

André Nussbaumer

Schaden als Voraussetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen sind in den letzten Jahren markant angestiegen. Solche Ansprüche werden in der Regel dann geltend gemacht, wenn irgendwo Geld fehlt. Der Eintritt eines Schadens bildet – entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen – eine der Voraussetzungen, dass ein aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsanspruch durchgesetzt werden kann. Im folgenden wird auf diese Haftungsvoraussetzung näher eingegangen.

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit setzt voraus, dass ein Schaden eingetreten ist, die zur Verantwortung gezogenen Personen pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht. Den besonderen aktienrechtlichen Haftungsnormen ist bloss ein bestimmter Personenkreis unterstellt. Dabei handelt es sich um Personen, die mit der Ausgabe von Prospekten oder ähnlichen Mitteilungen (Art. 752 OR), mit der Gründung (Art. 753 OR), mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754 OR) sowie mit der Revision (Art. 755 OR) befasst sind.

2. Der Schadensbegriff im Verantwortlichkeitsrecht

Unerlässliche Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist das Vorliegen eines Schadens. Während im allgemeinen Sprachgebrauch unter Schaden jede Einbusse an Lebensgütern irgendwelcher Art zu ver-

stehen ist, wird der rechtliche Schadensbegriff enger gefasst: Schaden im Rechtsinne ist eine Vermögensverminderung. Er besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte¹. Aktienrechtlich relevant ist aller Schaden, nicht nur der sogenannte positive Schaden, das *damnum emergens*, sondern auch der entgangene Gewinn, das *lucrum cessans*.

In der Regel handelt es sich beim Schaden um eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Ausnahmen können sich je-

doch daraus ergeben, dass der Betroffene durch das ungewollte schädigende Ereignis in eine Zwangslage gerät und zu Aufwendungen oder Massnahmen veranlasst wird, die er sonst unterlassen hätte².

Im Verantwortlichkeitsrecht der AG spielt grundsätzlich nur der mit einer Beeinträchtigung wirtschaftlicher Art verbundene Schaden, also der Vermögensschaden, eine Rolle. Immaterielle Unbill, die durch schuldhaftes Verhalten der Organe allenfalls auch entstehen kann, ist in der Regel nicht zu beachten. Immerhin wird man die Berücksichtigung immaterieller Unbill und damit die Zusprechung von Genugtuung nicht absolut ausschliessen können. Der allgemeine Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 27 und 28 ZGB kommt zum Beispiel grundsätzlich auch den juristischen Personen zu.

Ein Teil der Lehre geht bei der aktienrechtlichen Gründerhaftung von einem besonderen Schadensbegriff aus. Der Schaden entspreche dort dem gezeichneten, aber nicht liberierten Aktienkapital plus Zins³. Bei der Gründungshaftung kann der



André Nussbaumer
Fürsprecher, Transliq AG

¹ OFTINGER/STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. 1 § 2 N 9

² FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 73

³ vgl. BGE 102 II 361f.

erlittene Schaden jedoch wohl auch grösser sein als das Liberierungsmanko, so dass auch hier auf den allgemeinen Schadensbegriff abgestellt werden kann⁴.

Falls ein Schaden nicht feststellbar ist, sind Verantwortlichkeitsansprüche gänzlich ausgeschlossen. Dies ist zum Beispiel bei einem rechtswidrigen Erwerb eigener Aktien zur Stützung des Kurses der Fall. Hier wird unter Umständen trotz rechtswidrigem Handeln der Organpersonen weder die Gesellschaft noch Aktionäre oder Gläubiger geschädigt. Ebenso wenig können Ersatzansprüche gestellt werden für Schaden, der bereits von anderer Seite gedeckt ist. So ist etwa bei Schadenersatzforderungen gegen Organe die im Konkurs der AG erzielte Konkursdividende an den Schaden anzurechnen. Für Schaden, der bereits durch Leistungen Dritter gedeckt ist, können ebenfalls keine Ersatzansprüche gestellt werden. Eine AG kann von einem Mitglied der Verwaltung zum Beispiel nicht Ersatz eines Schadens fordern, der bereits durch die Verwertung von Sicherheiten gedeckt ist⁵.

Welcher Schaden erlitten wurde, ist eine Tatfrage, die im Berufungsverfahren vor Bundesgericht grundsätzlich nicht zu überprüfen ist⁶. Rechtsfrage ist hingegen, ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt, auf unzulässige Berechnungsgrundsätze abgestellt oder das ihm zustehende Ermessen überschritten hat.

Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeichnet⁷. Der Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen befriedigt worden wäre. Das Bundesgericht hat den Satz des Schadenszinses in Anlehnung an Art. 73 I OR auf 5 % festgelegt.

