

**Basler Studien
zur Rechtswissenschaft**

Reihe A Privatrecht

Band 133

Valentin Baltzer
**Aktienrechtliche Geschäfts-
führungsverantwortlichkeit
und zertifizierte
Managementsysteme**

**Ein Beitrag zur Corporate Governance
und zum Einfluss von Drittstandards auf
die zivilrechtliche Haftung insbesondere
nach Art. 754 Abs. 1 OR**

Helbing Lichtenhahn Verlag

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft

Valentin Baltzer

Aktienrechtliche
Geschäftsführungsverantwortlichkeit
und zertifizierte Managementsysteme

Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,
Sabine Gless, Felix Hafner, Lukas Handschin, Peter Jung,
Kurt Pärli, Mark Pieth, Markus Schefer, Ingeborg Schwenzer,
Thomas Sutter-Somm, Daniela Thurnherr, Christa Tobler,
Corinne Widmer Lüchinger, Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe A: Privatrecht

Band 133

Valentin Baltzer

Aktienrechtliche
Geschäftsführungsverantwortlichkeit
und zertifizierte Managementsysteme

Ein Beitrag zur Corporate Governance und zum
Einfluss von Drittstandards auf die zivilrechtliche Haftung
insbesondere nach Art. 754 Abs. 1 OR

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4236-3

© 2019 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Meinen lieben Eltern, meiner lieben Jessie und unserem lieben Nachwuchs

«Willst du dich am Ganzen erquicken, so musst du
das Ganze im Kleinsten erblicken.»
Johann Wolfgang von Goethe

Vorwort

Gerne möchte ich hier allen danken, die mich beim Verfassen dieser Arbeit unterstützt haben. An erster Stelle möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Lukas Handschin, Rechtsanwalt, für seine wohlwollende und bereichernde Betreuung bei der Erstellung meiner Dissertation danken. Ebenso danke ich meinem Zweitbetreuer Prof. Dr. Dipl.-Biol. Herbert Zech für seine Zugänglichkeit und die Unterstützung bei der Entwicklung der Gedanken für diese Arbeit.

Für das stets offene Ohr, die vielen interessanten Gespräche (mit oder ohne juristischen Inhalt) und den erfrischenden Blick auf die Welt danke ich auch Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., an deren Lehrstuhl ich eine wunderbare Zeit verbringen durfte. So blieben auch meine Lehrstuhl-Kolleginnen und -Kollegen Dr. Tomie Keller, MLaw Florence Jaeger, ref. iur. Ilka Beimel, MLaw Claudio Marti, Advokat, und ref. iur. David Tebel nicht von Diskussionen über mein Dissertationsthema verschont. Ich durfte bei ihnen immer mit bereicherndem Input für meine Arbeit rechnen.

Ein besonderer Dank geht sodann an meine Kollegen Dr. Flurin Vionnet-Riederer und MLaw Daniele Simoniello vom Lehrstuhl Handschin für die unschätzbaren Rückmeldungen, die zahllosen wertvollen Gespräche sowie die hilfreichen Korrekturen und anregenden Anmerkungen zum Manuskript dieser Arbeit. Der Schweizerischen Normen-Vereinigung (SNV) danke ich für das Zurverfügungstellen der zitierten Normen; hier bedanke ich mich besonders für die Flexibilität von Frau Ruth Schneider.

Meinen Eltern, Dr. Monika Baltzer und Dr. Andres Baltzer, danke ich für die bedingungslose Unterstützung meines Wirkens sowie für die Entfaltungsmöglichkeiten, die sie mir zu allen Zeiten eröffneten. Meiner Ehefrau, lic. iur. Jessica Baltzer, Advokatin, bin ich dankbar für ihren steten Rückhalt. Auch beim Entstehen dieser Arbeit durfte ich auf ihre Hilfestellung in vielfacher Weise vertrauen. Auf den letzten Zeilen konnte mich sogar noch unser kleiner Gian begleiten und beflügeln. Auf meine liebe Familie kann ich in allen Lebenslagen zählen. Ihr sei diese Arbeit gewidmet.

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden grundsätzlich bis Januar 2017 berücksichtigt. Soweit ersichtlich sind seither keine Publikationen oder Urteile erschienen, die die wesentlichen Argumente oder Schlussfolgerungen dieser Arbeit verändern würden.

Kommentare und Anmerkungen nehme ich gerne auf valentin@baltzer.ch entgegen.

Basel, im November 2018

Dr. Valentin Baltzer, LL.M., Advokat

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
§ 1 Einleitung und zusammenfassender Überblick über die Arbeit	1
§ 2 Grundlagen	5
A. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen	5
I. Grundkonzept der Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als gemeinhin direkte oder indirekte und teilweise abhängige Aussenhaftung	5
1. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als ein global verbreitetes <i>Corporate Governance</i> -Instrument	5
2. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als konzeptionelle Aussenhaftung mit einem direkten und einem indirekten Modus	15
3. Die indirekte Aussenhaftung als teilweise abhängige Haftung	18
II. Haftung nach Art. 754 OR	19
1. Vorbemerkungen	19
a. Übersicht: Die gesetzliche Regelung und Hauptparameter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	19
b. Schadenskonstellationen: Gesellschaftsschaden und direkter Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden	21
c. Direkter/indirekter bzw. unmittelbarer/mittelbarer Schaden	22
d. Schadensausgleichsmechanismen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen	28
e. Anspruchs-/Forderungsträgerschaft, Sachlegitimation, Prozessführungsbefugnis und Prozessstandschaft	31
f. Entwicklung der Rechtsprechung	36
aa. Vorbemerkungen	36
bb. BGE 111 II 182: Ablösung der Theorie der Prozessstandschaft durch die Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage» bzw. die Theorie des materiellen Forderungsrechtes	39
cc. BGE 117 II 432: Begründung der sog. «Raschein-Praxis»	44
dd. BGE 122 III 176 («X-Corporation»): Umdefinition von direktem und indirektem Schaden im Konkurs	47
ee. BGE 131 III 306 («Biber Holding AG»): Rückdefinition von direktem und indirektem Schaden, aber Einschränkung der Aktivlegitimation im Konkurs	48

ff.	Ab BGE 132 III 342 («Schaumglas»): Modifizierte «Raschein-Praxis»	52
gg.	Sachlicher Anwendungsbereich und Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR und BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 und folgende Urteile	54
i.	Ausgangslage: Eingeschränkter eigenständiger Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung	54
ii.	Meinungsstand zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR	56
iii.	Erwägungen zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR	57
iv.	Anwendung von Art. 759 f. OR im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR	59
v.	Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR	60
vi.	Von BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 bis BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016 und Schlussfolgerungen	63
hh.	Abschliessende Bemerkungen zur Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechung	64
2.	Haftungsvoraussetzungen von Art. 754 Abs. 1 OR im Einzelnen . .	64
a.	Schaden	64
b.	Pflichtverletzung	65
aa.	Allgemeines	65
bb.	Grundlage des fehlenden Schutznorm-Erfordernisses im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR	67
cc.	Quellen der unter Art. 754 Abs. 1 OR relevanten Pflichten	70
i.	Allgemeines	70
ii.	Gesetz	70
iii.	Statuten als spezieller interner Drittstandard	71
iv.	Weitere interne Drittstandards	73
v.	Externe Drittstandards	76
(1)	Interne Quellen von Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften als spezielle externe Drittstandards	76
(2)	Internisierung externer Quellen bzw. Drittstandards ausserhalb der Konzernthematik	79
dd.	Pflichten nach ihren Arten	84
ee.	Generelle Sorgfaltspflicht und Mass der Sorgfalt nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR	85
i.	Allgemeines	85

ii.	Konkretisierung des (allgemeinen) Masses der Sorgfalt	89
(1)	Grundsätzliches	89
(2)	Mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR: Wirkungen und Qualifikationsmerkmale	96
(3)	<i>Compliance</i> und <i>Legal Risk Management</i>	101
iii.	<i>Business Judgment Rule</i>	102
ff.	Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR	106
c.	Kausalität	107
d.	Verschulden	108
e.	Anspruchsberechtigung und klageweise Durchsetzung	109
f.	Anspruchsverpflichtung	119
3.	Décharge	120
4.	Verjährung	121
5.	Solidarität	121
6.	Prozessuales: Zuständigkeit und Kosten	122
7.	Würdigung: Überflüssigkeit der modifizierten «Raschein-Praxis» mit dem hiesigen Verständnis	123
III.	Weitere Haftungstatbestände der indirekten Aussenhaftung	126
IV.	Haftungstatbestände der direkten Aussenhaftung	127
1.	Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR und ff.	127
2.	Haftung nach Art. 9 Abs. 3 UWG	129
3.	Vertrauenshaftung i.w.S.	134
4.	Der Vollständigkeit halber: Haftung aus weiteren Haftungsgrundlagen	136
B.	Unternehmenszertifizierungen und Managementstandards	137
I.	Vorbemerkungen	137
II.	Zertifizierungen im Allgemeinen und Unternehmenszertifizierungen im Besonderen	137
1.	Grundlegendes	137
a.	Zertifizierungen im Allgemeinen	137
aa.	Eine Definition	137
bb.	Zertifizierungen im Kontext des Produktesicherheitsrechts der EU	138
cc.	Nachvollzug und Grundordnung des Zertifizierungswesens der Schweiz	140
dd.	Weitere Begriffsbestimmung	141
ee.	Zertifizierungsverfahren	143
ff.	Zertifikat: Inhalt und Hinweisung (u.a. mit Kennzeichnung)	144

b.	Gegenstand von Zertifizierungen: Unternehmenszertifizierungen im Besonderen	145
2.	Zertifizierungsdreieck	148
III.	Managementstandards	151
1.	Hintergrund und Relevanz von Managementstandards	151
2.	Inhalt der (hier besonders interessierenden) Managementstandards SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015	157
3.	Managementstandards als Standards besonderer Art	161
§ 3	Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen	163
A.	Vorbemerkungen	163
B.	Fallbeispiele	165
I.	Vorbemerkungen	165
II.	<i>In re: BP p.l.c. Securities Litigation</i> , MDL No. 2185	165
III.	VW-Abgasskandal	167
C.	Haftungsrelevanz für den Unternehmensträger	169
I.	Unmittelbare Wirkung	169
1.	Nicht eingeführter Managementstandard	169
a.	Gesetzlich unmittelbar wirkender Standard im Sinne eines Mindeststandards oder gesetzlichen Standards	169
aa.	Vorbemerkung	169
bb.	Formelle Verweise auf die Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 im Gesetz	169
cc.	Materielle Inkludierung der Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 in den gesetzlichen Vorgaben	171
b.	Vertraglich unmittelbar wirkender Standard	173
2.	Intern eingeführter Managementstandard sowie zertifizierter Managementstandard	174
II.	Mittelbare Wirkung	175
1.	Vorbemerkungen	175
2.	Nicht eingeführter Managementstandard	175
a.	SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als allgemeiner gesetzlicher Standard der Sorgfalt?	175
aa.	Vorbemerkungen	175
bb.	Formelle Bezeichnung von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als allgemein anwendbarer Sorgfaltsmassstab	176

cc.	Materieller Einbezug der Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 in den allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstab	177
dd.	Die Befolgung von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 hätte den Schaden nicht verhindert (rechtmässiges Alternativverhalten)	179
b.	SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als Branchenstandard in Bezug auf die Sorgfalt?	180
3.	Intern eingeführter Managementstandard	181
4.	Zertifizierter Managementstandard	181
III.	Haftungsmässiger Einfluss des (Nicht-)Wissens auf der Berechtigten Seite über den Kontext des Zertifikates bei zertifizierten Managementstandards	184
D.	Haftungsrelevanz für Organpersonen des Unternehmensträgers	186
I.	Vorbemerkung	186
II.	Indirekte Aussenhaftung	187
1.	Unmittelbare Wirkung	187
a.	Nicht eingeführter Managementstandard	187
b.	Intern eingeführter Managementstandard und zertifizierter Managementstandard	190
2.	Mittelbare Wirkungen	190
a.	SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 als mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR?	190
aa.	Nicht eingeführter Managementstandard	190
bb.	Intern eingeführter Managementstandard	192
cc.	Zertifizierter Managementstandard	192
b.	Sonstiger mittelbarer Einfluss von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 auf die Pflichten von Organpersonen nach Art. 754 Abs. 1 OR	195
III.	Direkte Aussenhaftung	196
IV.	(Gesamt-)Fazit	197

§ 4 Mathematische Rezeption der Ergebnisse: Haftungsrelevanz von zertifizierten Managementstandards im Sinne von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 für Organpersonen in einem risikobasierten Analysemodell 201

A.	Vorbemerkungen	201
B.	Abhängigkeit der Haftungssituation der Organperson von der Haftungssituation der Gesellschaft und Risikovolumen der Organperson in der indirekten Aussenhaftung	203

C.	Haftungsrisiko der Gesellschaft	204
D.	Haftungsrisiko der Organperson in der indirekten Aussenhaftung	207
E.	Integration der direkten Aussenhaftung in das Modell	208
F.	Erkenntnisse aus dem risikobasierten Analysemodell auf Grundlage des VaR	209
I.	Fazit aus dem VaR-Modell in Bezug auf die Veränderung des Haftungsrisikoprofils einer Organperson durch die Zertifizierung eines Managementsystems im Sinne von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001	209
II.	Berechnungsbeispiel bezüglich einer zertifizierten Gesellschaft im Dienstleistungsbereich	211
III.	Berechnungsbeispiel bezüglich einer zertifizierten Gesellschaft ausserhalb des Dienstleistungsbereiches	212
	Abkürzungsverzeichnis	215
	Literaturverzeichnis	223
	Materialienverzeichnis	253

§ 1 Einleitung und zusammenfassender Überblick über die Arbeit

Im Ausgangspunkt dieser Arbeit steht die Feststellung, dass «[u]ngeklärt ist, 1
welche Bedeutung die Befolgung bestimmter betriebswirtschaftlicher Manage-
ment- oder Organisationsmodelle für die Frage der Pflichtwidrigkeit»¹ in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hat. So simpel und abgegrenzt die Ausgangslage damit scheint, zeigt ein genauerer Blick auf die Thematik doch deren Vielschichtigkeit. So handelt es sich bei Management- und Organisationsmodellen in erster Linie um Modelle zur Organisation des Unternehmensträgers und nicht der für ihn verantwortlichen natürlichen Personen bzw. Organpersonen. Als weiterer bedeutender Aspekt zeigt sich etwa auch der Grad der Einführung solcher Modelle, der sich in einem breiten Spektrum von stiller interner Anwendung bis hin zu einer formalisierten, auch marketingtechnisch relevanten Zertifizierung durch einen Dritten bewegen kann.

Daran anschliessend ist das fokussierte Ziel in dieser Arbeit insbesondere das 2
bessere Verstehen der Wirkungszusammenhänge bezüglich der Frage, wie Unternehmenszertifizierungen als Zertifizierungen von entsprechenden Managementsystemen die Haftungssituation von geschäftsführenden Organpersonen beeinflussen. Es geht hier also vor allem darum, die *Relevanz von zertifizierten Managementsystemen auf die Haftungssituation von geschäftsführenden Organpersonen* herauszuarbeiten. Auf diesem Weg wird der Einfluss von Drittstandards auf die zivilrechtliche Haftung sodann auch aus einer generelleren Perspektive aufgegriffen. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf die Haftung von geschäftsführenden Organpersonen des Aktienrechts gemäss dem Schweizer Recht gelegt.

Dazu ist als Grundlage zunächst zu betrachten, wie sich die aktienrechtliche 3
Verantwortlichkeitsordnung für geschäftsführende Organpersonen darstellt. In einer generellen Betrachtung (siehe § 2A.I, Rn. 12 ff.) wird hierzu vorab dargelegt, dass geschäftsführende Organpersonen zunächst sowohl in einem *direkten als auch in einem indirekten Modus* haften können. Ferner wird aufgezeigt, dass es sich bei der Haftung der Organperson im indirekten Modus um eine teilweise von der Haftung der Gesellschaft selbst *abhängige Haftung* handelt.

Als zentrale Haftungsnorm für den *indirekten Modus* wird sodann detailliert 4
auf Art. 754 Abs. 1 OR eingegangen (siehe § 2A.II, Rn. 25 ff.). Dabei wird ein

¹ SPINDLER, MüKo, § 93 AktG Rn. 30.

eigener Ansatz mit Bezug auf die Anwendung der Bestimmungen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung dargelegt, insbesondere im Hinblick auf die hier als überflüssig empfundene sogenannte «Raschein-Praxis» des Bundesgerichtes².

- 5 Für den *direkten Modus* der Haftung der geschäftsführenden Organpersonen werden sodann vor allem Tatbestände und entscheidende Fragen beleuchtet, die mit Blick auf Zertifizierungen bzw. die Hinweisung auf ein Zertifikat nach ausser Beachtung verdienen (siehe § 2A.IV, Rn. 237 ff.). Im Mittelpunkt stehen dabei Art. 41 Abs. 1 OR, Art. 9 Abs. 3 bzw. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG sowie die Vertrauenshaftung i.w.S.
- 6 Zum Abschluss der Grundlagen wird schliesslich besprochen, was unter Unternehmenszertifizierungen bzw. Zertifizierungen von Managementsystemen zu verstehen ist und worum es sich damit verbunden bei Managementstandards handelt (siehe § 2B, Rn. 259 ff.). Dazu wird zuerst das Phänomen der *Zertifizierung* erläutert und rechtlich eingeordnet, wobei dessen Ursprung in der Produktezertifizierung und schliesslich auch in der Produktesicherheit liegt (siehe § 2B.II.1.a, Rn. 260 ff.). *Unternehmenszertifizierungen sind sodann Zertifizierungen besonderer Art*, wobei es letztlich um die Zertifizierung eines in einem Managementstandard dargelegten Managementsystems geht (siehe § 2B.II.1.b, Rn. 279 ff.).
- 7 Damit ist noch genauer zu untersuchen, worum es sich bei *Managementstandards* handelt (siehe § 2B.III, Rn. 293 ff.). Zum besseren Verständnis wird deren Hintergrund und Entwicklung aufgezeigt, bevor auf ihren eigentlichen Inhalt eingegangen wird. Ein näherer Blick wird schliesslich vor allem auf die Managementstandards SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 geworfen, da diese einerseits weitverbreitet, aber andererseits auch Vorlage für viele andere Managementstandards sind. Es zeigt sich, dass diese *Managementstandards inhaltlich Standards besonderer Art* sind, da sie grundsätzlich als Organisationsstandards vielmehr vorgeben, *was zu tun ist*, als *wie* oder *durch wen* etwas auszuführen ist.
- 8 Sind die Grundlagen eingeführt, widmet sich der nächste Teil der Arbeit (siehe § 3, Rn. 317 ff.) der Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen. Die Erkenntnisse aus dem ersten Teil der Arbeit werden dabei zur Beantwortung der vorliegend primär interessierenden Frage nach der Relevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für die Haftungssituation von geschäftsführenden Organpersonen zusammengeführt. Um an dieser Stelle zum Kern der Arbeit vorzudringen, ist aufgrund der teilweise abhängigen Haftung der Organperson vorab aber auch auf

² Vgl. dazu zusammenfassend Rn. 226 ff. hiernach.

die Haftungssituation des Unternehmensträgers bzw. der Gesellschaft mit Bezug auf Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen einzugehen.

Als *strukturell* zentral erweist sich hier die Frage, ob die Wirkung von Managementstandards über den Sorgfaltsbegriff und so mithin mittelbar einfließt oder aus einem anderen Grund unmittelbar. Als weiterer Bezugspunkt erweist sich der Grad der Einführung für die Wirkungen eines Managementstandards als wesentlich, also die Frage, ob dieser beim Unternehmensträger gar nicht, nur intern oder mit einer nach aussen getragenen Zertifizierung eingeführt wurde. Die Wirkungen können sich letztlich als haftungsbelastend, aber auch als erleichternd erweisen. Ein überblicksmässiges Fazit zur Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für geschäftsführende Organpersonen rundet diesen Teil als eigentlichen Kern der Untersuchung ab (siehe § 3D.IV, Rn. 397 ff.). Dieses Fazit darf damit auch als Gesamtfazit bzw. Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit verstanden werden.

Da es sich aufgrund der Einzeleffekte als problematisch erweist, generelle Aussagen zur Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für Organpersonen zu machen, wird in einem letzten Teil im Sinne einer mathematischen Rezeption der Ergebnisse (siehe § 4, Rn. 404 ff.) mit einem Modell versucht, eine allgemeinere Aussage zu fassen. Betrachtet wird vor allem die Veränderung des Risikoprofils einer Organperson bei einer nach aussen getragenen Zertifizierung eines Managementsystems. Nutzbar wird dabei die Berechnung des sogenannten *Value at Risk* (VaR) bzw. von dessen Veränderung für die Organperson bei einer entsprechenden Unternehmenszertifizierung gemacht. Die Untersuchung bleibt rein konzeptioneller Natur, ohne dass empirische Daten in diese einbezogen werden.

Das auf dem *VaR aufbauende und so letztlich risikobasierte Analysemodell* erlaubt zum Schluss als transparent gemachte Konsequenz eine zumindest im Ausgangspunkt kritische Aussage über die Wirkungen von Unternehmenszertifizierungen im Dienstleistungssektor auf die Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen. Dies ist insofern interessant, als Unternehmenszertifizierungen im Dienstleistungssektor mit der jüngsten Revision von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 zusätzlich an Aktualität gewonnen haben³.

³ Vgl. HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 2 und 11.

§ 2 Grundlagen

A. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen

I. Grundkonzept der Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als gemeinhin direkte oder indirekte und teilweise abhängige Aussenhaftung

1. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als ein global verbreitetes *Corporate Governance*-Instrument

In modernen Marktwirtschaften rund um den Globus hat sich insbesondere über 12 die letzten 200 Jahre eine Organisationsform durchgesetzt, die grundsätzlich die fünf folgenden Merkmale aufweist: eigene Rechtspersönlichkeit, Führung durch eine grundsätzlich von der Eigentümerschaft getrennten (bzw. mit dieser nicht notwendigerweise deckungsgleichen) Geschäftsführung, beschränkte Haftung (für die Eigentümer), Vermittlung der Eigentümerstellung durch grundsätzlich frei übertragbare Anteile und Abhängigkeit des Eigentums an der Gesellschaft (im Sinne von Kontrolle und Anteil am Geschäftsergebnis) von Kapitalbeiträgen^{4,5} Bei einem nicht nur rechtlichen, sondern immer mehr auch faktischen

⁴ ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, *Corporate Law*, S. 5 ff., wobei relativierend dabei auch Gesellschaftsformen eingeschlossen sind, bei denen einzelne Aspekte aufgeweicht sind, vgl. ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, *Corporate Law*, S. 16, 17 f. Diese fünf Elemente werden in der Literatur bisweilen auch auf die vier erstgenannten reduziert, ohne dass damit notwendigerweise eine andere inhaltliche Aussage verbunden ist, vgl. auch FERRARINI, *Origins*, S. 189; CLARK, *Corporate Law*, S. 2; DAVIES, *Company Law*, S. 9. Nach der Einordnung des schweizerischen Rechts handelt es sich dabei primär um die Aktiengesellschaft und die mit ihr verwandten juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften des OR. Im Einklang mit diesem einheitlichen funktionalen Befund stehen im Übrigen die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 752 ff. OR bei der Organhaftung auch allgemein im Zentrum, da diese Kraft Verweis auf die Bestimmungen des Aktienrechts in Art. 769 Abs. 1 i.V.m. 764 Abs. 2 OR für die Kommanditaktiengesellschaft, in Art. 827 OR für die GmbH, Art. 920 OR für Kreditgenossenschaften und Versicherungsgesellschaften und Art. 145 Abs. 4 KAG auch für die SICAV und SICAF gelten und in Bezug auf gewöhnliche Genossenschaften Art. 916 und 917 OR den aktienrechtlichen Bestimmungen zumindest nachempfunden sind (wobei sich die Genossenschaft auch dadurch von den anderen genannten Gesellschaften unterscheidet, dass die freie Übertragung von Anteilen aufgrund von Art. 849 Abs. 1 OR nur eingeschränkt bzw. nicht möglich ist sowie nach Art. 832 Ziff. 3 OR die Eigentümerstellung auch unabhängig von Kapitalleistungen denkbar ist, vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 19 Rn. 49 und 65), GERICKE/WALLER, *BSK OR II*, Art. 916 OR Rn. 1; KUKO *OR-LEH-*

MANN, Art. 916 OR Rn. 1 und Art. 917 OR Rn. 1 f. Die Haftung der Organe bei Verein und Stiftung richtet sich demgegenüber grundsätzlich nach Delikts- und vor allem Vertragsrecht, RIEMER, SHK ZGB, Art. 55 ZGB Rn. 15 f. Der besseren Lesbarkeit wegen sind unter Titel § 2A.I im Nachfolgenden bei Bezugnahme auf «Gesellschaften» oder «Corporations» grundsätzlich solche gemeint, die die genannten fünf Grundmerkmale aufweisen.

