehalten hat.

⁵⁵ Vgl. als Beispiel BGer 4A_120/2013 vom 27. August 2013, E. 3.

⁵⁶ Gl.M. BÖCKLI (Fn. 5), § 18 N 138, 139a; vgl. auch ISLER/SCHOTT (Fn. 2), 57 ff. (m.w.H.).

⁵⁷ HANS-UELI VOGT, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 25; VON DER CRONE (Fn. 22), 89 f.

In einem solchen Fall bleibt dem Kläger wohl nichts anderes übrig, als vorsichtshalber alle oder einen Teil der Mitglieder des Verwaltungsrats sowie der Personen, welche gemäss seinem Kenntnisstand mit der Geschäftsführung betraut sind, einzuklagen.

Das prozessuale Kostenrisiko, welches der vorsichtige Kläger beim Einklagen von allen potentiell haftpflichtigen Organpersonen einkalkulieren muss, kann unter Umständen über die Regelung der Nebenfolgen gemildert werden. Art. 759 Abs. 2 OR wird höchstrichterlich dahingehend ausgelegt, dass der Kläger im Fall seines Unterliegens – unabhängig davon, gegen wie viele Beklagte gemeinsam er den Gesamtschaden eingeklagt hat – das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei tragen muss, und nicht gegenüber jedem Beklagten.⁵⁸ Diese privilegierte Kostenverteilung gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung indes nicht apodiktisch. So hat der Richter den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen, und es kann sich rechtfertigen, mehreren beklagten Organen je eine Parteientschädigung zuzusprechen.⁵⁹ Ausserdem gilt die privilegierte Kostenverteilung zu Recht grundsätzlich nur für das erstinstanzliche Verfahren. Ihr Schutzzweck entfällt in der Regel vor der Rechtsmittelinstanz, da dort die Unsicherheit bezüglich der ins Recht zu fassenden Beteiligten weitgehend ausgeräumt ist.⁶⁰

2. Für den Beklagten

Bei einer Mehrzahl von Ersatzpflichtigen gilt im Verhältnis zum Geschädigten (Ausserverhältnis) gemäss Art. 759 Abs. 1 OR das Konzept der differenzierten Solidarität.⁶¹ Dabei ist die Tatsache, dass auch andere potentiell Haftpflichtige für den gleichen Schaden haftbar gemacht werden oder werden könnten, für den Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch Verantwortlichen im Prinzip unerheblich.⁶²

Im Innenverhältnis, d.h. unter den verschiedenen solidarisch Haftpflichtigen, ist der Rückgriff gemäss Art. 759 Abs. 3 OR vom Richter «in Würdigung aller Umstände» zu bestimmen.

Erhebt der Kläger nur gegenüber einem Mitglied des Verwaltungsrats eine Verantwortlichkeitsklage, kann es für den allein beklagten Verwaltungsrat – mit Blick auf sein Regressrecht – sinnvoll sein, im Verantwortlichkeitsprozess den Kreis der Haftpflichti-

⁵⁸ BGE 122 III 324, E. 7b (m.w.H.).

⁵⁹ Vgl. als Beispiel BGE 125 III 138, E. 2d.

⁶⁰ BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.1.

⁶¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER (Fn. 29), Art. 759 N 4; VOGT (Fn. 57), 25 f.; PETER R. ISLER, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Organpersonen, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: FS Nobel, Bern 2005, 199 (m.w.H.).

⁶² VOGT (Fn. 57), 38; ISLER (Fn. 61), 199 f.

gen zu erweitern, indem er weiteren potentiell Haftpflichtigen den Streit mittels Klage gemäss Art. 82 ZPO verkündet.

Mit der Streitverkündungsklage kann die streitverkündende Person bereits die Ansprüche geltend machen, welche sie im Fall des Unterliegens gegen die streitberufene(n) Partei(en) zu haben glaubt.⁶³ Ziel der Streitverkündungsklage ist es, dass der Richter in einem einzigen Prozess sowohl den Verantwortlichkeitsanspruch im Aussenverhältnis gegen den allein beklagten Verwaltungsrat beurteilt als auch gleich dessen bestehenden Regressansprüche gegen weitere solidarisch Haftpflichtige festlegt und damit das Innenverhältnis regelt.

Somit wird der allein in Anspruch genommene Verwaltungsrat mit Blick auf die Beurteilung des Rückgriffs bereits im Verantwortlichkeitsprozess auch das Mit- oder Alleinverschulden von potentiell Regresspflichtigen, namentlich der anderen Verwaltungsräte oder der (vermeintlichen) Delegationsempfänger, geltend machen können.

Ein solches Vorgehen hat für den allein beklagten Verwaltungsrat den Vorteil, dass er damit einen zweiten, nachgeschalteten (Regress-)Prozess und damit verbundene übliche Prozessrisiken vermeiden kann.

VII. Schlussbemerkungen

Die Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben können für einen Verwaltungsrat sehr einschneidende finanzielle Folgen haben, wenn der (vermeintliche) Delegationsempfänger pflichtwidrig, kausal und schuldhaft der Gesellschaft einen erheblichen Schaden verursacht. Dass der Verwaltungsrat dann persönlich in jedem Fall für den so verursachten Schaden in gesamter Höhe einstehen müsste, wie dies aufgrund des gesetzgeberischen Konzepts von Art. 754 Abs. 2 OR geschlossen werden könnte, erscheint ohne nähere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht sachgerecht.

Im Gegensatz zu Absicht und grober Fahrlässigkeit kann bei unternehmerischem Handeln ein geringeres Abweichen von der üblichen Sorgfalt – und somit eine leichte Fahrlässigkeit – auch verantwortungsbewussten Verwaltungsräten passieren. Dies hat HANS CASPAR VON DER CRONE in seinem programmatischen Aufsatz «Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?»⁶⁴ deutlich hervorgehoben. Er hat deshalb als rechtspolitisches Ziel gefordert, dass Verantwortung und Schadentragungsfähigkeit zur

⁶³ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich 2013, § 13 N 71.

⁶⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE, *Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?*, in: Weber/Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*, Zürich/Basel/Genf 2012, 83 ff.

Übereinstimmung zu bringen sind.⁶⁵ Dies müsse umso mehr gelten, als es nicht Aufgabe der Organe der AG sein könne, jegliches Risiko zu vermeiden.

Die hier vertretene Auffassung deckt sich daher im Ergebnis mit jener des Jubilars. Es ist aber schon *de lege lata* richtig und möglich, insbesondere bei der vom Gesetz erlaubten und bei den meisten Aktiengesellschaften gebotenen Delegation sowohl die Umstände, die angewendete Sorgfalt und das Risikoverhalten der beteiligten Personen generell als auch bei der Schadenersatzbemessung angemessen zu berücksichtigen. Ein wesentliches Ziel einer notwendigerweise risikobehafteten unternehmerischen Tätigkeit kann so durchaus schon heute zu einem wesentlichen Teil verwirklicht werden, wie es HANS CASPAR VON DER CRONE richtig und wohlbegründet fordert:

«Wer im Allgemeinen sorgfältig handelt, soll keine unübersehbaren Haftungsrisiken tragen müssen»⁶⁶.

⁶⁵ VON DER CRONE (Fn. 63), 95 ff.

⁶⁶ VON DER CRONE (Fn. 63), 94.