3. Schadensnachweis und Schadensberechnung

Der eingetretene Schaden ist nachzuweisen, und zwar sowohl bezüglich des Be-

standes wie auch hinsichtlich seines Umfangs. Diese Beweislast obliegt gestützt auf die allgemeine Beweislastregel des Art. 8 ZGB dem Geschädigten. Grundsätzlich ist der Schaden im Einzelnen zu substantiieren, d.h. es ist der Schadensnachweis ziffernmässig in einer Schadensberechnung zu erbringen. Diese Substantiierung kann bei Verantwortlichkeitsklagen ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Insbesondere werden bei mittelbarer, indirekter Schädigung der Aktionär und der Gläubiger oft nicht in der Lage sein, Existenz und Höhe eines Schadens klar und ziffernmässig anzugeben, fehlen ihnen doch dafür die nötigen Kontroll- und Einsichtsrechte⁸. Die Mindestgliederung in Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang (Art. 663 OR ff.), die Pflicht zur Auskunft über die Organisation der Geschäftsführung (Art. 716b OR) und insbesondere die Sonderprüfung (Art. 697a OR ff.) erleichtern einem potentiellen Kläger jedoch die Beschaffung von Beweismaterialien und somit das Führen eines Verantwortlichkeitsprozesses.

Die Kollokation einer Forderung im Konkurs genügt nach Ansicht des Bundesgerichts für deren Substantiierung nicht. Der Kollokationsplan gebe Auskunft, wie die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen bestandes-, betrags- und rangmässig im Konkurs zu behandeln sind. Eine über das konkrete Konkursverfahren hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung komme der Kollokation aber nicht zu⁹.

Bei der Prospekthaftung bereitet die Substantiierung des Schadens häufig Schwierigkeiten. Grundsätzlich ist die durch die fehlerhafte Angabe kausal beim Erwerber des Titels verursachte Vermögensdifferenz zu ersetzen. Es ist somit ein Vergleich mit dem hypothetischen Wert des Wertpapiers anzustellen, den dieses hätte, wenn die mangelhafte Prospektausgabe korrekt formuliert worden wäre¹⁰.

Bei der Haftung für Verwaltung ist kausalistisch v.a. zu beachten, dass bei der Verletzung der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung der Schaden in der Verminderung der Aktiven liegt, die durch das Hinauszögern der Konkursliquidation eingetreten

ist. Weitere Präjudizien betreffen den entgangenen Zins, die Vermögensverminderung durch Pfandbelastung eines Aktivums sowie die Anrechnung des Erlöses aus der Verwertung von Sicherheiten¹¹.

Der durch eine Pflichtverletzung der Revisionsstelle verursachte Schaden wird häufig nur einen geringen Teil des Gesamtschadens ausmachen. Der in der Praxis weitaus häufigste Fall eines solchen Schadens ist das Anwachsen des Nettoverlustes zwischen dem Zeitpunkt, in dem die Überschuldung hätte festgestellt werden müssen und demjenigen, in dem sie festgestellt wurde bzw. der Konkurs eröffnet wurde. Dabei ist jeweils zu fragen, wie sich die Vermögenssituation der Gesellschaft entwickelt hätte, wenn die Revisionsgesellschaft sämtliche Pflichten erfüllt hätte¹². In einer Publikation der KPMG vom März 2000 wird nun jedoch ein Bundesgerichtsentscheid vom 31. Dezember 1998 erwähnt, bei dem die Überschuldung der Konkursitin zwischen 1988, als der Konkurs bei korrektem Verhalten der Revisionsstelle frühestens hätte eröffnet werden können und 1990, als die Konkurseröffnung erfolgte, nicht zugenommen, sondern im Gegenteil abgenommen hatte. Nach herkömmlicher Rechtsprechung hätte dies zur Abweisung der Verantwortlichkeitsklage führen müssen, da der Gesellschaft durch das Fehlverhalten der Revisionsstelle kein Schaden entstanden war. Im vorliegenden Fall hatten aber zwischen 1988 und 1990 neue Gläubiger der Konkursitin Gelder zur Verfügung gestellt und diese Gläubiger wären bei einer früheren Konkurseröffnung nicht zu Schaden gekommen. Das

⁴ vgl. BÖCKLI, Schweiz. Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 1071

⁵ BGE 95 II 320ff.

⁶ vgl. etwa BGE 116 II 444

⁷ vgl. u.a. BGE 122 II 53

⁸ FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 75

⁹ BGE 122 III 202; Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 2001 (4C.275.2000/rnd); AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 46 Rz. 46;

¹⁰ vgl. BÖCKLI, Schweiz. Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 1060

¹¹ WIDMER, Basler Komm., N 34 zu Art. 754 OR

¹² a.a.O., N 17 zu Art. 755 OR

Bundesgericht hielt nun dafür, dass die Konkursverwaltung den Schaden, welcher diesen Gläubigern erwachsen war, selbst geltend machen konnte.