- ⁵ Die Wurzeln dieser Organisationsform gehen bis in die mittelalterlichen Körperschaften und Händler- und Handwerkszünfte (Gilden) zurück, vgl. etwa STRÄTLING, Aktiengesellschaft, S. 23 ff.; CARR, Early Forms, S. 162 ff. und 176 ff., wobei der genaue Ursprung mindestens bei den kontinental-europäischen Rechtsordnungen neben der *commenda* und ähnlichen Gesellschaftsformen im Dunkeln liegt, vgl. BEUSCH, Aktiengesellschaft, S. 10; siehe auch FERRARINI, Origins, S. 191. Einen weiteren Schritt in der Entwicklung bildeten sodann die Handelskompanien zur Kolonialisierung und Ausbeutung der neu entdeckten Welt ab dem Ende des 16. Jahrhunderts. Berühmt sind namentlich die englische, im Jahr 1600 gegründete *East India Company* (EIC) sowie die niederländische, im Jahr 1602 gegründete Vereinigte Niederländische Ostindienkompagnie (kurz «VOC») in Anlehnung an die niederländische Bezeichnung). Die VOC war wie die anderen Handelskompanien ihrer Zeit eine Monopolgesellschaft und sorgte für die Belieferung von Europa mit Gewürzen aus Asien über den risiko- aber (wegen den grösseren transportierbaren Mengen als wie bisher über den Landweg) auch ertragreicheren Seeweg, vgl. FERGUSON, Money, S. 127 ff. Sie wird allerdings gemeinhin als die erste Aktiengesellschaft im eigentlichen Sinne betrachtet und ihre Gründung wird als die Geburtsstunde des modernen Gesellschaftsrechts angesehen, vgl. GEPKEN-JAGER/VAN SOLINGE/TIMMERMAN, Preface VOC, S. IX; KRNETA, Abenteurer, S. 17 ff., denn die VOC vereinte als erste Gesellschaft die genannten fünf Merkmale durch die Einführung der öffentlichen Ausgabe übertragbarer Stammanteile, vgl. GEPKEN-JAGER, VOC, S. 44. Das VOC-Konzept prägte vor allem die Rechtsentwicklung auf dem Kontinent, vgl. GEPKEN-JAGER/VAN SOLINGE/TIMMERMAN, Preface VOC, S. X, hinsichtlich der darauf folgenden Entwicklung der ersten Aktiengesellschaften im Gebiet der heutigen Schweiz, vgl. KRNETA, Abenteurer, S. 59 ff. Die englische Entwicklung orientierte sich hingegen vielmehr an den Erfahrungen mit der EIC, vgl. HARRIS, East India Company, S. 246 f. Von ihren neuzeitlichen Nachfahren unterschied sich das Konzept der VOC bzw. der EIC aber vor allem darin, dass diese eigens und singulär vom Staat konzessioniert, d.h. durch einen spezifischen Staatsakt bzw. ein Gesetz ins Leben gerufen wurden. Der französische Code de Commerce aus dem Jahr 1807 markiert diesbezüglich den Wendepunkt von einem individuellen zu einem generellen, d.h. auf generellen gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Konzessionssystem. Obwohl die Erteilung der Konzession noch im Ermessen des Staates lag, wurde diese alsbald zur Regel, vgl. HOPT, Comparative Company Law, S. 1164; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 10 Rn. 21; KRNETA, Abenteurer, S. 8 f. Der Code de Commerce von 1807 fand als Vorlage für Kodifikationen anderer Staaten sodann weite Beachtung und läutete damit vor gut 200 Jahren die neuzeitliche Verbreitung der hier betrachteten Organisationsform ein, vgl. HOPT, Comparative Company Law, S. 1164 f. Der Schritt vom generellen Konzessionssystem zur freien Inkorporierung bzw. zum System der Normativbestimmungen war damit nicht mehr weit und wurde nach dem Startschuss von England im Joint Stock Companies Act von 1844 auch in anderen Kodifikationen vollzogen, vgl. PISTOR/KEINAN/KLEINHEISTERKAMP/WEST, U. Pa. J. Int'l Econ. L. 2002, S. 807. Vgl. zur seit der Unabhängigkeit von England anderen und eigenständigen Entwicklung in den

Auseinanderfallen von Eigentümerschaft und Geschäftsführung⁶ leitet sich das folgende von BERLE/MEANS akzentuierte⁷, für diese *Corporations* beschriebene und untersuchte Problem ab: Zwischen den Interessen der Eigentümerschaft (d.h. der Anteilseigner bzw. Aktionäre) und der Geschäftsführung (d.h. des Managements) bestehen mindestens in einem gewissen Umfang Gegensätze. Bei solchen Konflikten wird die in Kontrolle befindliche Geschäftsführung beim Fehlen griffiger Überwachung grundsätzlich den Eigeninteressen Vorrang geben, statt sich für die Interessen der Eigentümerschaft einzusetzen⁸.

USA (New York war 1811 an sich der erste Staat, der wenigstens für einen beschränkten Industriezweig zu einer freien Inkorporierung übergang) und insb. auch in Delaware, wo wie in anderen US-Staaten auch die individuelle Konzessionierung noch länger Anklang fand, aber wegen Korruptionsgefahr schliesslich am Ende des 19. Jahrhunderts unterbunden wurde, *dies.* S. 808; ferner allgemein auch GOMORY/SYLLA, *Daedalus* 2013/2, S. 104. Ein selbstverständlicheres Element brauchte allerdings (gerade in den USA) noch etwas länger, bis es sich gefestigt durchsetzte: Die meisten Rechtsordnungen machten die beschränkte Haftung erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zur Regel. Auch in Delaware war es erst ab 1883 möglich, durch eine Bestimmung in den Statuten die Haftung zu begrenzen, es brauchte aber schliesslich bis 1967, bis die beschränkte Haftung zur dispositiven Regel wurde. In Kalifornien bestand die beschränkte Haftung sogar grundsätzlich erst ab 1931. Zur Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert umfassender rechtsvergleichend vgl. PISTOR/KEINAN/KLEINHEISTERKAMP/WEST, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 2002, S. 791 ff. und 798 ff. und darüber hinaus auch BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, S. 7 f. für die Schweiz.

⁶ BERLE/MEANS, *Modern Corporation*, S. 68, 69.

⁷ Bereits ADAM SMITH äussert sich zur Problematik des Interessenskonfliktes bei der Trennung von Eigentümerschaft und Geschäftsführung bzw. Eigentümerstellung und Verfügungsgewalt in solchen Gesellschaften, SMITH, *Wealth of Nations*, S. 124. Vgl. weiter auch etwa bei BÜHLER, *Corporate Governance*, Rn. 383 ff. und GABRIELSSON/HUSE, *Governance theory*, S. 238 die ausgewählten Stimmen, die sich ebenfalls schon vor BERLE/MEANS zur Trennungsproblematik äusserten.

⁸ BERLE/MEANS, *Modern Corporation*, S. 119 f. und 121 ff. Die beschriebene Folgerung dürfte ferner noch dadurch verstärkt werden, dass sich bei den betreffenden Gesellschaften vor dem Hintergrund der Loslösung der Eigentümerstellung von der Verfügungsgewalt darüber hinaus das Element der beschränkten Haftung grundsätzlich in der Trennung der (persönlichen) Haftung nicht nur von der Eigentümerschaft, sondern auch von der Verfügungsgewalt bzw. Kontrolle äussert, da die in Kontrolle stehende Geschäftsführung grundsätzlich nicht für die Schulden der Gesellschaft eintreten muss, siehe auch GRANTHAM, *Limited Liability*, S. 3; SCHALL, *ECFR* 2011, S. 478. Die disziplinierende Funktion persönlicher Haftung in der Geschäftsführung (wie sie illustrativ etwa in der Kommanditgesellschaft implementiert ist), geht damit verloren. Die damit einhergehende prinzipielle Freiheit der Geschäftsführung dürfte dem Vorrang von Eigeninteressen noch weitergehend Vorschub leisten. Vgl. auch EASTERBROOK/FISCHEL, *U. Chi. L. Rev.* 1985, S. 115 f. mit dem Hinweis auf die generelle Problematik der Auflegung der Geschäftsführung von Haftung (da diese das Risiko kaum differenzieren kann) und der Unklarheit, ob dies zum gewünschten Resultat führt. Vgl. hierzu auch GRANTHAM, *Limited Liability*, S. 44 f., der parallel zur Situation mit den Aktionären den problematischsten Diskussionsbereich letztendlich in Bezug auf unfreiwillige Gläubiger sieht.

Die empirischen Untersuchungen von BERLE/MEANS zu grösseren (US-amerikanischen) börsenkotierten Aktiengesellschaften in den 1920/30er-Jahren zeigten, dass ebendiese Überwachungs- bzw. Kontrollmechanismen bei einer weitgestreuten Eigentümerschaft bzw. einem weit gestreuten Aktionariat nicht mehr zu funktionieren scheinen. In der Konsequenz muss ohne Gegensteuer über längere Sicht bei solchen Gesellschaften eine den Eigeninteressen verhaftete Geschäftsführung hervortreten.⁹

- 13 Das angesprochene Interessenkonflikt-Problem wurde später in den 1960er- und 1970er-Jahren genereller als *Principal-Agent*-Problem wieder aufgegriffen und in einer formalen *Agency Theory* analysiert¹⁰. Die von BERLE/MEANS empirisch aufgezeigte und generell befürchtete (Kontroll-)Apathie der Anteilseigner wurde letztlich mit Blick auf das *Collective Action*-Problem¹¹ als rational erklärt: Soweit die *agency costs*¹² bzw. genauer die *monitoring costs*¹³ eines einzelnen

⁹ BERLE/MEANS, *Modern Corporation*, S. 47 ff., 245 f., 275, 277 f., 354. Das Resultat der rechtlichen Einrichtung der Trennung von Eigentümerschaft und Geschäftsführung kulminiert demnach faktisch darin, dass die Eigentümerschaft vollständig von der Kontrolle getrennt werden kann.

¹⁰ ROSS, *Am. Econ. Rev.* 1973, S. 134 ff.; JENSEN/MECKLING, *JFE* 1976, S. 305 ff.; FAMA/JENSEN, *J. Law Econ.* 1983, S. 301 ff. Vgl. auch GABRIELSSON/HUSE, *Governance theory*, S. 238 ff.

¹¹ OLSON, *Collective Action*, im vorliegenden Zusammenhang insb. S. 44 f. und 55 f.: OLSON argumentiert grundsätzlich unter der Voraussetzung, dass Einzelne nicht von dem einem Kollektiv zukommenden Nutzen ausgeschlossen werden können und dass letztlich alle Teilnehmer des Kollektivs unabhängig von ihren Beiträgen von einem sich einstellenden Nutzen profitieren. Er nimmt sodann unter anderem eine Kategorisierung anhand der Gruppengrösse in drei hier interessierende Gruppentypen vor, nämlich privilegierte, mittelgrosse und latente Gruppen, wobei sich der dem Kollektiv zukommende Nutzen bzw. das sog. Kollektivgut in Letzterer (als der entsprechenden Kategorie für Aktiengesellschaften mit weitgestreutem Aktionariat) generell nicht einstellt, trotz an sich positivem kollektiven Nutzensaldo. HARDIN, *Collective Action*, S. 39 ff. und 67 ff., stellt später für die Kategorisierung nicht generell auf die Gruppengrösse, sondern auf das Kosten-Nutzen-Verhältnis ab (soweit der individuelle Ertrag die individuellen Kosten bei mindestens einem Teilnehmer übersteigt, ist die Gruppe privilegiert, andernfalls ist sie latent und das Kollektivgut wird kaum bereitgestellt) und entwickelt damit auch OLSONS Theorie weiter, die besagt, dass sich in latenten Gruppen auch effiziente Untergruppen einstellen können. Vgl. auch SPILLMANN, *Institutionelle Investoren*, S. 169 ff. mit einer Übersicht zur Logik kollektiven Handelns in Publikumsgesellschaften m.w.H.; vgl. darüber hinaus auch RUEF, *Entrepreneurial groups*, S. 216 ff. unter anderem mit Blick auf kleinere Gesellschaften.

¹² Verstanden als die Summe der in einem *Agency*-Verhältnis auftretenden Kosten für das Herbeiziehen eines *Agents* bzw. «Beauftragten» durch einen *Principal* bzw. «Auftraggeber», bestehend aus *monitoring costs* des *Principals*, den *bonding costs* des *Agents* und dem *residual loss*, grundlegend dazu JENSEN/MECKLING, *JFE* 1976, S. 308.

¹³ Diese können im Übrigen sonst durch Informationsasymmetrien verschärft sein, wie sie sich gerade zwischen Aktionären und der Geschäftsführung in grossen Aktiengesell-

Aktionärs seinen durch eine Kontrollaktion erwarteten Ertrag übersteigen, wird dieser nicht eine *Voice*-Option mit einer entsprechenden aktiven Ausübung seiner Kontrollrechte wählen, auch wenn für die Aufwand- und Ertragsrechnung für das Kollektiv der Aktionäre an sich ein positiver Saldo zu erwarten wäre. Vielmehr wird der Aktionär aus einem *Moral Hazard*- bzw. *Free Ride*-Grund (mit der Hoffnung, dass ein anderer mit den entsprechenden Kosten die nötigen Massnahmen ergreift, von denen er dann auch profitiert) in seiner *Loyalty*-Position verharren oder die *Exit*-Option wählen, ohne dass in der Folge die Geschäftsführung von Überwachungsvorstössen der Anteilseigner behelligt würde^{14, 15} Je weiter das Aktionariat bzw. die Gruppe verteilt ist, desto ausgeprägter ist das *Collective Action*-Problem, da sodann das Bilden entsprechender Koalitionen unter den Anteilseignern zunehmend erschwert bzw. verteuert wird. Ferner erhöht eine ausgeprägte Liquidität von Aktienmärkten den Anreiz der Anteilseigner, die *Exit*-Option zu wählen, da deren Opportunitätskosten im Vergleich zur *Voice*-Option verringert werden¹⁶. Im grundsätzlich aus diesen Elementen entstehenden und ohne weitere Massnahmen immer ausgeprägteren Kontrollvakuum kann die Geschäftsführung praktisch ungestört mit fremden Ressourcen Eigeninteressen verfolgen.

Das beschriebene «Kontrollvakuum zugunsten von Eigeninteressen» kann letztlich wieder mit Blick auf BERLE/MEANS und der von ihnen erwarteten Konsequenz vor allem durch die Verwendung an sich fremder Ressourcen durch die Geschäftsführung stossende und unerwünschte Resultate haben^{17, 18} BERLES

schaften einstellen und die unter anderem in diesem Kontext mit Transparenz abgemildert werden sollen, siehe dazu BÜHLER, Corporate Governance, Rn. 381 und 462 ff. jeweils m.w.H.

¹⁴ Vgl. eine vielzitierte Meinung von COFFEE, Colum. L. Rev. 1989, S. 1685, der eine Hauptaufgabe des Gesellschaftsrechts aus Sicht der Allgemeinheit darin versteht, die *agency costs* durch entsprechende Regeln so tief wie möglich zu gestalten, um einen kosteneffizienten Umgang mit dem *Agency*-Problem sicherzustellen.

¹⁵ Zu den Handlungsoptionen in einem Kollektiv mit *Exit*, *Voice* und *Loyalty* siehe grundlegend HIRSCHMANN, *Exit, Voice, and Loyalty*, insb. S. 21 ff., 30 ff., 38 ff. und 76 ff.

¹⁶ Dieses Phänomen wird als Trade-off zwischen Liquidität und Kontrolle verstanden, etwa COFFEE, Colum. L. Rev. 1991, insb. S. 1288 ff., 1328 und 1329. Vgl. dazu auch SPILLMANN, *Institutionelle Investoren*, S. 177 f., m.w.H. zum Meinungsstand.

¹⁷ Siehe in diesem Zusammenhang illustrativ auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 14 Rn. 2: Der Autor beschreibt für die Schweiz, dass bis in die 1990er-Jahre im genannten Vakuum ein paternalistisches Modell bestand, das in den Resultaten durchaus nicht nur als negativ einzustufen ist, aber für eine positive Entwicklung letztlich vor allem auf die Integrität der Führungsfiguren vertrauen musste. Der Paradigmenwechsel hin zur Forcierung der *Corporate Governance*-Anliegen dürfte sich damit (nicht ohne Ironie mit der in diesem Zusammenhang zugrunde gelegten kapitalistischen Perspektive) mit einem «Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser»-Ansatz ergeben haben.

und MEANS' Beitrag bestand in diesem Sinne in der frühen und weitestgehend unbestrittenen Beschreibung des aus der Trennung von Eigentümerschaft und Geschäftsführung entstehenden Interessenkonflikt-Problems auf der Entscheidungsebene, das (in zweiter Linie) gepaart mit einem Kontrollvakuum schliesslich zu einer Dysfunktion der Zweckverfolgung komplexer Organisationen führen kann. Welcher Zweck bzw. welche Interessen von einer entsprechenden Organisation verfolgt werden sollen, ist damit noch nicht beantwortet. Ferner ist auch nicht beantwortet, welches «Heilmittel» für die Beseitigung der Dysfunktion eingesetzt werden soll. Für *Corporations* unterscheiden sich die Auffassungen hier im Ausgangspunkt grundlegend vor allem danach, wie deren (Führungs-)Mechanismen (als Zustandsbeschreibung) verstanden werden und welche Schlüsse daraus zu ziehen sind. Es geht letztlich um jenen Aspekt, der umfassender unter dem Schlagwort «*Theory of the Firm*» diskutiert wird^{19,20}

¹⁸ Ohne hier darauf zuzugehen, was denn das «Erwünschte» sein kann bzw. soll, wird mindestens grundsätzlich das Verfolgen der Eigeninteressen der Geschäftsführung nicht als wünschenswert betrachtet, weshalb die Managermacht im entsprechenden Kontext auch grundsätzlich als problematisch eingestuft wird; siehe aber weiter dazu hiernach Rn. 15 und Fn. 24.

¹⁹ Dabei wird vor allem von einer ökonomischen (siehe auch DIGNAM/GALANIS, Globalization, S. 18 ff., die spezifisch die «*economic theories of the firm*» ansprechen, im Gegensatz etwa zu den «*legal theories of the firm*», S. 8 ff.) Perspektive auf die Unternehmung (verstanden in einem weiteren Sinne, siehe dazu FOSS/LANDO/THOMSEN, *Theory of the Firm*, S. 633) ausgegangen. Im Vordergrund steht damit der Blickwinkel der Effizienz, was aus einer rechtlichen Betrachtung weiterer Legitimierung bedarf, vgl. dazu etwa auch MAIZAR, Willensbildung, S. 184 ff. m.w.H. und SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, Rn. 54 ff.

²⁰ Im traditionell neoklassischen Ansatz des 19. Jahrhunderts wird das Bestehen von Gesellschaften nicht erklärt, sondern sie werden als *black boxes* betrachtet, die sich wie Individuen im Markt bewegen. Weshalb sich etwa bestimmte Individuen in solchen *black boxes* zusammenfinden, bleibt offen. Eine Erklärung für das Bestehen von Gesellschaften bietet COASE, der den Grund vor allem im Effizienzgewinn gegenüber von Transaktionen im Markt erkannte, soweit die Verwendung des Preismechanismus teurer ist als die hierarchische Steuerung innerhalb der Gesellschaft (COASE, *Economica* 1937, S. 386 ff., S. 392). Eine Erklärung des Bestandes von Gesellschaften mit dem neoklassischen Instrumentarium war damit angedacht. In Abweichung vom traditionell neoklassischen Ansatz sehen «*Managerial Theories*» den Antrieb hinter dem Verhalten des Managements im Streben nach Unternehmenswachstum i.w.S. statt der Profitmaximierung (BAUMOL, *Business Behavior*; MARRIS, «Managerial» Capitalism; WILLIAMSON, *Discretionary Behavior*). Die neoklassischen Mechanismen sind damit ausgehebelt und es wird der Unternehmung ein Inhalt ausserhalb jener Paradigmen zugestanden. Ab den 1970er-Jahren kristallisierte sich das Verständnis der Gesellschaft als «*nexus of contracts*» zunächst mit dem Teamarbeitsansatz von ALCHAIN und DEMSETZ (ALCHAIN/DEMSETZ, *Am. Econ. Rev.* 1972, S. 777) und sodann mit der «*Agency Theory of the Firm*» (grundlegend JENSEN/MECKLING, *JFE* 1976, S. 357 ff.) heraus. Diese erklären Gesellschaften wiederum mit dem mikroökonomischen Instrumentarium der Neoklassik, aber sehen jene grundsätzlich nicht mehr als

Das bereits von BERLE/MEANS im weiteren Sinne aufgegriffene Thema einer zweck- bzw. interessenabgestimmten und mit entsprechenden Kontrollmechanismen versehenen Führung bzw. «Governance» von «Corporations» wurde erst ab den 1970er-Jahren in den USA und ab den 1990er-Jahren international unter dem Begriff «Corporate Governance» vertieft behandelt²¹. Die theoretischen Grundlagen der *Corporate Governance* liegen für die Interessenabstimmung und die notwendige Ausgestaltung von Kontrollmechanismen einerseits

leere *black boxes*, sondern als (im ökonomischen Sinne) gar nicht existierende Begrenzungen im Gegensatz zu Markttransaktionen (was als Schritt von der *black* zur *no-box* betrachtet werden kann, vgl. DIGNAM/GALANIS, *Globalization*, S. 34). Der Markt vermag daher auch ihre Akteure zu disziplinieren und das Handeln dieser Konstrukte soll (im Gegensatz zum «*Managerialism*») auf die Anteilseigner ausgerichtet sein. Eine Adaptierung der neoklassischen Paradigmen fand mit der Ansicht statt, dass es in dem «*nexus of contracts*» nicht möglich ist, vollkommene Verträge (im ökonomischen Sinn) zu verfassen, sondern dass *ex post*-Korrekturen notwendig bleiben. Durch asymmetrische Informationsverteilung und beschränkte Rationalität von Individuen sowie Spielräume durch unvollkommene Märkte kommt Gesellschaften eine Funktion als Unsicherheits-Intermediäre zu. Prägend für diese Betrachtung war die in verschiedenen Publikationen erarbeitete (und auf Arbeiten von COASE basierende) Transaktionskostentheorie von WILLIAMSON (WILLIAMSON, *Am. Econ. Rev.* 1971, S. 112; WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*; siehe ferner die Literaturangaben bei DIGNAM/GALANIS, *Globalization*, Fn. 118) sowie die *Property Rights*-Theorie (grundlegend GROSSMAN/HART, *J. Polit. Econ.* 1986, S. 691 ff.; HART/MOORE, *J. Polit. Econ.* 1990, S. 1119 ff.). Vom (alten) Institutionendenken der Neoklassik wurde damit Abstand genommen und die Neue Institutionenökonomie wurde geboren, bei der der *homo oeconomicus* vielmehr als *satisficer* statt als konsequenter Optimierer auftritt (vgl. dazu SCHWEIZER, *Kognitive Täuschungen*, Rn. 63 ff.). Es gibt heute eine Fülle weiterer Literatur, die sich aus einer *Corporate Governance*-Perspektive auch etwa mit dem Gegensatz von *Shareholder Value*- und *Stakeholder Value*-Ansatz beschäftigt. Das «*Shareholder Democracy Movement*» betont so in jüngerer Zeit die Stärkung des Aktionariates zur Überwindung des Problems der Managermacht (dazu grundlegend der Diskurs mit einer *pro*-Haltung – BECHUK, *Harv. L. Rev.* 2006, S. 1784 ff. – und einer *contra*-Haltung – BAINBRIDGE, *Harv. L. Rev.* 2006, S. 1735 ff. sowie STRINE, *Harv. L. Rev.* 2006, 1759 ff.; vgl. ausserdem BÜHLER, *Corporate Governance*, Rn. 414 ff. m.w.H.). Das *Team Production*-Verständnis nach BLAIR/STOUT stellt sich der «*Agency Theory of the Firm*» gegenüber und versteht Aktiengesellschaften nicht nur als bipolares Konstrukt, sondern als «*nexus of firm-specific investments*» und resultiert demgegenüber in einem *Stakeholder Value*-Ansatz an, BLAIR/STOUT, *Va. Law Rev.* 1999, S. 248 ff., 275. Für eine tiefere Übersicht und Einordnung der verschiedenen Theorien vgl. DIGNAM/GALANIS, *Globalization*, S. 18 ff.; FOSS/LANDO/THOMSEN, *Theory of the Firm*, S. 631 ff.; BAINBRIDGE, *Nw. U. L. Rev.* 2003, S. 547 ff. Für den Zusammenhang mit dem Umgang mit dem Problem der Managermacht vgl. auch BÜHLER, *Corporate Governance*, Rn. 380 ff. m.w.H.

²¹ Vgl. FISCHEL, *Vand. L. Rev.* 1982, S. 1259 f.; CHEFFINS, *History*, S. 46 ff. und 56 f.; HADER SCHULER, *Corporate Governance*, S. 3 f.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 14 Rn 2 ff., 50 ff., 198 ff.; BÜHLER, *Corporate Governance*; Rn. 599 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, *Der Verwaltungsrat*, S. 695.

in der beschriebenen *Agency Theory*²², andererseits im Werk von MONTESQUIEU zu den notwendigen «*checks and balances*» in komplexen Organisationen²³. Im Hinblick auf die Interessenausrichtung stehen sich grundsätzlich ältere *Shareholder Value*- und modernere *Stakeholder Value*-Ansätze gegenüber²⁴. Hier ist zu beachten, dass Gesellschaften üblicherweise mit einer thematischen Zwecksetzung sowie einem übergeordneten Endzweck (der klassischerweise Gewinnstrebigkeit beinhaltet) ausgestattet sind, die der Diskussion über die Interessenausrichtung gewisse Eckpfeiler setzen²⁵. Demgegenüber scheint heute mehr oder weniger unbestritten, dass das (End-)Ziel bzw. der Sinn von *Corporations* in der Erhöhung der Wohlfahrt der Gesellschaft als Ganzes liegt²⁶. Scharf von der Interessenausrichtung zu unterscheiden ist auch die Frage der Zuständigkeit für die Interessendurchsetzung: Hier finden sich verschiedene Modelle, die sich zwischen *Shareholder Primacy* und *Director Primacy* bewegen.²⁷ In Bezug auf die zur Verfügung stehenden Kontrollmechanismen leistete vor allem HIRSCHMANN einen zentralen Beitrag, indem er diese in *Voice*- und *Exit*-Mechanismen einteilte und ihre Wirkungsweise beschrieb²⁸.

16 Bei Letzterem setzt sodann die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung bzw. von geschäftsführenden Organpersonen an. Sie ist als solches ein konfrontativer *Voice*-Mechanismus aus der *Corporate Governance*-Perspektive²⁹. In diesem Rahmen ist sie als eine global verbreitete und weitestgehend unbestrit-

²² Heute nicht mehr nur bipolar, sondern in einer mehrfachen Dimension gesehen, vgl. ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, *Agency Problems*, S. 35 f.

²³ MONTESQUIEU, *Esprit*, Buch XI, Kapitel 6 und Buch XII, Kapitel 1 Abs. 2.

²⁴ Allerdings hat sich die Diskussion, an welchen Interessen die Geschäftsführung sich auszurichten habe, über die Zeit stark entwickelt: Wurde in den 1990er-Jahren grundsätzlich noch von einem *Shareholder Value*-Ansatz ausgegangen (im Einklang mit der Sichtweise, auf deren Grundlage BERLE/MEANS ihre Schlüsse zogen und die in den USA auch in die Rechtsprechung Eingang gefunden hat, vgl. *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919) und *Katz v. Oak Indus.*, 508 A.2d 873, 879 (Del. Ch. 1986)) wird nun auch angeführt, dass sich eine Form eines *Stakeholder Value*-Ansatzes (oder wenigstens eine Annäherung daran durch eine langfristige Betrachtung von *Shareholder Value*) durchgesetzt habe, vgl. FORSTMOSER, *Liber Amicorum Watter*, S. 200 f.

²⁵ HANDSCHIN, *Konzern*, S. 92 f. Je nach Rechtsordnung kann das diesbezügliche Konkretisierungserfordernis aber variieren, vgl. dazu etwa anschaulich HENN/ALEXANDER, *Corporations*, S. 277 ff.

²⁶ HANSMANN/KRAAKMANN, *Geo. L. J.* 2001, S. 441.

²⁷ Anschaulich dazu BAINBRIDGE, *Nw. U. L. Rev.* 2003, S. 547 ff.

²⁸ HIRSCHMANN, *Exit, Voice, and Loyalty*, insb. S. 21 ff., 30 ff., 38 ff. und 76 ff. *Loyalty* bezeichnet den Zustand, in dem *Exit* nicht aktiviert ist, wobei dieser dann in einer Funktion zu *Voice* steht, siehe *ders.*, S. 77 ff.

²⁹ KUEK, *Bond L. Rev.* 2014, S. 89, 95, 102 ff.; ferner NIKITINE, *Organverantwortlichkeit*, S. 70 f.

ten³⁰ notwendige Voraussetzung für moderne Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung und getrennter Eigentümerschaft und Geschäftsführung anerkannt^{31, 32}.

Mit diesem Hintergrund kommt der Organhaftung³³ generell die Aufgabe zu, dass Geschädigte von den eine Gesellschaft auf oberster Ebene führenden Personen Ersatz für pflichtwidrig zugefügte Schäden erlangen können³⁴. Organpersonen sollen sich nicht hinter dem «Schutzschild» der Gesellschaft verstecken können, und den mit der Trennung von persönlicher Haftung und Geschäftsführung negativen Wirkungen soll Einhalt geboten werden³⁵. Der Organhaftung kommt

³⁰ Vgl. dazu als kritische Stimme aus der US-Literatur SCOTT, Stan. L. Rev. 1982–1983, S. 935 ff., der in einer Abschaffung der Organhaftung in Bezug auf Sorgfaltpflichtverletzungen (anders als in Bezug auf Treuepflichtverletzungen) keinen grossen Verlust sieht. Dazu ist zu erwähnen, dass die Organhaftung damit nicht ungeeignet oder gar nicht erforderlich ist, sondern es viel mehr darum geht, dass die Organhaftung im genannten Bereich auch negative, unerwünschte und sogar teilweise kontraproduktive Folgen haben kann (vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 23). BÄRTSCHI spricht der Organhaftung gar die Eigenschaft ab, tatsächlich viel zu sorgfältigem Verhalten von Organpersonen beizutragen (BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 25 f.).

³¹ Rechtsvergleichend und funktional ist die Organhaftung so insbesondere auch solchen Gesellschaften beizuordnen, die die in Rn. 12 erwähnten Grundelemente erfüllen.

³² Vgl. ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, Corporate Law, S. 1 ff., 13, 14 ff., 16 f.; ferner HOPT, Comparative Company Law, S. 1165 f. Vgl. dazu ferner besonders auch die im Kernbereich der Haftung gegenüber der Gesellschaft mit Blick auf die *Corporate Governance*-Perspektive beachtenswerte und weit verbreitete Möglichkeit einer Minderheit von Anteilsinhabern zur (indirekten) Einforderung des Gesamt- und nicht nur des Individualschadens: Art. 754 Abs. 1 und Art. 756 OR; § 43 Abs. 2 D-GmbHG, § 93 Abs. 2 und 148 D-AktG (auch Deutschland kennt viel diskutiert nunmehr die Möglichkeit des *derivative suit* für das Aktienrecht, allerdings immer noch nicht im GmbH-Recht); § 25 und 48 Abs. 1 Ö-GmbHG, § 84 und 134 Abs. 1 Ö-AktG; Art. L225–252 und L225–120 FCCom; Sec. 260 Abs. 3 UK-C.A.; § 321 ff. und § 327 Del. Gen. Corp. Law; § 626 NY Bus. Corp. Law; § 7.40 Abs. 1 RMBCA (der RMBCA wird im Übrigen von 24 Staaten in den USA verwendet), 28 U.S.C. Titel 28 Part IV Rule 23.1 (U.S. Federal Rules of Civil Procedure). Zu den darüber hinaus gehenden Klagemöglichkeiten siehe auch für verschiedene Länder die Aufsätze m.w.H. bei LOOS (HRSG.), Directors' Liability Review, insbesondere für die in diversen Ländern im Bereich der Geschäftsführungsverantwortlichkeit oft bestehende Möglichkeit von *class actions* zur (direkten) Geltendmachung durch einzelne Geschädigte eines Gesamt- statt nur eines Individualschadens.

³³ Die Begriffe «Verantwortlichkeit» und «Haftung» werden hier synonym verwendet, vgl. zu einer allfälligen Unterscheidung BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 6. «Organhaftung» wird hier auch im Sinne eines Synonyms zur persönlichen Verantwortlichkeit von Organpersonen verstanden und nicht als Haftung der Gesellschaft aus der Tätigkeit ihrer Organpersonen, vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Fn. 1.

³⁴ Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 19.

³⁵ Vgl. illustrativ auch MUWANGUZI, Incompetent Directors, S. 1 unter Bezugsname auf den englischen Entscheid *Charitable Corporation v. Sutton* (1742) 26 ER 642.

dabei vorab eine repressive Funktion sowie eine präventive Verhaltenssteuerungsfunktion zu³⁶: Die repressive Funktion ist auf den erwähnten Schadensausgleich und die «Wiederherstellung» selbst gerichtet³⁷, die präventive will abgeleitet aus der repressiven Funktion im Hinblick auf eine mögliche Haftung das Verhalten von Organen schon vor Eintritt eines Schadens positiv beeinflussen und dient vor allem auch als Element zur Abmilderung des *Principal-Agent*- bzw. Interessenkonflikt-Problems^{38, 39}.

18 Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass generell nicht die Institution als solche, sondern die Frage, wie weit die Organhaftung gehen soll, grössere Diskussionen auslöst⁴⁰. Zu bedenken ist hier einerseits, dass zu viel Haftung durchaus kontraproduktive Folgen haben kann, indem Leitungs- bzw.

³⁶ Wobei Organhaftung eingebettet in die sich damit breiter befassende *Corporate Governance*-Diskussion nur eine Form von Steuerung zum erwünschten Verhalten ist und insbesondere neben dem negativen Anreiz der (Organ-)Haftung für Organpersonen auch positive Anreize im Sinne von Belohnungen für erwünschtes Verhalten gesetzt werden können, vgl. dazu auch ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, *Agency Problems*, S. 38 ff.; ENRIQUES/HANSMANN/KRAAKMANN, *Interests of Shareholders*, S. 55 ff., 75 f.; BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, S. 20. Im Übrigen werden in der Literatur als dritte Funktion auch Konfliktbewältigung und sozialer (Rechts-)Friede genannt, vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 27.

³⁷ JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 75 f.

³⁸ Vgl. ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, *Agency Problems*, S. 36, 39, 47 f.; EASTERBROOK/FISCHEL, *U. Chi. L. Rev.* 1985, S. 94, 115 f.; HOPT, *Comparative Company Law*, S. 1165 f.; BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, S. 11 f., 20, 22 f.; JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 77 ff.

³⁹ Vgl. eingehender zur Verhaltenssteuerungsfunktion BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, S. 21 ff.; JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 79 ff. Im Übrigen wird auch davon ausgegangen, dass die Versicherbarkeit gegen die Organhaftung die verhaltenssteuernde Funktion nicht wesentlich beeinträchtigt, insbesondere da die Versicherung üblicherweise nur einen Teil des Schadenersatzes deckt und sodann auch die Reputation eines in Anspruch genommenen Organmitgliedes ein starkes Gewicht gegenüber dem effektiven monetären Ersatz einnehmen kann (JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 83; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 26 f). Siehe bezüglich Versicherbarkeit im Schweizer Recht BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 Rn. 868 ff. Bezüglich der nach h.L. in engen Grenzen wohl zulässigen Schadloshaltung vgl. GERIÇKE/WALLER, *BSK OR II*, Art. 754 OR Rn. 51 ff.; JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 607 ff.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 Rn. 852 ff. Bezüglich der wohl eher unzulässigen Freizeichnung siehe JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 593 ff.

⁴⁰ Es geht also weniger um die Frage des «Ob», sondern eher um das «Wieviel», das jüngst vor allem darin kulminierte, dass die Frage aufgeworfen wurde, ob die Organhaftung nicht weiter gehen müsse: In der Schweiz hat insbesondere der Niedergang der Swissair und international haben die Skandale um Enron und WorldCom sowie die Finanzkrise(n) die Diskussion angefeuert, vgl. etwa YEOH, *BULA 2012*; KRAAKMANN, *Preface*, S. vii. Die Diskussion erfolgte bisweilen gepaart mit der Diskussion der Managerentlohnung, allerdings nicht immer die Tatsache würdigend, dass zwischen dem «Wieviel» in der Or-

Organpersonen unerwünscht risikoavers werden und sich schliesslich keine geeigneten Personen für die Leitungspositionen mehr finden lassen bzw. nur solche, die die Risiken nicht richtig einschätzen können, sodass sich eine *Adverse Selection* zugunsten geringer qualifizierter Kandidaten ergibt⁴¹. Andererseits sollte der Anreiz zum *Free Riding* von Organpersonen über die Vorzüge der Corporate-Form unterbunden sein⁴². Systembedingt liegt hier keine scharfe Trennlinie vor, die ausfindig gemacht werden könnte. Vielmehr bedarf es eines Kompromisses im Bereich einer neutralen Zone, in der es wenigstens aus ökonomischer Sicht schwer ist, sich Orientierung zu verschaffen. Es bleibt letztlich aber gerade für die Schweiz zu erwähnen, dass das Haftungssystem schon jetzt als im internationalen Vergleich streng erachtet wird und so auch Stimmen laut werden, die fordern, dieses wieder einzuschränken^{43, 44}.

2. Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen als konzeptionelle Aussenhaftung mit einem direkten und einem indirekten Modus

Die Haftung von Organpersonen findet sich aus dem Blickwinkel einer Organhaftung i.w.S. grundsätzlich auf zwei Ebenen: Die eine Ebene betrifft die Haftung gegenüber Dritten, die andere die Haftung gegenüber der Gesellschaft selbst⁴⁵. Im letzteren Fall ist eine gegenüber der Organperson zu beanstandende Vermögenseinbusse der Gesellschaft vorgelagert⁴⁶. Diese kann sich einerseits

ganhaftung und der Managerentlohnung auch ein Zusammenhang besteht, vgl. EASTERBROOK/FISCHEL, U. Chi. L. Rev. 1985, S. 115 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 81.

⁴¹ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 23 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 1, 12 ff.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 81.

⁴² Siehe dazu auch Fn. 8 hiervor.

⁴³ Vgl. DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 Rn. 125; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 1 f. Vgl. im Gegensatz dazu etwa das deutsche Recht, das sich in § 93 Abs. 5 D-AktG im Generellen (d.h. abgesehen von der Liste gemäss § 93 Abs. 3 D-AktG) auf «gröbliche Verletzungen» der Sorgfalt beschränkt. Zu bedenken ist ferner, dass es bei der Strenge nicht nur auf das materielle Recht ankommt, sondern auch auf die prozessuale Ausgestaltung und die Kostenrisiken für einen Kläger. Insbesondere die Kostenarrangements in den USA bezüglich der Gerichte und vor allem auch der Anwälte (die diese sogar antreiben, Klagen zu fördern) dürften grosse Auswirkungen haben, siehe dazu etwa SCHIPANI, Bond L. Rev. 1994, S. 29 ff.

⁴⁴ Vgl. hierzu auch SPAMANN, Liability, S. 5 ff.

⁴⁵ Ungeachtet dessen, dass durchaus Dritte in der Form von Anteilseignern oder Gläubigern statt oder neben der Gesellschaft selbst für die Durchsetzung dieser Haftung der Organperson gegenüber der Gesellschaft zuständig sein können. Siehe etwa im Schweizer Recht Art. 756 f. OR und vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 31 f.

⁴⁶ Diese wird im Schweizer Recht unter anderem als «Gesellschaftsschaden» bezeichnet, in Abgrenzung zu dem bei der vorgenannten Haftung gegenüber Dritten bei diesen Dritten

durch eine Haftung gegenüber einem von der Gesellschaft primär geschädigten Dritten zeigen⁴⁷. Andererseits kann sie sich auch durch eine direkte Schädigung der Gesellschaft durch die Organperson selbst äussern, ohne dass dabei das Vermögen einer Drittperson primär negativ beeinträchtigt worden wäre⁴⁸. Hier steht aber dennoch wieder die Schädigung von Dritten im Raum, wenn auch einer besonderen Klasse: der Anteilseigner bzw. Aktionäre der Gesellschaft⁴⁹.

- 20 Die Ebene der Haftung der Organperson gegenüber der Gesellschaft selbst kann als Organhaftung i.e.S. bezeichnet werden, der generell gesprochen die Aufgabe zukommt, sich aus der Organfunktion ergebende Schäden der Gesellschaft auf in diesem Zusammenhang fehlbare Organpersonen (intern) abzuwälzen⁵⁰. Demgegenüber betrifft die Ebene der unmittelbaren Haftung von Organpersonen gegenüber Dritten die Eigenhaftung der Organperson. Für die Organhaftung i.e.S. gegenüber geschäftsführenden Organpersonen finden sich in vielen Rechtsordnungen separate, von den allgemeinen Regeln abweichende Haftungsregime⁵¹. Dies ermöglicht es, mit passenderen⁵² Regeln auf fehlbare Organpersonen zuzugehen⁵³. Weiterhin und allgemein ermöglicht es der Gesellschaft, nicht nur Personen, mit denen sie in einer vertraglichen Beziehung steht,⁵⁴ unter erleichterten Bedingungen in Anspruch zu nehmen, sondern mindestens auch solche, die etwa lediglich einen tatsächlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübten^{55,56}.

anfallenden (direkten) «Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden», siehe dazu etwa BGE 117 II 570 E. 3, S. 572.

⁴⁷ Vgl. auch Fn. 61 für ein Beispiel.

⁴⁸ Vgl. auch Fn. 62 für Beispiele.

⁴⁹ Was natürlich nicht ausschliesst, dass Anteilseigner auch unmittelbar Geschädigte im zuvor beschriebenen Sinne sein können bzw. als solche auch gleichzeitig noch mittelbar Geschädigte sind.

⁵⁰ Beziehungsweise ist es die Funktion der Organhaftung i.e.S., den Gesellschaftsschaden bei der Organperson liquidieren zu können.

⁵¹ Um dadurch insbesondere auch indirekte Klagen von Anteilsinhabern für die Gesellschaft (sog. *derivative suits*) zu ermöglichen. Vgl. dazu die Belege im zweiten Teil der Fn. 32.

⁵² Unabhängig davon, ob diese nun haftungverschärfend oder haftungserleichternd sind.

⁵³ Sei dies materiell oder prozessual (z.B. mit sog. *derivative suits*, vgl. etwa Fn. 51) bzw. haftungverschärfend oder allenfalls -erleichternd.

⁵⁴ Was bei den formellen Leitungsgremien der Gesellschaft regelmässig gegeben sein dürfte.

⁵⁵ GARBARSKI, Responsabilité, S. 28 ff. mit Verweisen auf andere Rechtsordnungen auf S. 33 ff.

⁵⁶ Auch die speziellen Regeln von Art. 754 ff. OR in der Schweiz ergeben grundsätzlich materiell günstigere Konditionen für die Anspruchsdurchsetzung in der Organhaftung i.e.S. und erlauben ein (im Vergleich zu etwa blosser vertraglicher Haftung) objektiviertes Pflichtenheft der Organpersonen, an dem sich Investoren orientieren können. Mit Art. 55 Abs. 3 ZGB bestehen bei Verein und Stiftung allerdings keine besonderen Bestimmungen

Auch die Organhaftung i.e.S. der geschäftsführenden Organpersonen hat nach dem Gesagten (eingebettet in ein spezielles Regime) immer einen Berührungspunkt mit Schäden Dritter. Letztlich dient die Organhaftung i.e.S. nämlich genauso wie die Eigenhaftung eines Organs zum Ausgleich von Schäden ausserhalb der Beziehung Organ–Gesellschaft stehender Personen bzw. in diesem Sinne Dritten, was nach dem Verständnis in dieser Arbeit Gläubiger wie auch Aktionäre einschliesst. Es geht letztlich bei der Organhaftung i.w.S. nie um die von einer Gesellschaft erlittenen Schäden allein, sondern immer um die bei Dritten angefallenen Vermögenseinbussen⁵⁷. Nicht nur die Eigenhaftung eines Organs, sondern die gesamte Organhaftung i.w.S. einer geschäftsführenden Organperson kann deshalb als *Aussenhaftung* bezeichnet werden⁵⁸.

Unterschiede bestehen aber in Bezug auf den Modus der Inanspruchnahme der Organperson durch den Dritten je nachdem, auf welcher Ebene die Haftung der Organperson sich abspielt. Im Falle der Eigenhaftung besteht die Aussenhaftung der Organperson nämlich üblicherweise *direkt* gegenüber dem Dritten ohne Umweg über die Gesellschaft. Im Falle der Organhaftung i.e.S. tritt vordergründig üblicherweise die Gesellschaft an die Organperson heran, um diese *indirekt* für die von Dritten erlittenen Schäden verantwortlich zu machen⁵⁹. Konzeptionell werden hier also grundsätzlich Ansprüche Dritter an die Gesellschaft herangetragen, um dann – in diesem Sinne als weiterer Schritt und indirekt – mittels der Organhaftung i.e.S. gegenüber der Organperson Liquidierung zu finden⁶⁰. Die Organhaftung geschäftsführender Personen zeigt sich damit als eine

für die Organhaftung i.e.S. in der Schweiz. Kläger sind diesbezüglich üblicherweise auf das Vertragsverhältnis mit der Organperson und (soweit der Kläger nicht die juristische Person selbst ist) auf die generelle ausservertragliche Haftung nach Art. 41 ff. OR oder andere gesetzliche Haftungsnormen (Verschulden der Organperson ist indes keine generelle Voraussetzung nach Art. 55 Abs. 3 ZGB, vgl. HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art. 54/55 ZGB Rn. 31) verwiesen, vgl. RIEMER, SHK ZGB, Art. 55 ZGB Rn. 15 f.; RIEMER, BK, Art. 54/55 ZGB Rn. 63 ff.

⁵⁷ Siehe dazu HAMILTON/FREER, *Law of Corporations*, S. 352 f. und im Umkehrschluss auch SHADE, *Business Associations*, S. 240, der dann natürlich festhält, dass es den Anteilseignern nach der Gerichtspraxis in den USA freilich nicht zusteht, den Wertverlust ihrer Anteile bei blosser Verletzung der Gesellschaft direkt selbst einzuklagen, vgl. dazu ferner Fn. 111.

⁵⁸ Siehe auch SPITZ, SJZ 2003, S. 1, Fn. 1.

⁵⁹ Siehe konkret hierzu auch zu diesem Konzept im Schweizer Recht Rn. 50 hiavor.

⁶⁰ Entsprechend diesem Konzept bezeichnet auch HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 247 für das Schweizer Recht die Ansprüche als direkt bzw. indirekt. Dieses Konzept wird überdies auch deutlich bei Betrachtung der Ursprünge der sog. *derivative suits* im anglo-amerikanischen Rechtsraum: Historisch gesehen musste zunächst tatsächlich ein Doppelweg eingeschlagen werden und es musste vorab *in equity* die Gesellschaft verklagt werden, damit diese in einem zweiten Schritt *in law* wiederum Organpersonen zu Schadenersatz verklagte, vgl. SHADE, *Business Associations*, S. 238 f.; MERKT, US Ge-

Aussenhaftung mit einem direkten und einem indirekten Modus der Inanspruchnahme.

3. Die indirekte Aussenhaftung als teilweise abhängige Haftung

- 23 Wie bereits erwähnt ist die Voraussetzung dafür, dass sich eine Organperson einer Organhaftung i.e.S. ausgesetzt sieht, dass die Gesellschaft vorgelagert eine Einbusse erlitten hat. Die indirekte Aussenhaftung einer geschäftsführenden Organperson über die Organhaftung i.e.S. ist damit allgemein zunächst eine abhängige Haftung: Sie bestimmt sich nach der durch die Gesellschaft erlittenen Einbusse. Ferner liegen der Organhaftung i.e.S. grundsätzlich zwei Konstellationen zugrunde: In der einen Konstellation ist ein Dritter primär negativ in seinem Vermögen beeinträchtigt und die Gesellschaft muss dafür einstehen, wodurch der Gesellschaft eine in diesem Sinne sekundären Vermögenseinbusse erfährt⁶¹. In der anderen Konstellation erleidet sodann die Gesellschaft selbst primär die Vermögenseinbusse⁶².
- 24 Die Vermögenseinbusse der Gesellschaft ist in der ersten im Gegensatz zur zweiten Konstellation damit auch kausal von einer Vorhaftung abhängig. Ist es das Ziel, die (rechtlichen) Zusammenhänge der Haftungssituation bzw. das Haftungsprofil einer geschäftsführenden Organperson zu analysieren, so genügt es also nicht, den Blick nur auf die unmittelbaren Haftungsparameter der Organperson selbst zu beschränken. Vielmehr muss auch die «Vorhaftung» der Gesellschaft in die Betrachtung einbezogen werden.

sellschaftsrecht, Rn. 1127 f; HENN/ALEXANDER, Corporations, S. 1036 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 421 f.