Ist ein Schaden oder dessen Höhe nicht beweisbar, dann kann dessen Festsetzung durch den Richter mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen verlangt werden. Doch ist hervorzuheben, dass Art. 42 II OR dem Kläger die Pflicht zur Beweisführung und namentlich zur Substantiierung des Schadens nicht einfach abnimmt. Soweit möglich und zumutbar muss der Beweis durch eine genaue Berechnung angetreten werden. Im übrigen sind zumindest Tatsachen darzulegen, die mit einer gewissen Überzeugungskraft den Schadenseintritt belegen. Auch hat der Kläger glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 42 II OR gegeben sind. Andererseits ist festzuhalten, dass gemäss dieser Bestimmung nicht nur der Schadensumfang, sondern allenfalls auch der Eintritt eines Schadens als solcher durch richterliches Ermessen bestimmt werden kann. Fehlt es an der Glaubhaftmachung oder an einer zumutbaren Substantiierung, ist die Klage jedoch in der Regel abzuweisen¹³.

Durch den gleichen Vorgang, der eine Schädigung bewirkt, kann dem Geschädigten auch ein Vorteil entstehen. Dieser ist im Verantwortlichkeitsrecht wie im allgemeinen Haftpflichtrecht anzurechnen, bewirkt also eine Verminderung des Schadens. Der Umstand, dass eine Organperson im allgemeinen pflichtgemäss gehandelt hat, ist aber nicht etwa als Vorteil zu betrachten, der zu einer Reduktion des Schadens führen würde, ist doch die Organperson verpflichtet, nicht nur in der Regel, sondern stets pflichtgemäss zu handeln, und kann das Organ daher einen durch pflichtgemässe Geschäftsführung erzielten Gewinn nicht gegen von ihm zu vertretende Verluste aufrechnen. Keine Vorteile sind sodann allfällige Ersatzansprüche gegen weitere Verantwortliche oder andere Personen, gegenüber denen konkurrierende Ansprüche entstehen, wie etwa die Ansprüche gegen den Versicherer¹⁴.

Massgebender Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist nach der bundesgerichtlichen Praxis der Tag des Urteils derjenigen kantonalen Instanz, bei welcher prozessual zulässig noch neue Tatsachen vorgebracht oder berücksichtigt werden können¹⁵. Die Schadensberechnung ist für jeden Haftpflichtigen gesondert vorzunehmen, da eine verantwortliche Person nur für den von ihr verursachten Schaden einzustehen hat, für denjenigen Schaden also, der ihr persönlich zurechenbar ist (Art. 759 I OR).

Bei Verantwortlichkeitsprozessen kann eine genaue Berechnung des Schadens oft auch unterbleiben, weil nur ein Teil des Schadens eingeklagt und der Eintritt dieses Schadens offenkundig ist.

4. Schadenersatzbemessung

Grundsätzlich ist dem Geschädigten von den verantwortlichen Personen der ganze Schaden zu ersetzen. Aus verschiedenen Gründen kann jedoch eine Herabsetzung der Ersatzpflicht vorgenommen werden:

- gemäss Art. 44 I OR bei Selbstverschulden des Geschädigten und allenfalls anderer Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss. Wenn geschädigte Aktionäre oder Gläubiger die den beklagten Organen vorgeworfenen Pflichtverletzungen bewusst tolerierten, kann das Selbstverschulden auch zum gänzlichen Ausschluss der Schadenersatzpflicht führen;
- nach Art. 43 I OR bei nur leichter Fahrlässigkeit des Ersatzpflichtigen, und zwar nach der expliziten Regelung von Art. 759 I OR auch bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Keine Reduktion der Schadenersatzpflicht wurde zum Beispiel einem Verwaltungsrat einer AG gewährt, der 20-30 % des Grundkapitals spekulativ in Aktien einer Gesellschaft angelegt hatte¹⁶;
- allenfalls wegen unangemessen niedriger Entschädigung der haftpflichtigen Organpersonen (vgl. Art. 99 II OR) oder bei uneigennütziger Tätigkeit, dies jedoch nur gegenüber der Gesellschaft und informierten Aktionären;

- wegen besonderer Umstände in der Person des Schädigers (vgl. Art. 43 I OR), etwa weil der Verantwortliche an einer Krankheit litt, die seine Fähigkeiten einschränkte, allenfalls auch wegen einer Notlage, in die der Haftpflichtige durch vollen Schadenersatz versetzt würde (Art. 44 II OR).