⁶¹ Hier kann es z.B. um das Entstehen der Gesellschaft gegenüber einem Konsumenten wegen einem fehlerhaften Produkt gehen. Die Organperson hat dabei *in erster Linie* im Rahmen der «Sicherung» Dritter vor Schaden durch die Gesellschaft versagt, was in der Folge durch eine allfällige Inanspruchnahme der Gesellschaft auf ebendiese wieder zurückfällt, vgl. in diesem Kontext auch Rn. 387 hiernach.

⁶² Hier geht es um Situationen, bei denen die Organperson die Substanz der Gesellschaft selbst negativ beeinflusst, indem sie pflichtwidrig z.B. ein lukratives Geschäft verhindert, die Rückzahlung zinstragender Darlehen verzögert oder Vermögen der Gesellschaft beschädigt oder beseitigt. Die Organperson hat dabei *in erster Linie* im Rahmen ihrer «Obhut» für die Schadloshaltung der Gesellschaft versagt.

II. Haftung nach Art. 754 OR

1. Vorbemerkungen

a. Übersicht: Die gesetzliche Regelung und Hauptparameter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Unter dem Abschnitt «Verantwortlichkeit» regelt das Obligationenrecht die persönliche Haftung im Rahmen von Aktiengesellschaften in den Art. 754–760 OR⁶³. Neben der Haftung für den Emissionsprospekt in Art. 752 OR, der Gründungshaftung in Art. 753 OR und der Revisionshaftung in Art. 755 OR wird in Art. 754 OR die zentrale und hier interessierende Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassten Personen geregelt. Art. 754 OR wird als Teil des allgemeinen Haftpflichtrechts bezeichnet⁶⁴, unterliegt aber mit den sogleich zur Sprache kommenden ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen einer besonderen Ordnung. Die Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR sind vor diesem Hintergrund: Schaden, Pflichtwidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden.

Neben den soeben erwähnten Haftungstatbeständen unter dem Marginalientitel «Haftung» finden sich unter dem nächsten Marginalientitel «Schaden der Gesellschaft» in Art. 756 ff. detailliertere Vorschriften dazu, wer einen Schaden auf welche Weise geltend machen kann. Dabei lassen die Marginalien des Art. 756 OR bzw. Art. 757 OR erahnen, wovon dies abhängen mag: nämlich zunächst davon, ob sich die Gesellschaft in Konkurs befindet oder nicht. Ferner lässt aber bereits der Marginalientitel «Schaden der Gesellschaft» erahnen, dass es diesbezüglich noch eine andere entscheidende Weichenstellung geben muss: nämlich die Frage, ob es um den Schaden der Gesellschaft oder den Schaden eines anderen geht. Grundsätzlich können demnach den Schaden der Gesellschaft *ausser Konkurs* nur die Gesellschaft selbst und die Aktionäre geltend machen. *In Konkurs* steht primär der Konkursverwaltung und sekundär den Aktionären sowie nun auch den Gläubigern eine Klagemöglichkeit für den Schaden der Gesellschaft zu.

Die Frage, ob sich die Gesellschaft in Konkurs befindet oder nicht, ist nicht kompliziert zu beantworten. Sobald die Konkurseröffnung erfolgt ist⁶⁵, finden die Regeln «in Konkurs» Anwendung⁶⁶. Dem Konkurs ist der Nachlassvertrag

⁶³ Mit Geltung auch bei anderen juristischen Personen, vgl. dazu Fn. 4 (zweite Hälfte). Diese gelten gemäss Art. 39 BankG auch für alle Banken unabhängig von deren Rechtsform. Ferner sind auch die für andere Gesellschaftsarten im fusionsrechtlichen Bereich anwendbaren Art. 108 Abs. 1 und 2 FusG den Art. 754 f. OR nachempfunden.

⁶⁴ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Vor Art. 754–761 OR Rn. 2.

⁶⁵ Vgl. Art. 171 SchKG.

⁶⁶ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 281.

mit Vermögensabtretung nach Art. 317 ff. SchKG ferner gleichgestellt⁶⁷. Die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG verändert im Übrigen nichts an der Anwendbarkeit der Regeln «in Konkurs»⁶⁸. Andere Insolvenzverfahren, die nicht auf die Zwangsliquidation ausgerichtet sind, lösen hingegen die Regeln «in Konkurs» nicht aus und es finden die Regeln «ausser Konkurs» Anwendung^{69, 70}.

28 Die Frage nach dem Schaden der Gesellschaft und dem Schaden eines anderen führt abgeleitet davon zum Verständnis des unmittelbaren und mittelbaren bzw. direkten und indirekten Schadens. Auf beide Unterscheidungen wird in den folgenden Abschnitten näher eingegangen⁷¹.

29 Art. 758 OR regelt weiterhin die Wirkungen des Entlastungsbeschlusses auf die Haftung der Organperson. Art. 759 und Art. 760 OR enthalten sodann besondere Bestimmungen zur Solidarität bei der Haftung mehrerer Organpersonen und zur Verjährung der Ansprüche.

30 Vorab sind es aber die zwei genannten Parameter (in/ausser) Konkurs und (direkter/indirekter) Schaden, die das Verantwortlichkeitsrecht prägen⁷². Ergänzt werden diese durch die Unterscheidung Aktionär⁷³/Gläubiger. Ferner ist schliesslich noch das Bundesgericht als Einfluss zu nennen, das in einer beweg-

⁶⁷ BGE 122 III 166 E. 3.b)aa), S. 170; vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 282.

⁶⁸ Es handelt sich vielmehr um einen Verzicht der Konkursverwaltung im Sinne von Art 757 Abs. 2 OR, sodass jeder Gläubiger oder Aktionär selbst Verantwortlichkeitsklagen gegen fehlbare Organpersonen erheben kann, vgl. BGE 110 II 396 E. 2, S. 397 f.; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 26; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 282a; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 154; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 175 f.

⁶⁹ Das gilt namentlich für die Nachlassstundung nach Art. 293 ff. SchKG, für das Konkursaufschub-Verfahren nach Art. 725a OR sowie beim ordentlichen Nachlassvertrag nach Art. 314 SchKG (sog. Prozentvergleich), BGE 122 III 166 E. 3.b)bb), S. 171; vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 283 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 175.

⁷⁰ Auch wenn dieser Teil des Regimes grundsätzlich unbestritten ist, so lassen sich doch Probleme bei langandauernden Konkursaufschub-Verfahren nach Art. 725a OR (diese sind im Gegensatz zur Nachlassstundung zeitlich nicht mit einer Höchstdauer begrenzt) sowie beim ordentlichen Nachlassvertrag nach Art. 314 ff. SchKG (sog. Prozentvergleich) verorten: Im ersten Fall wird die Klagemöglichkeit der Gläubiger mit aufgeschoben, sodass diese verlängert handlungsunfähig bleiben. Im zweiten Fall erlangen die Gläubiger nie eine Klagemöglichkeit. Die Handlungsfähigkeit ist ihnen hier entzogen und sie müssen sich auf die Initiative des Sachwalters zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen verlassen, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 285 f.

⁷¹ Siehe dazu Rn. 31 ff. und 34 ff. hiernach.

⁷² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 218.

⁷³ Nach Art. 656a Abs. 2 OR gelten die Bestimmungen von Art. 752 ff. OR ebenso für Partizipanten und nach h.L. auch für Genussscheininhaber, vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 100 m.w.H. Soweit nicht explizit anders angesprochen, schliesst der (der besseren

ten Rechtsprechung das Verantwortlichkeitsrecht geformt hat, wie es nur noch schwer aus dem Gesetzestext allein herauszulesen ist. Auch darauf ist noch ausführlicher einzugehen⁷⁴.

b. Schadenskonstellationen: Gesellschaftsschaden und direkter Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden

In der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gibt es zunächst zwei verschiedene 31
Schadensebenen: Auf der einen Seite kann der Schaden bei der Gesellschaft ein-
treten, auf der anderen Seite bei deren Aktionären oder Gläubigern. Im ersten
Fall wird bisweilen mit dem Marginalientitel von Art. 756 OR von «Schaden
der Gesellschaft» oder allgemein von «Gesellschaftsschaden» gesprochen. Die
missverständliche Bezeichnung «indirekter Schaden» soll vorliegend keine Ver-
wendung finden, sondern nur als eine Form des Schadens der Aktionäre und
Gläubiger verstanden werden. Der zweite Fall lässt sich dem Gesetz nicht direkt
entnehmen, sondern ergibt sich nur durch Hinzudenken des Gegenstückes zum
in der Marginalie zu Art. 756 OR verwendeten Begriff «Schaden der Gesell-
schaft»⁷⁵.

Als Schadenskonstellationen sind weiter folgende Kombinationen der Ebene- 32
nen zur Kenntnis zu nehmen: Es kann bzw. können primär (a) nur die Gesell-
schaft, (b) nur die Aktionäre bzw. Gläubiger oder auch (c) die Vorgenannten
gleichzeitig einen Schaden erleiden. Ferner können im letzteren Fall beide Par-
teien aufgrund derselben oder aufgrund unterschiedlicher Pflichtverletzungen
den Schaden erlitten haben⁷⁶. Dies kann sich, wie noch zu zeigen sein wird, auf
die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen auswirken⁷⁷. Ebenfalls re-
levant ist schliesslich die Unterscheidung (in diesem Sinne innerhalb der
Ebene), ob eine Person als Aktionär oder Gläubiger einen Schaden erlitten hat,
wobei beides sich wiederum überschneiden kann.

Diese Konstellationen werden zudem noch durch den Faktor überlagert, 33
dass sich die Gesellschaft in Konkurs befinden kann oder nicht. Die genannten
Eckpunkte ergeben das Grundgerüst, in dessen Rahmen die aktienrechtliche
Verantwortlichkeit geregelt ist.

Lesbarkeit wegen allein verwendete) Begriff der Aktionäre im Nachfolgenden darum
auch Partizipanten und Genussscheininhaber mit ein.

⁷⁴ Siehe dazu Rn. 60 ff. hiernach.

⁷⁵ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 231 f.

⁷⁶ Siehe dazu ferner Rn. 80 ff. hiernach.

⁷⁷ BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 235.

c. *Direkter/indirekter bzw. unmittelbarer/mittelbarer Schaden*

- 34 Zunächst ist zu erwähnen, dass die diesbezügliche Terminologie im Verantwortlichkeitsrecht in erheblichem Masse von derjenigen des allgemeinen Haftpflichtrechts abweicht. Im Folgenden wird dargelegt, worauf sich die Begriffspaare direkter/indirekter und unmittelbarer/mittelbarer Schaden beziehen:
- 35 Formal geht es um ein und dasselbe. Die beiden Begriffe direkt und unmittelbar bzw. indirekt und mittelbar werden im aktienrechtlichen Kontext nämlich als Synonyme verwendet⁷⁸. Das inhaltliche Verständnis knüpft mithin aber (eher) daran an, was im allgemeinen Haftpflichtrecht unter dem Begriffspaar direkter bzw. indirekter Schaden⁷⁹ verstanden wird⁸⁰: Es geht beim indirekten Schaden um eine Art Reflexschaden⁸¹. Die reflexweise Schädigung gründet darin, dass ein Aktionär oder Gläubiger aufgrund des Schadens der Gesellschaft selbst einen Schaden erleidet. Ein Schaden der Gesellschaft ist damit für eine indirekte Schädigung *conditio sine qua non*⁸².
- 36 Auf der Seite des Aktionärs ergibt sich die indirekte Schädigung aus dem Umstand, dass mit jeder Schädigung der Gesellschaft auch automatisch der von ihm gehaltene Gesellschaftsanteil wertmässig vermindert wird. Für einen Gläubiger hingegen ist nach herrschender Auffassung ein indirekter Schaden im beschriebenen Sinne erst möglich, wenn die Gesellschaft sich in Konkurs befindet⁸³: Erst der Umstand, dass als Folge des Konkurses der Gesellschaft deren

⁷⁸ BGE 132 III 564 E. 3.1.2, S. 568; BIERI, Aktivlegitimation, Fn. 30; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 38. Im allgemeinen Haftpflichtrecht geht es bei der Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Schäden allerdings um die Nähe des Schadens zum Schadensereignis und somit um die Länge des Kausalzusammenhanges, vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 14.27 f. Beim Begriffspaar direkter/indirekter Schaden geht es sodann darum, ob durch die primäre oder sekundäre Einwirkung auf die Rechtsgüter einer Person diese zu Schaden gekommen ist, vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 OR Rn. 11; SCHWENZER, OR AT, Rn. 14.19 ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 7.

⁷⁹ Die Verwendung der Begriffe unmittelbar und mittelbar entspringt der Terminologie der Marginalie und dem Text von Art. 755 aOR 1936 (Art. 752 ff. aOR 1936 ist die Vorgänger-Version der heute seit 1992 geltenden Fassung des OR bezüglich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit). Ferner verweist auch der geltende Art. 917 Abs. 2 OR bei der Genossenschaft für die Geltendmachung der mittelbaren Schädigung auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Vgl. auch BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, Fn. 10, 13.

⁸⁰ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 38 a.E., 92.

⁸¹ BGE 131 III 306 E. 3.1.1, S. 310; BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 234; GARBARSKI, Responsabilité, S. 60. Es handelt sich aber nicht um einen Reflexschaden im klassischen Sinne des allgemeinen Haftpflichtrechtes, vgl. WALTER, Ungereimtheiten, S. 89; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 264b; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 92 f. Siehe weiter dazu auch nachfolgend Rn. 44.

⁸² VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 8.

⁸³ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 93.

definitive Zahlungsunfähigkeit feststeht, ergibt beim Gläubiger einen Reflexschaden, soweit seine Forderung aufgrund einer Schädigung der Gesellschaft nicht mehr voll befriedigt werden kann. Grundlage für den massgeblichen Wert der Forderung des Gläubigers ist damit der Nominalwert und nicht der Verkehrswert⁸⁴. Als indirekter Schaden stellt sich demzufolge für den Gläubiger die Differenz zwischen Nominalwert und Konkursdividende dar. Die Verringerung des Verkehrswertes einer Forderung aufgrund einer Bonitätsverschlechterung einer Gesellschaft ausser Konkurs wird damit nicht als indirekte Schädigung des Gläubigers anerkannt⁸⁵. Ein direkter Schaden des Aktionärs bzw. Gläubigers besteht im Gegensatz dazu, wenn die Schädigung des Aktionärs bzw. des Gläubigers unabhängig vom Schaden der Gesellschaft eintritt⁸⁶.

Die Gesellschaft ihrerseits soll im Übrigen keine indirekten Schäden erleiden können⁸⁷, wobei JENNY zu bedenken gibt, dass Fälle denkbar wären, in denen z.B. die Gesellschaft durch das Gebahren eines Aktionärs auch einen Reputationsschaden und in diesem Sinne indirekten Schaden erleidet⁸⁸. Art. 722 OR und Art. 55 Abs. 2 ZGB, nach denen die Gesellschaft für das deliktische und sonstige Verhalten ihrer geschäftsführenden Organpersonen einzustehen hat, führen formal folglich zu direkten, nicht indirekten Schäden: Aufgrund der Realitätstheorie wird die Gesellschaft durch das Verhalten der Organperson direkt verpflichtet, d.h. unabhängig von der Haftungsbeziehung der Drittperson und der Organperson⁸⁹. 37

Die Abgrenzung zwischen direkten und indirekten Schäden wird damit anhand der betroffenen Vermögensmasse vorgenommen: Für einen direkten Schaden muss der Aktionär bzw. Gläubiger primär in seinem eigenen Vermögen negativ betroffen sein, was grundsätzlich der Fall ist, wenn die Schädigung der Organperson den Aktionär bzw. den Gläubiger unabhängig vom Schaden der Gesellschaft trifft. Im Gegensatz dazu ist beim Gesellschaftsschaden primär das 38

⁸⁴ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 8 Fn. 42; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 344.

⁸⁵ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, S. 69 Rn. 199. Ausnahmsweise kann eine Bonitätsverschlechterung sich aber dennoch als direkte Schädigung herausstellen, mithin wenn ein Gläubiger im weitesten Sinne durch ein Organ etwa zu einer Darlehenshingabe oder Vorleistung verführt oder getäuscht wurde, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 268 f. Hier ist genau genommen aber nicht eine Bonitätsverschlechterung an sich das Thema, sondern das Hineinführen in diese Situation durch die Organperson persönlich. Vgl. ferner auch Fn. 250.

⁸⁶ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 33.

⁸⁷ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 14.

⁸⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 334. Praktisch findet darüber aber keine Diskussion statt, weil dem Thema die Relevanz fehlt.

⁸⁹ HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art. 54/55 ZGB Rn. 7.

Vermögen der Gesellschaft negativ betroffen, während der Aktionär bzw. Gläubiger lediglich indirekt beeinträchtigt ist. Die hier beschriebene Unterscheidung nach dem Kriterium der betroffenen Vermögensmasse in Bezug auf direkte und indirekte Schädigungen gab das Bundesgericht zwar zwischenzeitlich auf, sie entspricht nun aber wieder⁹⁰ gefestigter Rechtsprechung⁹¹.

39 Für die Gesellschaft selbst ist nach dem Gesagten die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden grundsätzlich irrelevant⁹². Für die Aktionäre bzw. Gläubiger ist sie aber umso bedeutender. Aus dem allgemeinen Haftpflichtrecht ist bekannt, dass Reflexschäden grundsätzlich nicht ersetzbar sind, es sei denn, es besteht eine spezielle gesetzliche Grundlage wie beispielsweise bei Art. 45 Abs. 3 OR: Dies trifft auch die Aktionäre und Gläubiger in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, da ihnen nur als direkt, nicht aber als indirekt Geschädigte ein individueller Schadenersatzanspruch zustehen soll⁹³. Ferner besteht für sie aber die Möglichkeit, dass sie bei einer indirekten Schädigung über Art. 756 f. OR den Ersatz des direkten Schadens der Gesellschaft an diese einklagen.

40 Was grundsätzlich als Reflexschaden bzw. indirekten Schaden anzusehen ist, bestimmt sich im allgemeinen Haftpflichtrecht nach neuerer Ansicht nicht nach dem Schaden und damit nicht (mehr) nach der betroffenen Vermögensmasse⁹⁴. Vielmehr geht es um die Widerrechtlichkeit und dabei um die Frage des Schutzzweckes bzw. -bereiches einer spezifischen Schutznorm⁹⁵, da es praktisch gesehen bei Reflexschäden immer um reine Vermögensschäden geht⁹⁶. Fällt eine schädigende Handlung in den Schutzzweck einer spezifischen Schutznorm, so ist die Widerrechtlichkeit gegeben und es handelt sich *im Effekt* (bei Vorliegen der anderen Anspruchsvoraussetzungen) um einen ersetzbaren, direkten Schaden. Wird der Schaden nicht vom Schutzzweck einer spezifischen Schutznorm erfasst, so fehlt die Widerrechtlichkeit und es handelt sich *im Effekt* um einen grundsätzlich nicht ersetzbaren Reflexschaden.

41 Die Einteilung in direkte und indirekte Schäden ist im allgemeinen Haftpflichtrecht also nunmehr eine (mehr oder weniger belanglose⁹⁷) Folge der er-

⁹⁰ Explizit ab BGE 131 III 306, E. 3.1.1 und 2, S. 310 f. Siehe dazu weiter Rn. 79 ff.

⁹¹ Vgl. etwa BGE 139 III 24 E. 3.1, S. 25.

⁹² GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 14.

⁹³ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 94.

⁹⁴ Zum Wandel der diesbezüglichen h.M. vgl. MEIERHANS, recht 1994, S. 204.

⁹⁵ BGE 112 II 118 E. 5.b), S. 125.

⁹⁶ KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 OR Rn. 11; SCHWENZER, OR AT, Rn. 14.22; KESSLER, BSK OR I, Art. 41 OR Rn. 8; HEIERLI/SCHNYDER, BSK OR I, 5. Aufl., Art. 41 OR Rn. 8; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 2 Rn. 76; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 5.

⁹⁷ Vgl. HEIERLI/SCHNYDER, BSK OR I, 5. Aufl., Art. 41 OR Rn. 8.

füllten oder nicht erfüllten Anspruchsvoraussetzungen. Sie hat damit keine eigenständige Funktion mehr auf der Ebene der Voraussetzungen bzw. ist nicht entscheidend für das Bestehen der Anspruchsvoraussetzungen. Die im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bestehende gegensätzliche Auffassung, dass die Abgrenzung von indirekten und direkten Schäden nach den betroffenen Vermögensmassen (und damit auf der Voraussetzungsebene beim Schaden) dem allgemeinen Haftpflichtrecht entspricht⁹⁸, muss damit als überholt betrachtet werden.

Das bedeutet aber nicht, dass für die Abgrenzung von direkten und indirekten Schäden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit lediglich der modernen Konzeption im allgemeinen Haftpflichtrecht gefolgt werden kann: Würde diese aufgegriffen, so würden sich die meisten unter dem Kriterium der betroffenen Vermögensmassen als indirekt bezeichneten Schäden als direkte Schäden herausstellen⁹⁹. Der Grund dafür ist, dass die aktienrechtlichen Bestimmungen als Schutznormen regelmässig sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre und Gläubiger schützen¹⁰⁰. Dies hätte die Konsequenz, dass die Geschädigten in den meisten Fällen ihren Schaden selbst direkt einklagen könnten. Allerdings möchte der Gesetzgeber vielmehr den Schaden der Gesellschaft über einen Ausgleich an die Gesellschaft ersetzt sehen und dadurch indirekt den Schaden der Aktionäre und Gläubiger abgewickelt wissen¹⁰¹. Das Argument zur Frage, weshalb es den Aktionären und Gläubigern verwehrt sein soll, ihre persönlichen Schäden aufgrund eines Gesellschaftsschadens mittels Individualklage geltend zu machen, liegt vorab im Schadensausgleichsprinzip bzw. Bereicherungsverbot und nicht in der Unterscheidung von direktem und indirektem Schaden: Der Schaden der Gesellschaft und der nicht klagenden Aktionäre bzw. Gläubiger könnte nach vorgängigen Individualklagen in das eigene Vermögen auf der einen Seite nicht mehr voll gedeckt werden. Andererseits würden Aktionäre und Gläubiger, die bereits geklagt haben, bei einem Vorgehen der Gesellschaft

⁹⁸ Vgl. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, *Persönliche Haftung*, S. 38 Rn. 84; dem auch immer noch verhaftet BGE 142 III 23 E. 4.2.2, S. 31 f.

⁹⁹ Wobei die Gesellschaft selbst dann auch, soweit überhaupt geschädigt, parallel einen direkten Schaden erleidet.

¹⁰⁰ Vgl. JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 95; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 10. Dies gilt, da grundsätzlich auch alle Doppelnormen (vgl. zu deren weiter Verbreitung im Aktienrecht RUOSS, *Revisionsstelle*, Fn. 118; JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 221; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 18 Rn. 305 ff., 378) für die Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden können, vgl. dazu ferner auch Rn. 82 und Fn. 249.

¹⁰¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Aktienrecht*, § 36 Rn. 23; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 10; JENNY, *Abwehrmöglichkeiten*, Rn. 96.

begünstigt, da sie mittelbar (mindestens in einem gewissen Umfang) den Schaden nochmals ausgeglichen erhalten.¹⁰² Ferner kann die Grundlage der Nichtersatzfähigkeit mit dem Urteil des BGH vom 10. November 1986, II ZR 140/85 («Dubai-Fall») auch in der «Erhaltung der Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens» bzw. der Kapitalerhaltung (zugunsten aller Gläubiger) gesehen werden¹⁰³.

43 Was bleibt ist, dass gemäss dem allgemeinen Haftpflichtrecht indirekte Schäden nicht ersatzfähig sind¹⁰⁴. Ferner wird die Abgrenzung in direkte und indirekte Schäden im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach h.M. weiterhin gemäss dem (für das allgemeine Haftpflichtrecht überkommenen) Kriterium der (primär) betroffenen Vermögensmasse vorgenommen¹⁰⁵.