Sind für denselben Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so löst dies grundsätzlich unter ihnen die Solidarität aus. Das heisst, der Kläger kann jeden von ihnen ins Recht fassen, bis der ihm zugesprochene Schadenersatzbetrag gänzlich beglichen ist. Neu steht aber der eine für den andern nur insoweit ein, als ihm der Schaden aufgrund seines eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Wer für sich allein Herabsetzungsgründe in Anspruch nehmen kann, kann dies somit auch als Solidarschuldner und zwar auch dann, wenn er solidarisch für einen anderen einstehen muss, der seinerseits diese Herabsetzungsansprüche nicht beanspruchen kann¹⁷.

In Verantwortlichkeitsprozessen ist der eingetretene Schaden oft derart hoch, dass auch eine Reduktion wegen eines Herabsetzungsgrundes die Schadenersatzpflicht nicht auf ein erträgliches Mass zurückführt.

5. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Eine der zentralsten Unterscheidungen im Bereich des Schadens ist diejenige zwischen dem unmittelbaren Schaden und dem mittelbaren Schaden. Im Verantwortlichkeitsrecht ist nach neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht das massgebende Kriterium für diese Abgrenzung. Die Art der Pflichtver-

¹³ FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 75f.

¹⁴ a.a.O., S. 76f.

¹⁵ vgl. z.B. BGE 125 III 17 und viele andere

¹⁶ BGE 99 II 181

¹⁷ Art. 759 I OR; BÖCKLI, Schweiz. Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 1103

letzung, die dem ins Recht gefassten Organ vorgeworfen wird, und die Interessen, deren Schutz die missachtete Vorschrift dient, entscheiden mithin darüber, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Schaden vorliegt. Ein unmittelbarer Gläubigerschaden liegt dann vor, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinn von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet. Werden hingegen Bestimmungen verletzt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt ein mittelbarer Schaden vor. Dieser ist ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft, nach Konkurseröffnung jedoch durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger im Sinn von Art. 757 II OR bzw. Art. 260 SchKG geltend zu machen¹⁸. Ein mittelbarer Schaden verursacht zum Beispiel ein Verwaltungsrat, der zu Lasten der AG ein Klumpenrisiko begründet, die Überschuldungsanzeige an den Richter unterlässt und nicht für eine ordnungsgemäss geführte Buchhaltung sorgt. Hier

handelt es sich um eine Verletzung von Vorschriften, die sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen¹⁹. Auch die blosser Unterzeichnung eines Vertrages durch das Organ einer überschuldeten Gesellschaft ohne vorangehenden persönlichen Kontakt in den Vertragsverhandlungen vermag dessen Haftpflicht für Gläubigerschaden nicht zu begründen. Weder sind damit aktienrechtliche Bestimmungen zum ausschliesslichen Gläubigerschutz verletzt, noch liegt darin ein Tatbestand der culpa in contrahendo²⁰. Eine unmittelbare Schädigung liegt hingegen vor, wenn ein Gesellschaftsorgan durch Vorlegung falscher Bilanzen und durch unwahre Angaben über den Vermögensstand der vertretenen Gesellschaft eine Bank zur Gewährung von Krediten veranlasst²¹. Unmittelbar geschädigt wären etwa auch Aktionäre, denen widerrechtlich Bezugsrechte vorenthalten werden.

Gestützt auf die erwähnte Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden gibt es im schweizerischen Aktienrecht fünf verschiedene Anspruchsgrundlagen: Zu unterscheiden ist zwischen den Ansprüchen aus dem Schaden der AG, aus dem unmittelbaren und mittelbaren Schaden des Aktionärs sowie

aus dem unmittelbaren und mittelbaren Schaden des Gläubigers. Aktionäre und Gläubiger, die aufgrund mittelbarer Schädigung klagen, können den gesamten der Gesellschaft verursachten Schaden einklagen, nicht nur die auf sie entfallende Quote (Art. 756 I, Art. 757 I OR).

Ein Blick auf die Realität zeigt, dass die Zahl der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen ist. Die publizierten Gerichtsentscheide vermitteln davon kein korrektes Bild, da die Mehrzahl der Verfahren durch Vergleich erledigt wird. Bei der Beurteilung der Verantwortlichkeit gilt es zu beachten, dass Vermögensminderungen im Wirtschaftsleben unvermeidbar sind. Ausgangspunkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist deshalb nicht der Eintritt eines Schadens, sondern der Nachweis einer Pflichtverletzung. Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen können jedoch bloss im Lehrbuch klar voneinander getrennt werden. In der Praxis gehen sie ineinander über und beeinflussen sich oft gegenseitig.

¹⁸ vgl. BGE 125 III 88

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 2001

²⁰ BGE 125 III 90

²¹ BGE 106 II 25