44 Einem «Reflexschaden» im Sinne des allgemeinen Haftpflichtrechtes entspricht der indirekte Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers allerdings gleich in mehrfacher Hinsicht nicht. Zunächst hat der indirekte Schaden hier aufgrund des Abgrenzungskriteriums der (primär) betroffenen Vermögensmasse im Gegensatz zum Reflexschaden eine eigenständige Bedeutung auf der Voraussetzungsebene. Auf der Wirkungsebene ist der indirekte Schaden hier nicht nur generell abhängig von der Rechtsgutsverletzung bei einem Dritten wie im allgemeinen Haftpflichtrecht¹⁰⁶, sondern er ist in Art und Umfang üblicherweise *linear* vom direkten Schaden der Gesellschaft abgeleitet¹⁰⁷: Jede Schädigung der Gesellschaft führt zur relativ selben Beeinträchtigung des Wertes ihrer Anteile bzw. der gegen sie gerichteten Forderungen. Die Abhängigkeit des indirekten Schadens vom direkten Schaden knüpft sodann nicht bloss an den Umstand eines Schädigungserfolgs an, sondern an die sich dabei ergebende tatsächliche Vermögensdifferenz.

45 JENNY verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff des *atypischen indirekten Schadens bzw. Reflexschadens*¹⁰⁸. M.E. liegt diese Terminologie aber

¹⁰² VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 9 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 95.

¹⁰³ Siehe dazu DE JONG, EBOLR 2013, S. 107 und DE WULF, FS Hopt, S. 1544 f. und 1553 ff. m.w.H.

¹⁰⁴ Wobei wegen der Belanglosigkeit der Unterscheidung im allgemeinen Haftpflichtrecht auch für die Aufgabe dieses Dogmas votiert wird, vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 OR Rn. 11.

¹⁰⁵ SUTER, Schaden, S. 94; ISLER, Konsultativabstimmung, S. 119; SCHNELLER, Fusion, S. 340; HARTMANN, SZW 2006, S. 323; FORSTMOSER/SCHOTT, SJZ 2006, S. 483; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, S. 38 Rn. 84.

¹⁰⁶ Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 14.19; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 OR Rn. 11.

¹⁰⁷ WALTER, Ungereimtheiten, S. 89; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 364b; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 92 f.

¹⁰⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 92 f.

immer noch zu nahe bei einer Figur, die damit nicht (mehr) viel zu tun hat. Es wäre sinnvoller, den indirekten Schaden als *abgeleiteten Schaden* zu verstehen und für die Schadensart ansonsten auf die modernen Kriterien des allgemeinen Haftpflichtrechts abzustellen. Der abgeleitete Schaden liegt vor, wenn die Schädigung des Aktionärs bzw. Gläubigers vom aus dem Schaden der Gesellschaft resultierenden, definitiven bzw. ökonomisch betrachtet abgeschlossenen Wertverlust¹⁰⁹ seiner Vermögensbeziehung (Aktien/Forderungen) mit der Gesellschaft herrührt. Er ist ferner aus den erwähnten Überlegungen zum Schadensausgleichsprinzip, dem Bereicherungsverbot und der Kapitalerhaltung nicht direkt in das Vermögen eines Aktionärs bzw. Gläubigers ersetzbar; jedoch nicht, weil es sich beim abgeleiteten Schaden immer um einen indirekten Schaden im Sinne der Terminologie des modernen allgemeinen Haftpflichtrechts handeln würde. Es wird sich dabei wie erwähnt sogar regelmässig um einen direkten Schaden handeln¹¹⁰. Zusammenfassend hängt die Nichtersatzfähigkeit des abgeleiteten Schadens somit nicht von einer Qualifikation als indirekter Schaden ab, sondern ergibt sich aus dem Schadensausgleichsprinzip, dem Bereicherungsverbot und der Kapitalerhaltung¹¹¹. Der Gesetzestext in den Art. 754 ff. OR

¹⁰⁹ Was die bekannte Lage einschliesst, dass bei Aktien das Verkehrswertprinzip und bei Forderungen das Nominalwertprinzip (womit eine Schädigung des Gläubigers im Endeffekt erst im Konkurs der Gesellschaft eintritt) gilt, vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Fn. 42 m.w.H. zur diesbezüglichen h.M.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 223 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 32, 93. Dass hier auf zwei verschiedene Wertprinzipien abgestellt wird, ist m.E. auch nicht widersprüchlich. Der Nominalwert bleibt für den Gläubiger gegenüber der Gesellschaft rechtlich einziehbar, solange die Gesellschaft aufrecht steht. Der Aktionär hat diese Möglichkeit eines direkten Einzugs eines Nominal- bzw. Nennwertes gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich allerdings nicht. Ihm bleibt als einzige Versilberungsmöglichkeit nur der Verkehrswert (unabhängig von der Frage, ob sich dieser nun an einem Liquidations- oder einem Fortführungswert orientiert) bei Übertragung seiner Anteile (entweder als Verkauf oder Rückgabe im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft). Einen Anspruch auf einen Nennwert hat er hingegen nicht. Die definitive Einbusse des Gläubigers sowie des Aktionärs wird damit einheitlich an deren *ultimativer Exit-Option* gegenüber der Gesellschaft gemessen. Im Ergebnis führt dies aber zur erwähnten Anwendung von zwei verschiedenen Wertprinzipien für Forderungen und Aktien: Die ultimative *Exit-Option* besteht bei einem Gläubiger darin, dass er von der Gesellschaft den Nominalwert seiner Forderung (allf. zzgl. Zinsen) zurückerhält, womit bei Forderungen das Nominalwertprinzip gilt. Die ultimative *Exit-Option* besteht für einen Aktionär sodann darin, dass er den Verkehrswert durch Übertragung seiner Anteile erhält, womit bei Aktien das Verkehrswertprinzip gilt. Vgl. den *Exit* betreffend HIRSCHMANN, *Exit, Voice, and Loyalty*, S. 21 ff.

¹¹⁰ Vgl. Rn. 42 hiavor.

¹¹¹ Entsprechend wird die Situation im Übrigen vorab im englischen Recht, aber auch in anderen Rechtsordnungen mit dem Grundsatz der «*no reflective loss recovery*» bzw. des «*reflective loss principle*» in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit behandelt, vgl.

sollte für diese Ansicht durchaus Raum lassen¹¹². Um die Verständlichkeit des nachfolgenden Textes nicht zu erschweren, wird auf den Begriff des indirekten Schadens nicht verzichtet¹¹³, dieser jedoch als eine separate Figur im vorstehenden Sinne betrachtet.

- 46 Den Aktionären und Gläubigern sind ferner bei einem abgeleiteten Schaden bzw. indirekten Schaden trotz der fehlenden Ersetzbarkeit nicht vollständig die Hände gebunden: Sie haben Eingriffsmöglichkeiten, um ihren Schaden trotzdem zu beheben. Hierauf wird im nächsten Abschnitt näher eingegangen.

*d. Schadensausgleichsmechanismen in der aktienrechtlichen
Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen*

- 47 In der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommt den Schadenstypen des direkten und indirekten Schadens eine spezielle Bedeutung in Bezug auf die Geltendmachung von Schadenersatz zu. Der indirekte Schaden ist hier im Unterschied zum allgemeinen Haftpflichtrecht¹¹⁴ nicht generell unersetzbar, sondern unterliegt nur einem besonderen Ausgleichsmechanismus. Der Ausgleichsmechanismus bei direkten Schäden weist dabei noch keine nennenswerten Besonderheiten auf: Erleidet ein Aktionär oder ein Gläubiger einen direkten Schaden, so kann er diesen grundsätzlich selbständig mittels einer *Individualklage* ausgleichen¹¹⁵. Geht es sodann um die Gesellschaft, so kann auch diese ihren eigenen (direkten) Schaden über Art. 754 Abs. 1 OR¹¹⁶ selbständig mit einer Klage geltend machen¹¹⁷. Diese Klage wird in Abgrenzung zur Individualklage eines Aktionärs oder Gläubigers *Gesellschaftsklage* genannt.

DAVIES/WORTHINGTON, Gower and Davies', Rn. 17–29 ff. insb. 17–31; DE WULF, FS Hopt, S. 1537 ff. insb. 1543 ff.; DE JONG, EBOLR 2013, S. 99 ff.; GAUKRODGER, OECD WP 2013/3, S. 15 ff.; CHAISSE/LI, Stan. J. Int'l L. 2016, S. 55 ff.; GARCIA, FS Hopt, S. 321 f., 328; KOH, JCLS 2016, S. 374 ff. Mit den genannten Argumenten kristallisiert sich zudem ein Vorrang der indirekten gegenüber der direkten Aussenhaftung heraus.

¹¹² Höchstens der Gesetzestext des aOR 1936 hätte mit der expliziten Erwähnung des mittelbaren Schadens in der Marginalie und im Text von Art. 755 aOR 1936 hier allfällig noch eine grammatikalische, kaum aber teleologische Einschränkung geben können.

¹¹³ Vgl. zum Ansinnen, die Terminologie nicht unnötig weiter zu verkomplizieren, auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Fn. 858.

¹¹⁴ Beziehungsweise der Terminologie des allgemeinen Haftpflichtrechts, siehe dazu hiervor Rn. 40.

¹¹⁵ Zur Frage, ob der Ausgleich über Art. 754 OR oder einfach nach den allgemeinen Haftungsgrundlagen erfolgt, vgl. hiernach Rn. 92 ff.

¹¹⁶ Oder einer anderen Haftungsgrundlage, siehe dazu Rn. 235 hiernach.

¹¹⁷ Vgl. dazu auch den Wortlaut von Art. 756 Abs. 1 OR (Hervorhebungen hinzugefügt): *«Neben der Gesellschaft sind auch die einzelnen [...]»*

Die Besonderheiten beginnen damit, dass bei einem Gesellschaftsschaden wie erwähnt Aktionäre – bzw. im Konkurs zudem Gläubiger – einerseits immer indirekt geschädigt sind und andererseits bei einem Ersatz an die Gesellschaft ihr indirekter Schaden ebenfalls ausgeglichen wird. Die Gesellschaft ist in diesem Sinne mit der ihr zur Verfügung stehenden Gesellschaftsklage Sachwalter für die Liquidierung der indirekten Schäden der Aktionäre und Gläubiger. Hier setzt das Gesetz mit einer Besonderheit an: Da die Gesellschaft selbst unter Umständen wenig Anreize hat, den Schaden zu liquidieren, haben die Aktionäre und Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen nach Art. 756 Abs. 1 OR (bzw. in Konkurs subsidiär zur Konkursverwaltung nach Art. 757 Abs. 2 OR) selbst die Möglichkeit, zu klagen.

Die Einordnung dieser Klagemöglichkeit (in persönlicher Hinsicht¹¹⁸) ist allerdings umstritten: Einerseits wird argumentiert, dass es sich hierbei lediglich um die Möglichkeit der Aktionäre und Gläubiger handle, die Gesellschaftsklage als Prozessstandschafter für die Gesellschaft zu ergreifen¹¹⁹. Andererseits wird argumentiert, dass es sich um eine Individualklage der Aktionäre und Gläubiger handle, wobei das Prozessergebnis (ähnlich der Konstellation beim Vertrag zugunsten Dritter) aber der Gesellschaft zufallen soll¹²⁰. Für den Fall *in Konkurs* hat das Bundesgericht mit der Klage der Gläubigergesamtheit noch eine dritte Form ins Spiel gebracht¹²¹. Letztendlich geht es hier aber in allen Fällen darum, dass die grundsätzlich über die Gesellschaftsklage vorgesehene Liquidierung indirekter Schäden bzw. des Gesellschaftsschadens erreicht werden soll. Diskutiert wird dabei nicht, wessen primäre Forderung¹²² erfüllt werden soll (diesbezüglich besteht nämlich Einigkeit: die der Gesellschaft), sondern einzig die Modalität der Liquidierung (ob mittels *Individual-*, *Gesellschafts-* oder letztlich einer *Spezialklage* in Form der Klage der Gläubigergesamtheit)¹²³. Leistungsdestinatär bei einer indirekten Schädigung ist damit auch aufgrund des Wortlautes von Art. 756 Abs. 1 OR bzw. Art. 757 Abs. 1 OR nahezu unbestrittenermassen in jedem Fall¹²⁴ die Gesellschaft bzw. das Vermögen der Gesellschaft.¹²⁵

¹¹⁸ Siehe dazu Rn. 61 sowie Rn. 201 ff. hiernach.

¹¹⁹ Sog. *Theorie der Prozessstandschaft*, siehe dazu weiter Rn. 64 f. und Rn. 71 hiernach.

¹²⁰ Sog. *Theorie des materiellen Forderungsrechtes*, siehe dazu weiter Rn. 64 ff. hiernach.

¹²¹ Vgl. BGE 117 II 432, siehe dazu weiter Rn. 72 ff. hiernach.

¹²² Vgl. hierzu ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I, Art. 112 OR Rn. 13 zum Forderungsverständnis beim Vertrag zugunsten Dritter.

¹²³ Mit der h.M. ist unter dem geltenden Recht nahezu unbestritten, dass sich der Anspruch auf den ganzen Gesellschaftsschaden erstreckt (unabhängig davon, welcher Theorie gefolgt wird), siehe dazu unten Rn. 65 und Fn. 187.

¹²⁴ Sprich, egal welcher Theorie gefolgt wird und unabhängig davon, ob es sich um die Konstellation *in* oder *ausser Konkurs* handelt.

¹²⁵ BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011 E. 2; KUNZ, Rechtsnatur, S. 77; JENNY,

- 50 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit folgt mit dieser Ausgangslage dem Grundsatz, dass direkter Schaden mit Leistung an die Aktionäre bzw. Gläubiger selbst, indirekter Schaden aber indirekt mit Leistung an die Gesellschaft bzw. Konkursmasse (was an der Konzeption am Ersatz in das Gesellschaftsvermögen allerdings nichts ändert) ersetzt wird¹²⁶. Der Schadensausgleich erfolgt damit, wie bereits erwähnt, beim indirekten Schaden über das Gesellschaftsvermögen¹²⁷. Die dargestellten Konstellationen entsprechen im Übrigen – spiegelbildlich – dem eingangs erwähnten Grundkonzept der Haftungskonstellationen von Organpersonen: Die Klage in das bzw. zu Gunsten des individuellen Vermögens (unbestrittenermassen mittels *Individualklage*) ist das Gegenstück zur *direkten Aussenhaftung* der Organpersonen und die Klage in das bzw. zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens (unabhängig davon, ob als *Individual-, Gesellschafts-* oder allfällige *Spezialklage*) das Gegenstück zur *indirekten Aussenhaftung* von Organpersonen¹²⁸.
- 51 Auf das für die *Theorie der Prozessstandschaft* zentrale Institut der Prozessstandschaft sei weiter im folgenden Abschnitt eingegangen. Es bleibt hier aber vorweg eine auf der Rechtsprechung basierende (und nicht aus dem Gesetzestext ablesbare) Einschränkung zu erwähnen, wonach die Möglichkeit der Aktionäre und Gläubiger zur *Individualklage* im Konkurs der Gesellschaft zugunsten der Klagemöglichkeit der Konkursmasse der Gesellschaft begrenzt ist: Die Aktionäre und Gläubiger verfügen nach BGE 131 III 306 über «keine Aktivlegitimation» zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus direkter Aussenhaftung der Organpersonen, wenn die Gesellschaft selber einen Schaden erlitten hat und die Konkursverwaltung noch nicht auf den Anspruch verzichtet hat¹²⁹. Auf den Begriff der Aktivlegitimation ist im Weiteren nun ebenfalls einzugehen.

Abwehrmöglichkeiten, Rn. 96; HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 247, 249; a.M. SARASIN, Verantwortlichkeit, S. 23 (siehe dazu die Ansicht von JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 358, die im Ergebnis aber das hier befürwortete *lex specialis*-Gefüge der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstützt, siehe dazu weiter auch Rn. 228 hiernach).

¹²⁶ Vgl. die Hinweise in Fn. 101.

¹²⁷ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 94. Daran ändert auch das Vorabbefriedigungsrecht eines Klägers gemäss Art. 757 Abs. 2 OR nichts, siehe dazu Fn. 125 a.E.

¹²⁸ Siehe auch HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 247 bzgl. eines Konzepts von entsprechenden direkten und indirekten Ansprüchen, die der direkten bzw. indirekten Aussenhaftung von Organpersonen gegenüberstehen.

¹²⁹ Vgl. hierzu sodann Rn. 79 ff. hiernach.

e. *Anspruchs-/Forderungsträgerschaft, Sachlegitimation, Prozessführungsbefugnis und Prozessstandschaft*

Ein Anspruch ist das durchsetzbare¹³⁰ Recht, von einer anderen Person ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu fordern¹³¹. Im Schuldrecht bzw. dort, wo es um relative und damit nur *inter partes* wirkende Rechte geht, liegt einem solchen Anspruch eine Forderung im Mikrogefüge einer Obligation zugrunde und findet dabei sein Gegenstück in der Schuld des Anspruchsgegners, die bei einem zwangsweisen Zugriff in Haftung mündet¹³². In Abgrenzung zur Obligation als Schuldverhältnis i.e.S. bezieht sich ein Schuldverhältnis i.w.S. auf ein Bündel von Forderungen¹³³. Auch wenn die Abgrenzung von Anspruch und Forderung verschiedene Verständnis-Facetten aufzeigen kann, bleibt die Unterscheidung m.E. rein begrifflicher Natur, besonders wenn absolute Rechte genau so gut als Bündel von Forderungen gegenüber jeder anderen Person vorstellbar sind. Bedeutung erlangt die Unterscheidung bei der (begrifflichen) Anwendung des Gesetzes, um vorab aus grammatikalischer, aber auch systematischer Sicht festzustellen, wo welche Regeln Anwendung finden sollen. Bekanntlich ist die Wortwahl des schweizerischen Gesetzgebers hier (letztlich zugunsten der Leserlichkeit) aber oft nicht genau¹³⁴.

Die Anspruchsinhaberschaft (als Berechtigungs-Seite der Anspruchsträgerschaft) bestimmt sodann, *wer Träger* des durchsetzbaren, auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichteten Rechtes ist¹³⁵. Sie wird materiell vom Gesetz genauer umschrieben¹³⁶. Anspruchsinhaberschaft ist demnach ein Element für das Zustandekommen eines Anspruchs in dem Sinne, dass die Begründetheit einer Klage einen materiellen Anspruchsinhaber voraussetzt. Die h.L. geht ferner davon aus, dass die Anspruchsinhaberschaft mit dem Begriff der Aktivlegitimation (als Berechtigungs-Seite der Sachlegitimation) gleichzusetzen ist¹³⁷.

¹³⁰ Durch das Element der Durchsetzbarkeit unterscheidet sich ein Anspruch von einer blossen Forderung, wobei diese Ansicht nicht gemeinhin geteilt wird, vgl. HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 30 und 29.

¹³¹ SCHWENZER, OR AT, Rn. 4.01 und 4.13 ff.; HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 30 f. und 22.

¹³² HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 26 ff.; hierzu auch SCHWENZER, OR AT, Rn. 4.37 f.

¹³³ SCHWENZER, OR AT, Rn. 4.01 ff.

¹³⁴ Vgl. HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 23.

¹³⁵ Träger in diesem Sinne kann eine Person auch dann sein, wenn das Tun, Dulden oder Unterlassen des Anspruchsgegners gegenüber einem Dritten geschuldet ist. Es kommt primär auf die materielle Rechtsausgestaltung an.

¹³⁶ Inhaltlich auch so erwähnt (aber unter Gleichsetzung der Aktivlegitimation mit der materiellen Berechtigung) bei STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 21; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 191.

¹³⁷ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 20; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 87 und 66 ff. und sich der h.L. anschliessend, Rn. 123; ferner mit

54 Der Begriff der Prozessführungsbefugnis¹³⁸ bezeichnet die Befugnis, über ein Recht in eigenem Namen einen Prozess zu führen, unabhängig davon, ob dem Kläger Anspruchsinhaberschaft zukommt oder nicht¹³⁹. Sie kann als prozessuale Verfügungsbefugnis bzw. als prozessuales Gegenstück zur materiellen Verfügungsbefugnis des (materiellen) Rechtsinhabers verstanden werden¹⁴⁰. Bei der Behauptung eines *eigenen* materiellen Anspruches in einem Prozess kommt der Prozessführungsbefugnis keine eigenständige Bedeutung zu. In diesen Situationen ist sie ohne weiteres beim Kläger gegeben¹⁴¹. Anders sieht es bei der Prozessierung (in eigenem Namen) einer behauptetermassen *fremden* materiellen Berechtigung aus: Soweit nicht die im Prozess behauptetermassen berechtigte Person das Verfahren führt, bedarf die Prozessführungsbefugnis gesonderter Prüfung¹⁴². Es geht hier um Fälle der Prozessstandschaft. Die Prozessführungsbefugnis einer nicht (behauptet) materiell berechtigten bzw. ferner nicht aktivlegitimierten¹⁴³ Person (und damit die Möglichkeit der Prozessstandschaft) ergibt sich im Schweizer Recht nur aufgrund spezieller Gesetzesvorschrift¹⁴⁴ und kann nach h.M. nicht frei vereinbart werden¹⁴⁵. Ein (aktiver) Prozessstandschafter kann sodann die Forderung des materiell Berechtigten nicht bloss in Vertretung, sondern in eigenem Namen (und damit auf eigenes Kostenrisiko¹⁴⁶)

Hinweisen auf das diffuse Begriffsverständnis, das das Bundesgericht hier neben der Prozessführungsbefugnis zu pflegen scheint, vgl. Rn. 75 ff.

¹³⁸ Zur synonymen Bedeutung des Begriffes «Klagebefugnis» im Unterscheid zu «Klage-recht» vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 63.

¹³⁹ DOMEJ, KUKO ZPO, Art. 67 Rn. 20; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 24; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 9 Rn. 21; ZÜRCHER, ZPO-Komm., Art. 59 ZPO Rn. 67; WILLISEGGER, Zivilprozess, S. 66.

¹⁴⁰ HOLENSTEIN, Drittrechte, S. 99 ff.; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 9 Rn. 21; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 50, 52, 58 m.w.H.; KOPP, Prozessführungsbefugnis, S. 13.

¹⁴¹ BOHNET, Procédure civile, Rn. 391 und 430; WILLISEGGER, Zivilprozess, S. 68; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 61; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 24; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 9 Rn. 21; DOMEJ, KUKO ZPO, Art. 67 Rn. 21.

¹⁴² Vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 62.

¹⁴³ Siehe zu dieser Präzisierung Rn. 56 f. sogleich.

¹⁴⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 25; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 192.

¹⁴⁵ Vgl. etwa SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 193. Im Gegensatz etwa zum deutschen Recht, vgl. dazu LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 657 ff. unter Betrachtung von weiteren Rechtsordnungen in 674 ff.

¹⁴⁶ Vgl. dazu allgemein LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 226 ff. und 1316 sowie für das Verantwortlichkeitsrecht im Speziellen Rn. 1127.

für diesen (das heisst, das Begehren muss dann grundsätzlich Leistung an diesen verlangen¹⁴⁷) prozessual geltend machen¹⁴⁸.

Bisweilen wird von einer Mindermeinung auch vertreten, dass die Prozessführungsbefugnis der Sachlegitimation generell folgt, was schliesslich einerseits in einem sich unterscheidenden Verständnis von Aktivlegitimation und Anspruchsinhaberschaft mündet und andererseits eine Unterscheidung von Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation obsolet macht¹⁴⁹. Die Konsequenz dieser Ansicht liegt primär vor allem darin, dass bei ungerechtfertigt behaupteter eigener Prozessführungsbefugnis des Klägers über ein fremdes Recht ein abweisendes Sachurteil statt ein nicht eintretendes Prozessurteil zu ergehen hat¹⁵⁰. Ferner wird die Prozessführungsbefugnis damit nicht mehr als Prozessvoraussetzung unter der Officialmaxime mit der Untersuchungsmaxime geprüft, sondern als Sachurteilsvoraussetzung über die Dispositionsmaxime mit der Verhandlungsmaxime, was für den Kläger eine erhebliche Erschwerung bedeuten kann¹⁵¹.

Einig dürften sich die entgegenstehenden Auffassungen sodann darin sein, dass wenigstens von Prozessstandschaft gesprochen wird, soweit die prozessführungsbefugte Person nicht mit dem (in einem Prozess behaupteten) materiell Berechtigten übereinstimmt¹⁵². Nur der h.L. und nicht der Mindermeinung beizuzordnen ist zudem der Ausspruch, dass bei einer Prozessstandschaft die Prozessführungsbefugnis und die Sachlegitimation auseinander fallen¹⁵³. Letztere kann demnach bei einer Person liegen, die das Ergebnis¹⁵⁴ in einem Prozess

¹⁴⁷ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 422 f., was mit Rn. 421 die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass ein Begehren auf Leistung direkt an einen (materiell) verfügungsberechtigten Prozessstandschafter gestellt werden kann. Dies ist grundsätzlich im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgeschlossen, kann sich aber etwa aus Art. 757 Abs. 2 OR ergeben, siehe dazu auch Rn. 57 a.E. und LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 152.

¹⁴⁸ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 25; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 192; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rn. 3.82; DOMEJ, KUKO ZPO, Art. 67 Rn. 21; ZÜRCHER, ZPO-Komm., Art. 59 ZPO Rn. 67; KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 67; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 142.

¹⁴⁹ SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 192; KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 66 ff.; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 142 f.; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO-Komm., Art. 68 ZPO Rn. 6.

¹⁵⁰ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 100, 103.

¹⁵¹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 104.

¹⁵² Siehe aber auch den Vorbehalt in Fn. 159.

¹⁵³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 26; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rn. 3.82; WILLISEGGER, Zivilprozess, S. 70 f.; DOMEJ, KUKO ZPO, Art. 67 Rn. 21; KOPP, Prozessführungsbefugnis, S. 8 f., 59. Dies entspricht im Übrigen dem unbestrittenen Verständnis in Deutschland, siehe dazu LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 85 m.w.H.

¹⁵⁴ Sei dies Leistung, Feststellung oder Gestaltung.

nicht erzwingt oder nicht mal erzwingen kann¹⁵⁵. Obwohl dieser Ansicht im Grundsatz auch hier gefolgt wird, scheint eine noch differenziertere Betrachtung der Sachlegitimation angezeigt.

- 57 Aktivlegitimation¹⁵⁶ liegt nach der hier vertretenen Ansicht als *Effekt* in einem *konkreten Prozess* vor, wenn sich der Begehrensbegünstigte bei Bestehen der anderen Anspruchsvoraussetzungen mit dem materiell Berechtigten deckt¹⁵⁷. Letzterer braucht demnach nicht Anspruchsinhaber zu sein, muss sich aber wenigstens als Forderungsinhaber darstellen. Dies spielt namentlich beim unechten Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 Abs. 1 OR eine Rolle, da dem Dritten ungleich der Situation beim echten Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 Abs. 2 OR neben dem Promissar kein eigener Anspruch zukommt¹⁵⁸. Ähnlich begründet eine Auszahlungsnorm wie Art. 757 Abs. 2 OR, die die Auszahlungswege des Prozessergebnisses in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit modifiziert, keinen separaten Anspruch gegen die Organperson, ist jedoch Grundlage für die entsprechende Forderung.¹⁵⁹

¹⁵⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 25; a.A. SUTTERSOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 192. Es gibt folglich erfolgreiche Prozessführung (und damit einhergehend die entsprechende Befugnis) ohne Aktivlegitimation der klagenden Partei. Es gibt für eine Person auch Aktivlegitimation ohne Prozessführung(-sbefugnis); erfolgreiche Prozessführung ohne das Vorliegen einer Aktivlegitimation ist aber nicht denkbar.

¹⁵⁶ Entsprechendes gilt *mutatis mutandis* im Übrigen auf der Verpflichteten-Seite auch für den anderen Teil der Sachlegitimation, die Passivlegitimation, die aus Gründen der Leserlichkeit und der im vorliegenden Zusammenhang geringeren Relevanz nicht separat erwähnt wird.

¹⁵⁷ Die Gesellschaft muss in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit etwa gerade nicht Partei sein, sondern es muss im Begehren nur Leistung an diese verlangt werden, dazu BGE 131 III 306 (BGer 4C.111/2004 vom 9. November 2004) E. 3.2.1, S. 312 a.E. Ausschlaggebend bleibt mit der aufgezeigten Konzeption trotzdem, dass die Aktivlegitimation beim Rechtsträger (und nicht etwa dem Prozessstandschafter) besteht, vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 120 und ferner Rn. 1124.

¹⁵⁸ Vgl. KUKO OR-LARDI/VANOTTI, Art. 112 OR Rn. 4 und 6. Die Auffassung, dass dem Dritten beim unechten Vertrag zugunsten Dritter eine Forderung gegen den Promittenten zustehen solle, ist allerdings umstritten, vgl. dazu den Hinweis bei Fn. 122 hiavor.

¹⁵⁹ Im Ergebnis wohl nicht dieser Ansicht ist LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 602, da dies nach dem vorliegenden Verständnis auch beim unechten Vertrag zugunsten Dritter eine Prozessstandschaft zur Folge hat. Die Meinung von LÖTSCHER ist aber folgerichtig, soweit beim unechten Vertrag zugunsten Dritter nicht von einer Forderung (nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis im Unterscheid zu einem Anspruch) zwischen dem Dritten und dem Promittenten ausgegangen wird. Abgesehen vom Label dürften sich die praktischen Konsequenzen dieser unterschiedlichen Auffassungen aber kaum unterscheiden. Siehe ferner, zum echten Vertrag zugunsten Dritter, LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 598 ff.: Die Ansicht wird geteilt, dass der Dritte nicht Prozessstandschafter bei der Einklagung seines Anspruches wird. Allerdings wird nach der hier vertretenen

Die Aktivlegitimation ermöglicht damit über das Rechtsbegehren die Umwandlung einer abstrakten gesetzlichen Berechtigung in ein individuell anwendbares Recht und legt dabei bei Vorliegen der anderen Anspruchsvoraussetzungen den Grundstein für die Vollstreckbarkeit und nicht nur die generelle prozessuale Durchsetzungsmöglichkeit einer Forderung. Die Aktivlegitimation folgt so zwar der materiellen Berechtigung, bezeichnet aber nicht dieselbe. Vielmehr ist sie das in einem Prozess *konkretisierte Abbild der materiellen Berechtigung anhand des Rechtsbegehrens*. Zentral ist damit einerseits, dass für die Frage der Aktivlegitimation nicht nur eine begründete materielle Berechtigung bestehen muss, sondern *diese auch mit dem Begehrensbegünstigten übereinstimmen muss*. Andererseits kommt der Aktivlegitimation keine eigenständige Bedeutung zu, da sie nur einen *individualisierten Effekt* der materiellen Berechtigung im Prozess darstellt. 58

Die Unterscheidung zwischen Aktivlegitimation und materieller Berechtigung mag begrifflich anmuten, spricht man doch von zwei Seiten derselben Münze. Gegen die Auffassung, dass die Sachlegitimation sich mit der materiellen Berechtigung deckt¹⁶⁰, ist aus dieser Perspektive auch nichts einzuwenden. Die vorliegend gemachte Unterscheidung verdeutlicht aber, dass bei falscher Angabe des Begünstigten trotz begründetem Bestehens der materiellen Berechtigung und der Prozessführungsbefugnis beim Kläger eine Klage mangels Aktivlegitimation mit einem Sachurteil (und den entsprechenden Kostenfolgen) abgewiesen werden muss, wenn er Leistung an einen nicht berechtigten Dritten fordert¹⁶¹. Dies ist gerade auch im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit beachtlich^{162, 163}. 59

Auffassung der Promissar entsprechend Prozessstandschafter sein, soweit er die Leistung für den Dritten einklagt. Dies gilt, da der Dritte bei einem entsprechenden Begehren aktivlegitimiert ist, die Prozessführungsbefugnis aber beim Promissar liegt.

¹⁶⁰ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 123. Was sich im Übrigen leicht von der h.L. unterscheidet, die den Begriff der *Anspruchsträgerschaft* mit der Sachlegitimation gleichzusetzen scheint, vgl. Rn. 53 hiavor.

¹⁶¹ Vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 381, 424 (für den Fall, dass es bei dem materiell nicht berechtigten Dritten um den Prozessstandschafter geht) und siehe auch 432; auch dazu Stellung nehmend, dass es dem Kläger im genannten Fall frei steht, die Klage erneut anhängig zu machen: Die Sperrwirkung der *res iudicata* (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) sollte dem nicht gegenüberstehen, da es sich bei der erneuten Klage zwar um dieselben Parteien, aber nicht um denselben Streitgegenstand handelt. Zwar liegt derselbe Sachverhalt vor, aber mit einem anderen Rechtsbegehren. Mindestens mit der Theorie des zweigliedrigen Streitgegenstandes ist damit der Streitgegenstand ein anderer als bei der ersten Klage, vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rn. 479 ff.

¹⁶² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 152, 422 und Fn. 931.

¹⁶³ Grundsätzlich hat ein Kläger die Möglichkeit, in einem Prozess behauptungsweise eine eigene oder fremde materielle Rechtsposition zu vertreten, dabei eine eigene Prozess-

f. Entwicklung der Rechtsprechung

aa. Vorbemerkungen

- 60 Die Ursprünge der Entwicklung zum heute massgeblichen Stand der Rechtsprechung finden sich in den Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im aOR von 1936, die durch die erneuerten und heute gültigen Bestim-

führungsbefugnis zu behaupten und schliesslich das Prozessergebnis für sich oder einen Dritten zu verlangen. Je nachdem, wie diese (bloss) Behauptungen und Äusserungen in der Klage (unabhängig von einem allfälligen Beweis) ausfallen, kann sich nach dem Gesagten also eine andere rechtliche Konsequenz einstellen. Für die Abgrenzung zwischen der direkten und der indirekten Aussenhaftung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bleibt damit daneben auch die (behauptete) subjektive Ausrichtung der materiellen Rechtsposition (d.h., ob ein Kläger einen eigenen oder fremden Anspruch geltend macht) entscheidend, vgl. dazu etwa ausdrücklich für das US-amerikanische Recht auch HAMILTON/FREER, *Law of Corporations*, S. 340 f., wobei hier erwähnenswert ist, dass einer Corporation in einem US-amerikanischen *derivative suit* losgelöst von ihrer eigenen materiellen Berechtigung im Prozess auch eine Art doppelte Parteistellung zukommt, bei der sie nominell allerdings auf der Beklagtenseite steht (mit entsprechenden prozessualen Verteidigungs- aber nicht Angriffsmöglichkeiten), vgl. dazu etwa MERKT, *US Gesellschaftsrecht*, Rn. 1129; CLARK, *Corporate Law*, S. 639 f.; HAMILTON/FREER, *Law of Corporations*, S. 356; SHADE, *Business Associations*, S. 239. Ob der viel erwähnten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen *direct* und *derivative suit* im US-amerikanischen Recht (vgl. HENN/ALEXANDER, *Corporations*, S. 1047 ff.; HAMILTON/FREER, *Law of Corporations*, S. 351; SHADE, *Business Associations*, S. 240 f.) stellen einige US-amerikanische Gerichte offenbar aber auf die subjektive Ausrichtung des Prozesszieles ab (d.h. darauf, ob der Kläger für sich selbst oder für einen Fremden das Prozessergebnis verlangt), siehe MERKT, *US Gesellschaftsrecht*, Rn. 1131 m.w.H. Die Abgrenzung im Schweizer Recht scheint sich aufgrund der geringeren prozessualen Folgen, differenzierteren Rechtsbehelfe und einer abweichenden Zuständigkeitsordnung für das Gros der strittigen Punkte (zu denen es im Übrigen in den USA eine entsprechend reichhaltige Rechtsprechung gibt, vgl. dazu die zur Orientierung dienenden Listen bei HENN/ALEXANDER, *Corporations*, S. 1048 ff. m.w.H.) weniger kompliziert darzustellen. Verwiesen werden kann hier z.B. auf die Spezialtatbestände von Art. 678 Abs. 1 und 2 OR mit der ausdrücklichen Anordnung in Abs. 3. Ferner werden im US-amerikanischen Recht in den Gefässen des *direct* und *derivative suit* Ansprüche geführt, die etwa im Schweizer Recht mit entsprechenden Klagen nicht abgewickelt werden könnten und bei denen sich mitunter das Abgrenzungsproblem auch nicht stellt (so z.B. eine Dividendenausschüttungsklage – im Gegensatz zur Einforderung einer beschlossenen Dividende: Diese kommt im Schweizer Recht nicht in Frage, da der Entscheid über die Dividendenausschüttung nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR der Generalversammlung zusteht und nicht dem Verwaltungsrat wie üblicherweise nach den US-amerikanischen Rechtordnungen, vgl. zu Letzterem etwa Del. Gen. Corp. Law, § 170 lit. a sowie HAMILTON/FREER, *Law of Corporations*, S. 301 ff.; SHADE, *Business Associations*, S. 379). Schliesslich kann aber noch angemerkt werden, dass die Einordnung als direkter oder indirekter Schaden in Bezug auf Neugläubiger einer überschuldeten Gesellschaft auch im Schweizer Recht Probleme bereitet und umstritten ist, vgl. dazu für die entsprechenden Hinweise Fn. 250.

mungen von 1991 (in Kraft seit dem 1. Juli 1992) abgelöst wurden. Bereits unter dem alten Recht sah sich die Rechtsprechung nämlich mit grundsätzlich fünf für die vorliegende Arbeit relevanten, strittigen und folgenreichen Bereichen konfrontiert:

Dies betrifft vorab die Qualifikation der Klageberechtigung bei der indirekten Aussenhaftung¹⁶⁴. Diese bezieht sich einerseits auf die Frage, ob Aktionäre *ausser Konkurs* eigene Ansprüche oder diejenigen der Gesellschaft (also einen fremden Anspruch) in Prozessstandschaft einklagen. Andererseits geht es darum, wie die Klageberechtigung *in Konkurs* der Konkursmasse¹⁶⁵, der Gläubiger und der Aktionäre entsprechend zu verstehen und zu qualifizieren ist, insbesondere unter Einbezug der für die Gläubiger (nicht aber die Aktionäre) möglichen Abtretung nach Art. 260 SchKG¹⁶⁶. Letztendlich wird mit der diesbezüglichen Qualifikation der Klageberechtigung entschieden, wer Anspruchsinhaber ist und welche (abhängigen) Einreden und Einwendungen dem Anspruchsgegner als Folge davon im Einzelfall bereitstehen können¹⁶⁷. Der Streitpunkt dreht sich inhaltlich genauer betrachtet also um eine Art Qualifikation des Anspruchs nach Art. 754 Abs. 1 OR¹⁶⁸ in *persönlicher Hinsicht* und die daraus hervorgehenden Folgen für die jeweiligen Abwehrmöglichkeiten.

¹⁶⁴ Etwas verwirlich wird dieses Thema in Literatur und Rechtsprechung unter anderem unter dem Titel der «Rechtsnatur der Klageberechtigung» diskutiert. Im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht wird der Begriff «Rechtsnatur» nämlich doppelt verwendet: Einerseits wird er bei der Diskussion verwendet, ob der Verantwortlichkeitsanspruch aus eigenem Recht oder aus dem Recht der Gesellschaft bzw. der Gläubigergesamtheit erfolgt (also bei der Unterscheidung der Anspruchsnatur in persönlicher Hinsicht). Andererseits wird der Begriff bei der Diskussion verwendet, ob ein Verantwortlichkeitsanspruch auf vertraglicher, deliktischer oder anderer Grundlage beruht (also bei der Unterscheidung der Anspruchsnatur in typologischer Hinsicht). Vgl. zum Ganzen auch ausführlich KUNZ, Rechtsnatur, S. 11 ff., 28, 34 f. Der Begriff der Rechtsnatur soll in diesem Zusammenhang zur Vermeidung von Missverständnissen im letzteren Sinne für die Bezeichnung der Einordnung der Verantwortlichkeitsansprüche in typologischer Sicht beschränkt sein, siehe dazu weiter Rn. 106 ff.

¹⁶⁵ Also das *parteilähige Sondervermögen der Gesellschaft zur Befriedigung der Gläubigerforderungen*, das das vor der Konkurseröffnung bestehende Gesellschaftsvermögen ablöst, vgl. Art. 197 Abs. 1 und 240 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 8 Rn. 3, § 40 Rn. 2, § 41 Rn. 5 f., 21, 24.

¹⁶⁶ Vgl. dazu auch Rn. 65 und 71.

¹⁶⁷ Unabhängige Einreden, die im Gegensatz zu abhängigen Einreden ihren Ursprung nicht in der Sphäre des Anspruchsberechtigten, sondern in jener des Anspruchsgegners oder eines Dritten haben, sind damit von der Qualifikation grundsätzlich nicht betroffen, vgl. auch JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 245 ff. mit Hinweisen zur Terminologie. Vgl. sodann auch Rn. 215 hiernach.

¹⁶⁸ Beziehungsweise des in dieser Hinsicht verbundenen, allerdings in dieser Arbeit nicht im Fokus stehenden Anspruches nach Art. 755 OR.

- 62 In *sachlicher Hinsicht* ist umstritten, ob Art. 754 Abs. 1 OR auf die indirekte sowie die direkte Aussenhaftung Anwendung finden kann oder nur auf die indirekte. In *konzeptioneller Hinsicht* ist sodann fraglich, inwieweit die (unter anderem) mit Art. 754 Abs. 1 OR aufgenommene Abwicklung der indirekten Aussenhaftung – unabhängig von der Anspruchsgrundlage – generell einen vorrangigen Platz gegenüber der direkten Aussenhaftung einnehmen kann¹⁶⁹. Nicht damit zu verwechseln¹⁷⁰ bestehen in *relativer Hinsicht* offene Fragen dazu, wie mit Anspruchskonkurrenzen in Zusammenhang mit Art. 754 Abs. 1 OR umgegangen werden soll. Schliesslich ist sodann auch in *typologischer Hinsicht* strittig, wie die Rechtsnatur des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR grundsätzlich zu qualifizieren ist.
- 63 Erschwerend kommt hinzu, dass die fünf genannten Bereiche voneinander abhängen und Antworten an einem Ort Antworten am anderen Ort präjudizieren, zumindest wenn im herkömmlichen dogmatischen Schema argumentiert wird. So kann zum Beispiel die Qualifikation der Ansprüche in *persönlicher Hinsicht* auch Auswirkungen auf die Qualifikation in *typologischer Hinsicht* haben¹⁷¹. Heute besteht vor allem darin Einigkeit, dass die gesetzliche Regelung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit lückenhaft, uneinheitlich und sogar widersprüchlich ist¹⁷² und dass dies ein aus dem alten Recht – wenn auch mit Verbesserungen¹⁷³ – übernommener Zustand ist¹⁷⁴. Die Rechtsprechung war und ist damit notgedrungen vor Herausforderungen gestellt. Auch wenn sich in den letzten Jahren die Debatten in den erwähnten Bereichen beruhigt haben, werden die damit in Zusammenhang stehenden Fragen immer noch kontrovers diskutiert und die Rechtsprechung bleibt im Fluss. Ein Blick auf die Eckpunkte der Entwicklung der Rechtsprechung soll darum helfen, die heute aus einem einzelnen Entscheid oder gar dem Gesetz nur schwer ableitbaren Hintergründe und Überlegungen für die geltende Rechtslage zu erschliessen.

¹⁶⁹ Klassischerweise geht es dabei um die Situation *in Konkurs*, wobei hier jüngst auch die Situation *ausser Konkurs* angesprochen wird, vgl. BÄRTSCHI, Kleinaktionär, S. 76 f.

¹⁷⁰ Wird nämlich davon ausgegangen, dass Art. 754 OR in *sachlicher Hinsicht* sowohl auf die direkte als auch auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung findet, kann ein Vorrang der indirekten Aussenhaftung nur schwerlich über die Frage der Anspruchskonkurrenz gelöst werden, weshalb dies einen separaten Problemkreis darstellt.

¹⁷¹ So argumentiert KUNZ, Rechtsnatur, S. 34 etwa: «[W]er einen Anspruch als <vertraglich>, <vertragsähnlich> oder <deliktisch> qualifiziert, müsste konsequenterweise davon ausgehen, dass dieser dem Kläger *persönlich* zusteht.»

¹⁷² Vgl. WALTER, Ungereimtheiten, S. 89 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 176 ff., 179 ff.

¹⁷³ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 3.

¹⁷⁴ Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 248.

bb. BGE 111 II 182: Ablösung der Theorie der Prozessstandschaft durch die Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage» bzw. die Theorie des materiellen Forderungsrechtes

Der Startpunkt der Betrachtung ist BGE 111 II 182, in dessen Nachgang ab Mitte der 1980er-Jahre die Zahl der höchstrichterlichen Entscheide im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit rasant zunahm,¹⁷⁵ und parallel dazu auch die heute vielfach als unüberschaubar bezeichnete Zahl der Publikationen im Verantwortlichkeitsrecht¹⁷⁶. Zunächst wurde unter dem aOR 1936 vorwiegend vertreten, dass sich die Klageberechtigung der Aktionäre und Gläubiger zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens auf eine Prozessstandschaft in Bezug auf den Anspruch der Gesellschaft und somit auf das Recht der Gesellschaft und nicht ein eigenes stützt¹⁷⁷. Die Frage nach der Qualifikation der Klageberechtigung (in persönlicher Hinsicht) war aber umstritten und der erwähnten *Theorie der Prozessstandschaft* stand die *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* gegenüber. Nach Letzterer soll den Aktionären bzw. Gläubigern ein eigener Anspruch zur Liquidation ihres indirekten Schadens zustehen¹⁷⁸. Sie klagen damit also aus eigenem Recht und nicht aus dem Recht der Gesellschaft.

Das Bundesgericht sprach sich in BGE 111 II 182 sodann explizit¹⁷⁹ dafür aus, dass im Konkurs der Gesellschaft den Gläubigern und Aktionären nach Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 bei Verzicht der Konkursverwaltung auf Geltendmachung des Gesellschaftsschadens einerseits eigene (d.h. von denjenigen der Konkursmasse unabhängige) Verantwortlichkeitsansprüche gegen fehlbare Organe zukommen sollten¹⁸⁰. Andererseits sollten sich die Gläubiger (aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes nicht aber die Aktionäre) auch die Ansprüche

¹⁷⁵ Vgl. WALTER, Ungereimtheiten, S. 75: Vom Jahr 1986 bis zum Jahr 2000 wurden rund 20 Entscheide veröffentlicht – ungefähr gleich viele wie in den 50 Jahren vor dieser Periode. Von 2001 bis 2016 kamen rund 56 veröffentlichte Entscheide (in der amtlichen BGE-Sammlung und als «weitere Entscheide») hinzu.

¹⁷⁶ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Fn. 673.

¹⁷⁷ Vgl. BÜRGI/NORDMANN, ZK aOR 1936, Art. 753/754 OR Rn. 53, Art. 755 OR, Rn. 7, Art. 756 OR, Rn. 3; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 208 m.w.H.; KUNZ, Rechtsnatur, S. 59 ff., 75.

¹⁷⁸ Und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft in Konkurs oder ausser Konkurs befindet.

¹⁷⁹ Im Grundsatz wurde dies vom Bundesgericht bereits seit langem mehr oder weniger konstant vertreten, vgl. BGE 86 III 154 und KUNZ, SJZ 1994, S. 5, der auch schon in BGE 82 II 48 E. 4, S. 58 f. sowie BGE 83 II 57 E. 3, S. 65 Belege für eine Auffassung von separaten Ansprüchen der Gesellschaft und der Aktionäre bzw. Gläubiger findet. Für die Entwicklung der Bundesgerichtspraxis von BGE 86 III 154 bis zur eindeutigen Stellungnahme in BGE 111 II 182 vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 216 ff.

¹⁸⁰ RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 159 f.

der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG abtreten lassen können.¹⁸¹ Das Bundesgericht folgte so, sich damit der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* anschliessend, der sogenannten *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»*, die massgeblich durch FORSTMOSER¹⁸² geprägt wurde¹⁸³. Entgegen dem Bundesgericht¹⁸⁴ und einem Teil der Lehre¹⁸⁵ postulierte die von FORSTMOSER angeführte Meinung unter den Bestimmungen des aOR 1936 allerdings noch, dass der Anspruch des aus eigenem Recht klagenden Gläubigers auf die Geltendmachung des eigenen erlittenen Schadens beschränkt ist¹⁸⁶. Unter den geltenden Bestimmungen vertritt die herrschende Meinung unter Einschluss jener von FORSTMOSER) nun aber, dass sich der Anspruch auf den ganzen Gesellschaftsschaden erstreckt^{187, 188}

- 66 Mit dem Entscheid für die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* ging das Bundesgericht vor allem auf die Qualifikation des im heutigen Gesetztext unter Art. 754 Abs. 1 OR zu findenden Anspruchs in *persönlicher Hinsicht* ein. Es hat genauer gesagt die Anspruchslage bei der indirekten Aussenhaftung präzisiert: Einerseits kann ein Gläubiger oder Aktionär bei der indirekten Aussenhaftung aus eigenem Recht vorgehen, d.h. eigene Ansprüche gegen fehlbare Organe geltend machen. Die beklagten Organe können in diesem Fall gegen den Anspruch nur Einreden und Einwendungen vorbringen, die ihnen gegen den jeweiligen Gläubiger bzw. Aktionär persönlich zustehen. Andererseits

¹⁸¹ BGE 111 II 182 E. 3.a S. 183; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 134; WALTER, Ungereimtheiten, S. 83; RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 160.

¹⁸² Darum teilweise auch als «*Acquis Forstmoser*» bezeichnet, vgl. etwa WALTER, Ungereimtheiten, S. 83 und JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 573 m.w.H.

¹⁸³ Vgl. etwa FORSTMOSER, SAG 1986, S. 72; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 224; vgl. für weitere Nachweise auch RAUBER, FS Forstmoser 1993, Fn. 11.

¹⁸⁴ BGE 111 II 182 E. 3.c, S. 184; bestätigt in BGE 113 II 277 E. 3, S. 278 f.

¹⁸⁵ RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 161 f.; RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 364; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 159 m.w.H.

¹⁸⁶ FORSTMOSER, SAG 1986, S. 77; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 235; vgl. auch RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 160 f.

¹⁸⁷ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 53; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 348a; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 97. Der Auffassung, wonach der Anspruch auf Geltendmachung des eigenen erlittenen Schadens beschränkt ist, auch noch unter dem geltenden Recht folgend (KUNZ, Rechtsnatur, S. 138 ff). BÄRTSCH, Verantwortlichkeit, S. 178 will darin einen Entscheid gegen die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* bzw. auch gesamthaft die *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* sehen (vgl. im Übrigen Rn. 68), weil auf den ganzen Gesellschaftsschaden gerichtete Klagen nur über die *Theorie der Prozessstandschaft* erreicht werden könnten. Dieser Ansicht widersprechen aber die Auffassungen von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 53; FORSTMOSER, SAG 1986, S. 74 sowie HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 249 f. und sie kann auch hier nicht geteilt werden.

¹⁸⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 159; WALTER, Ungereimtheiten, S. 83.

können Gläubiger und Aktionäre bzw. die Gesellschaft unter Beachtung der entsprechenden Voraussetzungen¹⁸⁹ auch einen (vom eigenen Anspruch der Gläubiger und Aktionäre unabhängigen, d.h. einem eigenen Schicksal folgenden) Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft gegen fehlbare Organe geltend machen. Diesfalls können die Organe grundsätzlich nur Einreden und Einwendungen vorbringen, die ihnen gegenüber der Gesellschaft zustehen.¹⁹⁰

Die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* beinhaltet also, dass im Bereich der indirekten Aussenhaftung *in Konkurs* einem Gläubiger bzw. Aktionär jeweils zwei verschiedene Ansprüche aus Art. 754 Abs. 1 OR zustehen. Dies führt in der Konsequenz dazu, dass die Befreiung der Organperson mittels Einreden und Einwendungen doppelt erfolgen muss: Zur vollständigen Befreiung muss jedem der beiden Ansprüche wenigstens eine Einrede bzw. Einwendung entgegenstehen. Insbesondere hat damit eine Einwilligung in eine schädigende Handlung nur dann eine befreiende Wirkung, wenn sowohl die Gesellschaft als auch der Kläger selbst darin eingewilligt haben¹⁹¹. 67

In der Anerkennung der *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* war schliesslich die Anerkennung der breiteren (auch die Situation ausser Konkurs erfassende) *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* enthalten¹⁹². Daraus folgte, dass das Bundesgericht sich auch *ausser Konkurs* von der *Theorie der Prozessstandschaft* verabschiedete und die entsprechenden Ansprüche der Aktionäre damit aus eigenem Recht bestehen sollten¹⁹³. Unbestritten war dabei aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 755 aOR 1936, dass die Leistung in jedem Fall an die Gesellschaft erfolgen musste und nicht an die klagende(n) Aktionärin(-nen) direkt¹⁹⁴. Nicht unbestritten war allerdings, ob sich der Anspruch nur auf die Quote der klagenden Aktionäre oder auf den gesamten Gesellschaftsschaden erstrecken sollte¹⁹⁵. 68

¹⁸⁹ Das heisst, dass im Falle des Konkurses der Anspruch der Konkursmasse entsprechend abgetreten wurde.

¹⁹⁰ FORSTMOSER, SAG 1986, S. 76.

¹⁹¹ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 160; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 188. Dies insbesondere auch im Gegensatz zur bis dahin in der Lehre vertretenen *Theorie der Prozessstandschaft*. Vgl. aber auch JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 358, 359 f., der aufgrund von funktionalen Überlegungen Organpersonen auch unter der *Theorie der Prozessstandschaft* die Berufung auf die Einwilligung der Gesellschaft gegenüber Gläubigern versperren möchte.

¹⁹² Vgl. GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 7; ferner KUNZ, Rechtsnatur, S. 70 f.; KUNZ, SJZ 1994, S. 5; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 222 und 226; RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 160 und 161.

¹⁹³ FORSTMOSER, SAG 1986, S. 74; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 756 OR Rn. 11 f.

¹⁹⁴ Vgl. RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 160.

¹⁹⁵ Für das Ganze: GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 756 OR Rn. 7; FORSTMOSER, SAG

- 69 Die *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* brachte entscheidende Vorteile: Ein Gläubiger oder (Minderheits-)Aktionär muss sich danach eine für ihn nicht beeinflussbare Einwilligung der Gesellschaft oder einen (für ihn womöglich überhaupt nicht erkenn- bzw. abschätzbaren) Verrechnungstatbestand im Verhältnis der Gesellschaft zur beklagten Organperson nicht entgegenhalten lassen¹⁹⁶. Von den Gestaltungen im Verhältnis der Gesellschaft zur Organperson werden die Ansprüche der Gläubiger und Aktionäre nicht berührt. Dies verunmöglicht insbesondere auch bei der aufrechtstehenden Gesellschaft, dass durch kolludierendes Verhalten Ansprüche von einzelnen (Minderheits-)Aktionären vereitelt werden können, indem andere einen (Stroh-)Prozess gegen eine Organperson führen, um für diese ein günstiges Resultat zu erzielen¹⁹⁷.
- 70 Die Vorteile der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* für die Berechtigten gründen darin, dass jeder Berechtigte materiell selbst Herr seines Anspruches bleibt und sich in einem Prozess keine Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen muss, die aus einer Identität einer Klage eines anderen Berechtigten herrühren könnten. Eine belangte Organperson soll sich damit namentlich also prozessual nicht auf eine anderweitige Litispendenz oder *res iudicata* oder materiell auf eine Verrechnung, eine Einwilligung, ein Selbstverschulden oder einen Vergleich ausserhalb des Verhältnisses zum jeweiligen Berechtigten berufen können¹⁹⁸. Was für die Berechtigten vorteilhaft ist, verursacht jedoch auf Seiten der Organperson Umstände: So besteht die Gefahr, dass sich eine Organperson vieler paralleler Prozesse mit dem gleichen Inhalt gegenüber sieht¹⁹⁹. Ein Urteil in einem Prozess bindet andere Kläger zudem nicht, was die Haftungsgefahr für die Organperson massiv erhöht: Nur eine von möglicherweise vielen Klagen muss durchdringen und dennoch haftet die Organperson in vollem Ausmass. Der Vergleichsdruck auf die Organperson ist damit erhöht, obwohl es ungleich erschwert ist, die Angelegenheit durch (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Vergleich zu erledigen, da ein Vergleich nicht automatisch andere Berechtigte bindet²⁰⁰. Schliesslich ist der Umgang mit Selbstverschulden des Berechtigten insbesondere in Bezug auf Gläubiger im Konkurs unklar²⁰¹.

1986, S. 74; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 39. Für die Quote: KUNZ, Rechtsnatur, S. 138 f.

¹⁹⁶ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 160; HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 249; BÄRTSCH, Verantwortlichkeit, S. 188.

¹⁹⁷ HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 248; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 227; FORSTMOSER, SAG 1986, S. 73; vgl. auch LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 1128.

¹⁹⁸ Da die Décharge ohnehin separat geregelt ist, hat der Theorienstreit hier keine Konsequenzen.

¹⁹⁹ Vgl. HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 248.

²⁰⁰ Vgl. HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 250.

²⁰¹ WALTER, Ungereimtheiten, S. 85 f.

Mit BGE 111 II 182 blieben also offene Fragen bestehen²⁰², die in einer nächsten Etappe der Rechtsprechung wieder aufgegriffen wurden²⁰³.

Beachtlich ist die auf BGE 111 II 182 basierende Rechtsprechung ferner auch, weil während deren Geltung eine Gesetzesrevision im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erfolgte. In Bezug auf die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* bzw. den Theorienstreit äusserte sich der Gesetzgebungsprozess aber nicht schlüssig²⁰⁴, weshalb heute davon ausgegangen wird, dass insbesondere aus Art. 757 Abs. 3 OR²⁰⁵ mit dem Vorbehalt von Art. 260 SchKG kaum ein Entscheid für oder gegen diese Theorie entnommen werden kann²⁰⁶. Allerdings ist die Existenz von Art. 757 Abs. 3 OR schlüssiger mit Blick auf die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»*²⁰⁷, weshalb das Bundesgericht sich auch unter Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 mit Verweis auf Art. 260 SchKG bereits veranlasst gesehen haben dürfte, dieser Theorie den Vorzug zu geben²⁰⁸. Dieses Argument darf allerdings keineswegs als einziges Indiz für den gesetzgeberischen Willen gewertet werden, zumal der Gesetzestext an anderer Stelle sich nach einer Lesart wiederum eher für die *Theorie der Prozessstandschaft* auszudrücken scheint²⁰⁹. Art. 757 Abs. 3 OR erschöpft sich vielmehr in einem Beleg für die schon angesprochene Widersprüchlichkeit des Gesetztextes. So besteht nämlich weitgehend Einigkeit darüber, dass unter anderem schon Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 auf einer missglückten Formulierung des Gesetzgebers beruhte²¹⁰ und mit Art. 757 Abs. 3 OR eine ähnliche Bestim-

²⁰² Vgl. auch FORSTMOSER, SAG 1986, S. 74.

²⁰³ Vgl. WALTER, Ungereimtheiten, S. 85 ff.

²⁰⁴ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 179 ff. m.w.H.; eingehend sodann KUNZ, Rechtsnatur, S. 92 ff., der mit Nachdruck darauf hinweist, dass wenn überhaupt, dann aus dem Gesetzgebungsverfahren und sonstiger Auslegung Rückschlüsse auf die Geltung der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* gezogen werden können.

²⁰⁵ Die Hintergründe der Aufnahme dieser Bestimmung durch den Ständerat sind unklar, vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 170. Im Übrigen war auch schon in Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 ein Verweis auf eine Abtretung enthalten: «Verzichtet [die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Anspruches der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurse], so ist jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt, die Abtretung des Anspruches zu verlangen. Das Ergebnis ist nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu verwenden.»

²⁰⁶ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 176 f.

²⁰⁷ RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 162.

²⁰⁸ BGE 111 II 182 E. 3.a, S. 186; dazu FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 57.

²⁰⁹ Siehe Art. 756 Abs. 1 OR; vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 46 ff. Zu bedenken ist m.E. aber, dass der Gesetzestext nur auf die Geltendmachung des Schadens, aber nicht auf die Ansprüche der Gesellschaft hinweist.

²¹⁰ Vgl. schon FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 56 m.w.H.; Botschaft Aktienrechtsreform 1983, S. 851.

mung, jedoch mit für das neue Recht ungeklärtem Regelungsgehalt, durch den Ständerat Eingang in den aktuellen Gesetzestext fand²¹¹.

cc. BGE 117 II 432: Begründung der sog. «Raschein-Praxis»

- 72 Der hundertste Geburtstag des SchKG war ein Anlass für den damaligen Bundesrichter ROLF RASCHEIN, seine Ansichten dazu, wie mit den Widersprüchlichkeiten und offenen Fragen im Verantwortlichkeitsrecht umgegangen werden kann, in einem Aufsatz zu formulieren. Dieser Aufsatz sollte weitreichende Folgen haben. Zum aufgegriffenen Streitpunkt der Rechtsnatur der Gesellschafts-, Aktionärs- und Gläubigeransprüche im Konkurs und dem Verhältnis von Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 und 260 SchKG argumentierte RASCHEIN zunächst, dass Aktionärsansprüche im Konkurs undenkbar seien, weil (nach seiner Meinung unter der damaligen gesetzlichen Ordnung²¹²) der Konkurs widerrufen werden müsste, sobald ein Aktionär einen Anspruch habe. Die Aktionäre kön-

²¹¹ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 168 f.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 68, 73; RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 162, 166; Vgl. dazu auch eingehend JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 176 f. Zu streng mutet es an, wenn man den Verweis auf Art. 260 SchKG in Art. 757 Abs. 3 OR *per se* als «verwirrlich» einstufen wollte, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 358. Der Verweis ist «verwirrlich», falls von der *Theorie der Prozessstandschaft* ausgegangen wird, vgl. RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 162. Andernfalls wäre er zwar rein gesetzgebungstechnisch überflüssig, aber interpretativ hilfreich in Bezug auf seine deklaratorische Natur, vgl. KUNZ, Rechtsnatur, S. 97. Nicht zuletzt bleibt damit aber der Widerspruch zum Wortlaut des (allfälligen) eher auf die *Theorie der Prozessstandschaft* hinweisenden Art. 756 Abs. 1 OR (vgl. dazu aber die Anmerkung in Fn. 209) bestehen, insbesondere vor der unklaren Entstehungsgeschichte von Art. 757 Abs. 3 OR. Im Übrigen wären wiederum die Zweifel darüber, welcher Theorie gefolgt werden sollte, auch bei Fehlen von Art. 757 Abs. 3 OR nicht einfach ausgeräumt, da schon im Wortlaut von Art. 757 Abs. 1 OR und Art. 758 Abs. 1 OR Hinweise auf die *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* zu finden sind, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 48 f. Dass aber Art. 757 Abs. 3 OR unter der «Raschein-Praxis» (siehe dazu sogleich Rn. 72 ff.) keinen eigenen Gehalt bringt bzw. keine weiteren Rechte verleiht, entspricht der h.M., vgl. BGER 4A_446/2009 E. 2.4; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 36; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 358 und Fn. 852 m.w.H.; a.A. VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, S. 250 ff.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 177. Die «Raschein-Praxis» hatte der Gesetzgeber allerdings auch nicht vor Augen bei Verabschiedung der Bestimmung (vgl. KUNZ, Rechtsnatur, S. 94 f.). Art. 757 Abs. 3 OR zeigt damit vielmehr die Inkonsistenz zwischen der «Raschein-Praxis» und dem Gesetzestext (vgl. RAUBER, FS Forstmoser 1993, S. 166) bezüglich des Entscheids für oder gegen eine der beiden anderen Theorien, vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 177; Gericke/Waller, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 36; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 170.

²¹² Die Kaskadenordnung des Art. 757 Abs. 2 OR bestand im alten Recht noch nicht und das Vorgehen bei der Verteilung des Prozess- oder Vergleichserlöses war daher strittig, vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 72.

nen nämlich erst nach Befriedigung der Gläubiger zum Zuge kommen. Seien die Gläubiger aber voll befriedigt, so habe die Überschuldung als Voraussetzung des Konkurses offensichtlich nicht vorgelegen. Der Konkurs sei deshalb in dieser Konstellation zu widerrufen und für (rationale) Klagen der Aktionäre in Konkurs bleibe damit kein Platz. Aus RASCHEIN's Argumentation ergab sich, dass die Gesellschaftsklage durch die Konkursmasse im Konkurs der Gesellschaft nur im Interesse der Gesamtheit²¹³ der Gläubiger (nicht aber der Aktionäre) erfolgt und Art. 756 Abs. 2 aOR 1936 (trotz der Nennung der Aktionäre) schliesslich nur auf einen Anwendungsfall von 260 SchKG (der nur die Gläubiger adressiert) reduziert werden kann²¹⁴.

In einem weiteren Schritt folgerte RASCHEIN, dass die Passivlegitimierten in einem Verantwortlichkeitsprozess in Bezug auf die Gesellschaftsklage über keine Einreden und Einwendungen verfügen sollten, die ihnen gegenüber der Gesellschaft oder auch nur einzelnen Gläubigern zustehen. Das Ergebnis seiner Ansicht war, dass den Passivlegitimierten in einem Verantwortlichkeitsprozess, egal ob die Konkursmasse oder (da letztlich einfach über Art. 260 SchKG anstelle der Konkursmasse und damit auch wie die Konkursmasse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger vorgehende²¹⁵) einzelne (Abtretungs-)Gläubiger klagten, praktisch keine Einreden und Einwendungen bleiben sollten. 73

In BGE 117 II 432 folgte das Bundesgericht unter dem Referenten RASCHEIN dessen im genannten Aufsatz dargestellten Ansichten: Gläubiger klagten im Konkurs beim im heutigen Gesetzestext unter Art. 754 Abs. 1 OR zu findenden Anspruch demnach aus dem Recht der Gläubigersamtheit und damit weder aus dem Recht der Gesellschaft noch aus eigenem Recht²¹⁶. Damit stellte das Bundesgericht die Qualifikation dieses Anspruchs in *persönlicher Hinsicht* wiederum auf eine neue (dritte) Grundlage und beendete den unter BGE 111 II 182 mit der *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»*. Auf die überraschende Kehrtwende des Bundesgerichtes in BGE 117 II 432 folgte ein Hagel an Kritik²¹⁷, insbesondere aufgrund des mit dem Gesetzestext nicht zu vereinbarenden und befürchteten umfassenden Einwendungs- und Einredeaus- 74

²¹³ «Gesamtheit» weil die Konkursmasse die Rechte aller Gläubiger wahrzunehmen hat und nicht bloss jene einzelner, RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 362.

²¹⁴ RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 361 ff. Ferner wird dies damit untermauert, dass es historisch auch der Auffassung der Expertenkommission von 1928 für die Revision des aOR 1881/1911 entsprochen habe, vgl. S. 364.

²¹⁵ RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 362 f.

²¹⁶ BGE 117 II 432 E. 1.b)hh), S. 441.

²¹⁷ Siehe dazu die frühe Zusammenstellung bei KUNZ, Rechtsnatur, S. 71 ff. und ansonsten auch GARBARSKI, Responsabilité, S. 87 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 187; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 169 m.w.H.

schluss²¹⁸. Erreicht hatte das Bundesgericht mit seiner neuen Rechtsprechung hier zunächst vor allem, dass sich ein adäquater Weg für den Umgang mit der Einwilligung der Gesellschaft sowie dem Selbstverschulden eines klagenden Gläubigers ergab²¹⁹. Auch für die Thematik der *res iudicata* und des Vergleichs war damit eine pragmatische Lösung angebahnt²²⁰. Für weitere Bereiche wie etwa die Verrechnung schien es aber zumindest offen, ob damit eine befriedigende Antwort gefunden war. Überdies verloren RASCHEINS Argumente unter dem Blickwinkel des revidierten Rechts an Stichhaltigkeit^{221, 222}.

75 Letztendlich ist festzustellen, dass die Ansichten von RASCHEIN und die Kehrtwende des Bundesgerichtes in BGE 117 II 432 keinen Einfluss mehr auf die damals laufende Revision des Aktienrechtes nehmen konnten. Wie der alte ist auch der neue Gesetzestext vor diesem Hintergrund mit der sog. «Raschein-Praxis» nicht kompatibel. Obwohl im neuen Gesetzestext einige von RASCHEIN im Ausgangspunkt bemängelte Ungereimtheiten wenigstens gemildert wurden²²³, hielt das Bundesgericht in der Folge auch unter dem neuen Recht an dem mit BGE 117 II 432 eingeschlagenen Weg für die Situation *in Konkurs* fest. *Ausser Konkurs* geht das Bundesgericht seit BGE 132 III 342 bei Klagen von Aktionären zugunsten der Gesellschaft nach Art. 756 OR wiederum von der *Theorie der Prozessstandschaft* aus^{224, 225}.

76 Unterdessen wird die «Raschein-Praxis» als geltendes Richterrecht anerkannt²²⁶. Insgesamt wird positiv hervorgehoben, dass mit ihr die Prozesshäufung aufgrund von Parallelforderungen «aus dem Recht der Gläubiger» und

²¹⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 164 und Fn. 599.

²¹⁹ Vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 164 m.w.H.; BGE 117 II 432 E. 1.b)gg), S. 440.

²²⁰ Vgl. RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 363.

²²¹ Er selbst griff in RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG, S. 366 f. schon auf, dass gemäss Art. 757 Abs. 2 OR des revidierten Gesetzes Aktionärsklagen im Konkurs nicht mehr theoretisch unmöglich sind, aber argumentierte, dass ihnen im Einklang mit seinen Überlegungen immer noch die praktische Relevanz fehlen dürfte.

²²² RASCHEINS Überlegungen basierten ferner auch vorab auf der Betrachtung des Zusammenhanges von Konkurs und Überschuldung, ohne dabei einzubeziehen, dass bei Zahlungsunfähigkeit auch ein Konkurs ohne Vorliegen einer Überschuldung möglich ist, vgl. AMMON/WALTER, Grundriss, § 38 Rn. 13; vgl. zu den Revisionsbestrebungen mit Bezug zu den Pflichten des Verwaltungsrates in diesem Kontext weiter Botschaft Aktienrechtsreform 2016, S. 175 ff.

²²³ Insbesondere durch die Aufnahme der Kaskadenordnung des heutigen Art. 757 Abs. 2 OR.

²²⁴ BGE 132 III 342 E. 4.3, S. 350; BGer 6B_680/2013 E. 3.2.

²²⁵ Vgl. darüber hinaus zum Meinungsstand GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 756 OR Rn. 8 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 226; JUTZI, GesKR 2014, S. 509; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 1124 m.w.H.

²²⁶ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 294.

«aus dem Recht der Gesellschaft» eingeschränkt wird, dass die Erledigung durch Vergleich gefördert wird und dass der Prozessstoff aufgrund der abgeschnittenen Einreden vereinfacht ist²²⁷. Insgesamt erweist sich die «Raschein-Praxis» damit (wenigstens für die Seite der Konkursverwaltung) als praxisfreundlich, lässt aber eine dogmatische Fundierung vermissen, insbesondere auch für den weitgehenden Einwendungs- und Einredeausschluss der beklagten Organpersonen.

dd. BGE 122 III 176 («X-Corporation»): Umdefinition von direktem und indirektem Schaden im Konkurs

Vor allem die Situation *in Konkurs* forderte die bundegerichtliche Rechtsprechung weiter: In BGE 122 III 176 bestätigte das Bundesgericht²²⁸ die «Raschein-Praxis» und führte sie eine Stufe weiter. Es nahm das Argument der Verhinderung der Prozesshäufung wieder auf und beleuchtete diesmal die noch übrige Konstellation von Parallelforderungen direkt geschädigter Gläubiger «aus eigenem Recht» und der Konkursverwaltung «aus dem Recht der Gläubigersamtheit». Inhaltlich sollte der Forderung «aus dem Recht der Gläubigersamtheit» der Vorrang eingeräumt werden²²⁹. Dies wurde vor allem mit dem Argument gestützt, dass bei einem parallelen Wettlauf um Befriedung aus dem begrenzten Vermögenssubstrat der Organpersonen zwischen der Konkursverwaltung und den einzelnen Gläubigern aus zeitlichen Gründen faktisch eine Privilegierung der eigenständig klagenden Gläubiger bestehen würde. Diese Privilegierung sei aber nicht mit dem Sinn und Zweck der in Art. 756 und 758 aOR 1936 festgeschriebenen einheitlichen Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche vereinbar.²³⁰

Im Ergebnis äusserte sich das Bundesgericht damit zum Verhältnis der direkten zur indirekten Aussenhaftung bzw. zur Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *konzeptioneller Hinsicht*. Methodisch schlug das Bundesgericht aber den etwas verwirlichen Weg ein, alle Schäden von Gläubigern in indirekte umzudefinieren, wenn sie nicht auf dem Verstoss gegen ausschliesslich die Gläubiger schützende Bestimmungen beruhten²³¹. Gegen die X-Corpo-

²²⁷ Vgl. BÖCKLI, Hürdenlauf, S. 34 ff.

²²⁸ Unter Anwendung der Bestimmungen des aOR 1936.

²²⁹ Ausdrücklich BGE 122 III 176 E. 7.c), S. 194, letzter Abschnitt.

²³⁰ BGE 122 III 176 E. 7.c), S. 194.

²³¹ BGE 122 III 176 E. 7.c), S. 194 a.E., sowie E. 7.b), S. 191; expliziter wurde dies in BGE 125 III 86 E. 3.a), S. 88 bestätigt. Gleichzeitig schnitt das Bundesgericht damit – sozusagen als Nebenwirkung – die Ansprüche der nach der üblichen Terminologie Direktgeschädigten vollkommen ab, sogar für Fälle, in denen herkömmlicherweise keine Konkurrenzsituation bestand, weil die Gesellschaft gar keinen Schaden erlitt. Das Bundesgericht verwehrte damit den einzig in ihrem eigenen Vermögen geschädigten Gläubigern bzw.

ration-Rechtsprechung setzte sich die Kritik an der «Raschein-Praxis» fort²³². Zudem wurde besonders bemängelt, dass in unnötiger Weise die Schadensbegrifflichkeit abgeändert wurde²³³ und dies im Hinblick auf das Ziel des Vorranges der Forderung «aus dem Recht der Gläubigergesamtheit» sogar untauglich sei²³⁴. Deshalb wurde angeführt, dass das Bundesgericht besser offen von einer Einschränkung der Aktivlegitimation sprechen sollen hätte, anstatt die überkommene Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden aufzugeben²³⁵.

ee. BGE 131 III 306 («Biber Holding AG»)²³⁶: Rückdefinition von direktem und indirektem Schaden, aber Einschränkung der Aktivlegitimation im Konkurs

- 79 In BGE 131 III 306 ging das Bundesgericht auf die Kritik an der X-Corporation-Rechtsprechung ein und kehrte zur alten Begrifflichkeit von direktem und indirektem Schaden zurück²³⁷. Das auf der «Raschein-Praxis» basierende und mit der X-Corporation-Rechtsprechung fortgeschriebene Ziel der Verhinderung einer Konkurrenz von Individualklagen der Gläubiger bzw. Aktionäre mit den Klagen der Konkursverwaltung wurde damit aber nicht aufgegeben. Vielmehr wurde der Ausschluss von Individualklagen in dieser Konstellation mit der fehlenden Aktivlegitimation begründet, wenn diese Klagen nicht auf der Verletzung einer ausschliesslich diese Gläubiger bzw. Aktionäre schützenden Bestimmung des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts²³⁸ oder einer unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR, der *culpa in contrahendo* oder Vertrauenshaftung basieren²³⁹.

Aktionären die Möglichkeit zur Begründung von Ansprüchen basierend auf einem Verstoß gegen Doppelnormen. Vor diesem Hintergrund sah sich das Bundesgericht in BGER 5C.29/2000 vom 19. September 2000 («Raichle-Entscheidung») E.4.c) gezwungen, der Konkursverwaltung die Aktivlegitimation für ausschliesslich am Vermögen der Gläubiger entstandene Schäden zuzugestehen, vgl. auch die Darstellung in BGE 142 III 23, E.4.2 und 4.2.1, S. 28 ff. Siehe zur Raichle-Rechtsprechung auch noch Fn. 242.

²³² JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 104; BÖCKLI, Hürdenlauf, S. 40 f.

²³³ Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 216 f. m.w.H. zu den damaligen kritischen Stimmen sowie S. 221 f.

²³⁴ BÖCKLI, Hürdenlauf, S. 41. Das Bundesgericht musste in der Folge auch selbst bereits in BGE 129 III 129 seine diesbezügliche Rechtsprechung anpassen, vgl. auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 11 f.

²³⁵ BÖCKLI, Hürdenlauf, S. 37 f., 41 f.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 85, 202.

²³⁶ Entspricht BGER 4C.111/2004 vom 9. November 2004.

²³⁷ BGE 131 III 306 E. 3.1.1, S. 310.

²³⁸ Sog. «modifizierte Schutzzwecktheorie», siehe dazu auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 10 f.

²³⁹ BGE 131 III 306 E. 3.1.2, S. 311.

Darüber hinaus wurde die aus der Perspektive der Konkurrenzsituation 80 folgerichtige Präzisierung aufgenommen, dass die Einschränkung der Aktivlegitimation nur in jenem Falle gelte, in dem die Gesellschaft auch einen Schaden erlitten hatte²⁴⁰. Die klageabschneidende Wirkung der X-Corporation-Rechtsprechung²⁴¹ war damit grundsätzlich beseitigt²⁴². Ungeklärt ist allerdings, ob es damit ausreichend ist, dass die Gesellschaft allgemein einen Schaden erlitten hat, oder ob davon allenfalls nur Situationen betroffen sind, bei denen der Schaden der Gesellschaft dazu noch entweder auf derselben Handlung (im Sinne eines Lebenssachverhaltes) oder derselben Pflichtverletzung der Organperson oder gar einer Kombination der letzten beiden Kriterien beruhen muss²⁴³.

Im Sinne der Verhinderung eines «Wettlaufs zur versiegenden Quelle» ist 81 mit den Worten des Bundesgerichtes²⁴⁴ wohl ursprünglich ein möglichst weitgehender Ausschluss von konkurrierenden Individualklagen angestrebt worden. In jüngeren Entscheiden hat es dies aber auch wieder relativiert^{245, 246}. Ferner kann kaum von einer konkurrierenden, sondern höchstens von einer gleichzeitigen Klage gesprochen werden, wenn die Gesellschaft aus demselben Lebens-

²⁴⁰ BGE 131 III 306 E. 3.1.2, S. 311; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 221; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 15 f., 20; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 304.

²⁴¹ Siehe dazu Fn. 231.

²⁴² Dies führte in BGE 142 III 23, E. 4.3, S. 32 f. schliesslich zur Klarstellung, dass der Konkursverwaltung unter der jetzigen Rechtslage nicht mehr die Aktivlegitimation zukommt, Ansprüche der direkten Aussenhaftung für die Gläubiger zu verfolgen. Damit distanzierte sich das Bundesgericht in diesem Punkt von BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 («Raichle-Entscheid»). Ob damit allerdings auch die im Raichle-Entscheid in E. 4.b)cc) angetönte Gleichbehandlungspflicht (wenigstens im Bereich einer «zone of insolvency», vgl. E. 4.b)aa), bestätigt in BGER 4A.496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 3.3.) von Gläubigern aus Art. 754 Abs. 1 OR aufgegeben wurde, ist nicht eindeutig klar. Das Bundesgericht nahm dazu nicht direkt Stellung. Allerdings gehen die Lehrmeinungen davon aus, dass die Gleichbehandlung der Gläubiger nur über die *actio pauliana* (Art. 286 ff. SchKG) und nicht über Art. 754 Abs. 1 OR geschützt werden soll. Art. 754 Abs. 1 OR beinhaltet nach h.L. über Art. 717 Abs. 2 OR eine Gleichbehandlungspflicht gegenüber den Aktionären, aber nicht gegenüber den Gläubigern, vgl. ROHDE, Überschuldete Gesellschaft, S. 170 ff.; FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, S. 442 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, Rn. 1173; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 39 Rn. 33 ff., 48; GERICKE/WALLER, BSK OR II, vor Art. 754–761 OR Rn. 7a. In dieselbe Richtung, aber in engen Grenzen eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht gegenüber den Gläubigern ausmachend, argumentiert VOGT, GesKR 2009, S. 184; KRIZAJ, AJP 2013, S. 833.

²⁴³ Vgl. ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, S. 97; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 221 m.w.H.

²⁴⁴ Vgl. BGE 122 III 176, E. 7.c), S. 194.

²⁴⁵ BGE 132 III 564 E. 3.2.1, S. 569; BGE 141 III 112, E. 5.2.1, S. 116; deutlich nun in BGE 142 III 23, E. 4.2.2, S. 31 f. und E. 4.3, S. 33.

²⁴⁶ Vgl. auch BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 244 ff.

sachverhalt keine eigenen Ansprüche ziehen könnte. Der Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt gerade nicht in der Verhinderung aller gleichzeitigen Klagen. Direkte Klagen sind nämlich durchaus möglich. Dass das Haftungssubstrat einer (allenfalls nicht versicherten) Organperson zur Befriedigung der angetragenen Forderungen auch zum Nachteil der Gesellschaft bzw. Konkursmasse nicht ausreicht und sich ein entsprechender «Wettlauf» einstellen könnte, wird sodann auch grundsätzlich akzeptiert²⁴⁷. Verhindert werden soll einzig ein zeitlicher Nachteil der Konkursmasse gegenüber den Gläubigern und Aktionären, wenn diese sich auf dieselben Umstände (d.h. Lebenssachverhalt und Pflicht- bzw. Schutznorm, oder breiter gefasst die tatsächliche und konkrete Pflichtverletzung) für ihre jeweiligen Ansprüche berufen²⁴⁸.

- 82 Letztlich geht es bei der hier fraglichen Präzisierung darum, in welchen Fällen sich Gläubiger bzw. Aktionäre für ihre Individualklagen im Konkurs der Gesellschaft auf sog. Doppelnormen des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts stützen können, also auf solche Normen, die sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre bzw. Gläubiger schützen²⁴⁹. Die Möglichkeit der Berufung auf andere Normen ist nämlich mit der primären Ausnahmeformel zu der im Übrigen fehlenden Aktivlegitimation von Individualklagen schon gegeben. Die genauere Betrachtung dieser Ausnahmeformel lässt sodann erschliessen, dass auch Art. 41 OR, die *culpa in contrahendo* und die Vertrauenshaftung in diesem Sinne «Doppelnormen» sind, weil sie nicht nur die Gläubiger bzw. Aktionäre schützen, sondern auch die Gesellschaft. Bei Schädigungen von Gläubigern bzw. Aktionären nach Art. 41 OR, der *culpa in contrahendo* und der Vertrauenshaftung wird allerdings üblicherweise die Gesellschaft nicht gleichzeitig aufgrund desselben Lebenssachverhaltes aus derselben Schutznorm wie die Gläubiger bzw. Aktionäre anspruchsberechtigt. Will man mit Blick auf die besagte Ausnahmeformel des Bundesgerichtes ein einheitliches Konzept erkennen, nach dem die Berufung auf Doppelnormen nicht allgemein versagt sein soll, sondern nur in jenen Fällen, in denen die Gesellschaft gleichzeitig aufgrund desselben Lebenssachverhaltes unter Bezugnahme auf die gleiche Schutznorm geschädigt ist, so ergibt sich folgendes Resultat: Gläubigern bzw. Aktionären soll die Berufung auf Doppelnormen (und so auch in Bezug auf Normen des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts) nur versperrt sein, wenn die Gesellschaft auch einen Schaden in dem Sinne erlitten hat, dass eine Berufung auf dieselbe tatsächliche

²⁴⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 304.

²⁴⁸ Vgl. RUOSS, Revisionsstelle, S. 48 und 53.

²⁴⁹ Zum Begriff der Doppelnorm allgemein vgl. BOHRER, GesKR 2014, S. 324 und für den vorliegenden Sinn JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 101, 221; RUOSS, Revisionsstelle, S. 47; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 242.

und konkrete Pflichtverletzung bzw. denselben tatsächlichen und konkreten Verstoß gegen eine Schutznorm vorliegt.

Dieses Verständnis der Präzisierung des Bundesgerichtes, was überhaupt als 83 für die Einschränkung der Aktivlegitimation relevante Konkurrenzsituation verstanden werden soll, erlaubt es sodann auch, die in BGE 131 III 306 eingeführte Ausnahmeformel zur besagten Einschränkung der Aktivlegitimation verkürzt zu begreifen: Demnach müssen sich Gläubiger bzw. Aktionäre bei Individualklagen im Konkurs der Gesellschaft auf eine Verletzung einer (in der konkreten Situation und nicht zwingend generell) ausschliesslich sie selbst schützenden Bestimmung berufen. *Stützen sie sich* nämlich auf eine *generell ausschliesslich sie schützende Bestimmung*, so kann für die Gesellschaft nicht dieselbe Pflicht- bzw. Schutznorm zum Tragen kommen und die Aktivlegitimation bleibt erhalten. *Stützen sie sich ferner* auf *Art. 41 OR, die culpa in contrahendo oder die Vertrauenshaftung*, so wird (üblicherweise) nicht derselbe Lebenssachverhalt die Verletzung der Bestimmungen begründen. Fraglos bleibt dann hier die Aktivlegitimation der Gläubiger bzw. Aktionäre erhalten, auch wenn die Verletzung derselben Pflicht- bzw. Schutznorm für die von der Gesellschaft ausgehenden Ansprüche durchaus auch anderweitig zum Zuge kommen kann. *Stützen sich Gläubiger bzw. Aktionäre schliesslich* auf eine *Doppelnorm des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts*, so bleibt ihre Aktivlegitimation erhalten, wenn der Gesellschaft nicht im selben Lebenssachverhalt aus der Verletzung genau derselben Pflicht- bzw. Schutznorm ein Schaden widerfahren ist. Können sich Gläubiger bzw. Aktionäre bei einer Geltendmachung eines Schadens deshalb auf eine konkrete, tatsächliche Verletzung einer sie ausschliesslich (d.h. ohne dass die Gesellschaft selbst ein Anspruch aus der Verletzung derselben Bestimmung auf Grundlage des selben Lebenssachverhaltes ziehen kann) schützenden Bestimmung berufen, so wird ihre Aktivlegitimation für ihre Individualklagen in Konkurs grundsätzlich nicht beschnitten.

M.E. sollte der Wegfall der Aktivlegitimation von Individualklagen damit 84 nur greifen, soweit die Gesellschaft aufgrund derselben (tatsächlichen) Pflichtverletzung ebenfalls geschädigt ist²⁵⁰. Eine Sicht, die die Individualklagen noch

²⁵⁰ Gl. M. RUOSS, Revisionsstelle, S.48 und 53; so wohl auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 304; vgl. auch BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 241 f. Dies lässt auch das Problem in Bezug auf die Klageberechtigung von Neugläubigern einer überschuldeten Gesellschaft befriedigend lösen: Der Schaden durch die Hingabe etwa eines Darlehens oder einer Vorleistung ist für den Neugläubiger als direkter Schaden einklagbar, da nur er aus diesem Umstand wegen der Verletzung der Doppelnorm von Art. 725 Abs. 2 OR ein Schaden erfährt (die anderen Gläubiger und die Gesellschaft erleiden keinen Schaden, sondern profitieren sogar). Bezüglich dem durch die Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR entstehenden Fortsetzungsschaden überschneidet sich aber der Lebenssachverhalt der geschädigten Gesellschaft mit dem des (Neu-)Gläubigers. Hierfür greift folglich der Aus-

stärker beschneidet, würde sich sodann noch weiter vom Gesetzestext entfernen, der eine Einschränkung der Individualklagen im Konkurs der Gesellschaft bekanntlich prinzipiell nicht vorsieht²⁵¹.

- 85 Abschliessend ist zu erwähnen, dass mit BGE 131 III 306 die Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *konzeptioneller Hinsicht* beibehalten wurde. Es wurde zunächst vor allem die dogmatische Einordnung der Nachrangigkeit der Individualklage im Konkurs der Gesellschaft im Vergleich zu BGE 122 III 176 über eine Einschränkung der Aktivlegitimation korrigiert²⁵². Ferner wurde die Nebenwirkung der X-Corporation-Rechtsprechung korrigiert, dass Gläubiger (bzw. Aktionäre) sich zur Begründung ihrer Ansprüche in Konkurs in der direkten Aussenhaftung generell nicht auf Doppelnormen stützen konnten. Es wurde dazu die nunmehr begründete Einschränkung der Aktivlegitimation der Gläubiger (bzw. Aktionäre) auf diejenigen Situationen reduziert, in denen sich ein Konkurrenzverhältnis durch auf demselben Normverstoss aufbauende Individual- und Gesellschaftsklagen einstellen kann. Nur für diesen Fall in Konkurs ist es Individualklagen damit noch verwehrt, sich auf (die dabei notgedrungen zur Debatte stehenden) Doppelnormen zu berufen. Davon abgesehen erfahren Individualklagen keine Einschränkungen mehr. Im Endergebnis hat die Rechtsprechung nach BGE 131 III 306 damit durchaus auch (aus Sicht der Individualklagen) erweiternden Gehalt, der über eine «Präzisierung»²⁵³ hinausgeht.

ff. Ab BGE 132 III 342 («Schaumglas»): Modifizierte «Raschein-Praxis»

- 86 Ab BGE 132 III 342 setzte das Bundesgericht an, die «Raschein-Praxis» insbesondere in Bezug auf die einem beklagten Organ zur Verfügung stehenden Einwendungen und Einreden zu konkretisieren. Es milderte dabei konkret den unter der ursprünglichen «Raschein-Praxis» befürchteten umfassenden Einwendungs- und Einredeausschluss dahingehend, dass sich die beklagte Organperson auf gewisse ursprünglich gegenüber der Gesellschaft entstandene Einwendungen und Einreden dennoch berufen kann:

schluss der Aktivlegitimation für eine Individualklage. Vgl. auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 18 f.; WATTER/TRUFFER, AJP 12/96, S. 1281 f.; GARBARSKI, Responsabilité, S. 67; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 334 ff., 338, 342. BGer 4C.48/2005, E. 2.2 und 2.3 steht (für diesen Punkt) sowohl den vorgenannten Lehrmeinungen als auch der hier vorgebrachten Ansicht entgegen. Siehe zum Ganzen ferner auch JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 230 ff.

²⁵¹ Für eine entsprechend restriktive Interpretation der Durchsetzungssperre vgl. auch BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 242.

²⁵² JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 219; vgl. auch FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 205.

²⁵³ Obwohl vom Bundesgericht in der Regeste zu BGE 131 III 306 a.E. so bezeichnet.

Obwohl das Bundesgericht im Urteil BGer 4C.262/2000 vom 15. Dezember 2000 in konsequenter Anwendung der ursprünglichen «Raschein-Praxis» die Verrechnung einer kollozierten Forderung einer beklagten Organperson gegenüber der konkursiten Gesellschaft mangels Gegenseitigkeit noch ausschloss²⁵⁴, schützte es diese in BGE 132 III 342²⁵⁵. Deutlich sprach sich das Bundesgericht dabei dafür aus, dass im Konkurs der Anspruch der Gläubigergesamtheit den Anspruch der Gesellschaft ablöst; mit der entsprechenden Folgerung, dass damit Einwendungen und Einreden nicht umfassend ausgeschlossen sind²⁵⁶.

Die mit BGE 132 III 342 eingeführte Formel lautet, dass eine Organperson gegenüber der Gesellschaft bestehende Einreden vorbringen kann, soweit sie unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben²⁵⁷. Gegenüber einem klagenden Gläubiger persönlich sind dem folgend aber keine Einwendungen und Einreden möglich²⁵⁸. Diesen Ansatz verfolgte das Bundesgericht auch bei der Versagung der Berufung auf eine statutarische Gerichtsstands- und Schiedsklausel²⁵⁹ und den Ablauf der relativen Verjährungsfrist^{260, 261}. Insgesamt stellt dies eine Modifizierung der ursprünglichen «Raschein-Praxis» dar²⁶².

Bei Lichte betrachtet geht es bei dieser Modifizierung der «Raschein-Praxis» wiederum um eine abgeänderte Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *persönlicher Hinsicht*. Der Berechtigte des Anspruches wird damit weiter weg vom Konstrukt der Gläubigergesamtheit und wieder weiter zur Gesellschaft hin bewegt und die entsprechenden Konsequenzen werden daraus abgeleitet²⁶³. Damit nähert sich die Diskussion um die Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *persönlicher Hinsicht* auch wieder ihrem Ausgangspunkt. Die Klage der Gläubigergesamtheit im Konkurs der Gesellschaft nach der modifizierten «Raschein-Praxis» zeigt sich weniger als drit-

²⁵⁴ BGer 4C.262/2000 E. 2.c).

²⁵⁵ BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351, bestätigt in BGE 136 III 148 E. 2.5, S. 151.

²⁵⁶ BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351.

²⁵⁷ BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351; bestätigt in BGE 136 III 107 E. 2.5.1, S. 109.

²⁵⁸ BGE 136 III 148 E. 2.5, S. 151; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 168; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, S. 248.

²⁵⁹ BGE 136 III 107 E. 2.5.2, S. 109; vgl. ferner auch BÜCHLER/VON DER CRONE, SZW 2010, 258 ff.

²⁶⁰ BGE 136 III 322 E. 4.5, S. 332.

²⁶¹ Vgl. auch VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, S. 249 ff.

²⁶² Vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 165.

²⁶³ Das Bundesgericht legt bisweilen teilweise formal Wert auf die strikte Unterscheidung des Anspruches der Gesellschaft und des Anspruches der Gläubigergesamtheit (vgl. BGE 136 III 107 E. 2.5.1, S. 109), setzt sich dabei aber auch in Widerspruch zu anderen (auch jüngeren) Urteilen, siehe dazu die Hinweise in Fn. 264.

ter Weg, sondern vielmehr als modifizierte Spielart der *Theorie der Prozessstandschaft*²⁶⁴.

90 Es wird vor diesem Hintergrund von verschiedener Seite gefordert, dass das Bundesgericht auch für den Fall in Konkurs wieder grundsätzlich zur *Theorie der Prozessstandschaft* zurückkehren sollte²⁶⁵. Dabei sollen die weitherum als berechtigt angesehenen Anliegen der modifizierten «Raschein-Praxis» mit regulativen Argumentationen aufgenommen werden. Auf der anderen Seite zeigt sich aber gerade auch durch diese Argumentationen, dass die modifizierte «Raschein-Praxis» in ihren Wirkungen auch der *Theorie der «Doppelnatur der Gläubigerklage»* nahekommmt.

91 Um ein später noch eingehender zu erläuterndes Resultat²⁶⁶ schon vorwegzunehmen, sollte m.E. vor diesem Hintergrund der Ausflug des Bundesgerichtes in die «Raschein-Praxis» mit einer Rückkehr zur *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* enden. Verbunden mit einer Beschränkung des Anspruches von Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* auf die indirekte Aussenhaftung und der Betrachtung in *relativer Hinsicht* als *lex specialis* gegenüber Ansprüchen der direkten Aussenhaftung führt dies schliesslich in *konzeptioneller Hinsicht* zu dem vom Bundesgericht mit der X-Corporation-/Biber-Holding-Rechtsprechung angestrebten Ziel eines Vorranges der indirekten Aussenhaftung. Das praktisch wünschbare Resultat kann damit am befriedigendsten mit einem schlüssigen dogmatischen Fundament unterlegt werden und so zur Beilegung der diesbezüglichen Querelen in Lehre und Rechtsprechung beitragen.

gg. Sachlicher Anwendungsbereich und Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR und BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 und folgende Urteile

i. Ausgangslage: Eingeschränkter eigenständiger Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung

92 Für Gläubiger bzw. Aktionäre einer konkursiten Gesellschaft ist die Identifikation von ausschliesslich sie schützenden Bestimmungen wie schon erwähnt zentral: Sofern die Gesellschaft sich in Konkurs befindet und auch einen Schaden

²⁶⁴ Was BGE 132 III 342 E. 2.2, S. 345 f., bestätigt in BGer 4A_231/2011, E. 2, auch offen (im Übrigen im Einklang mit dem hiesigen Verständnis der Prozessstandschaft) so anspricht: Gegenstand des Verfahrens sind Forderungen der konkursiten Gesellschaft und nicht Forderungen von deren Gläubiger(-gesamtheit).

²⁶⁵ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 161 ff.; BACHMANN, AJP 2003, S. 501 ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 67 ff.; GARBARSKI, Responsabilité, S. 102; nach eingehender Analyse JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 191. Vgl. im Übrigen auch GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 5a m.w.H.

²⁶⁶ Vgl. insbesondere Rn. 226 ff. hiernach.

erlitten hat, ist es den betreffenden Gläubigern bzw. Aktionären neben einer Berufung auf Art. 41 OR, die *culpa in contrahendo* oder allgemein die Vertrauenshaftung nur bei der Verletzung sie ausschliesslich schützender Bestimmungen möglich, selbst und unabhängig von der Konkursverwaltung über die direkte Aussenhaftung gegen ein fehlbares Organ vorzugehen²⁶⁷.

Im Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR bedarf es sodann nicht nur irgendwelcher ausschliesslicher Schutznormen, sondern spezifischer Normen *des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts*²⁶⁸. Solche sind indes rar gesät und die Rechtsprechung hat diese auch nicht weiter konkretisiert²⁶⁹. Es findet sich in Bezug auf geschäftsführende Organpersonen als Gläubigerschutznorm grundsätzlich einzig das Verbot der vorzeitigen Verteilung des Liquidationsüberschusses gemäss Art. 744 Abs. 2 OR²⁷⁰. Als ausschliesslich die Aktionäre schützende Normen werden im Übrigen nur Art. 652b OR und 660 OR genannt.²⁷¹ Die Anwendbarkeit von Art. 754 Abs. 1 OR im Konkurs der Gesellschaft ist im Ergebnis *sachlicher Hinsicht* in der direkten Aussenhaftung mindestens beschränkt und konzentriert sich primär auf die indirekte Aussenhaftung.²⁷²

Eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR (mindestens) im Bereich der direkten Aussenhaftung²⁷³ setzt sodann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Verletzung einer spezifischen Schutznorm im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR voraus²⁷⁴. Dies hat generell und unabhängig vom Status der Gesellschaft in oder ausserhalb des Konkurses Einfluss auf die Stellung von Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung und dessen Erfassung in *sachlicher Hinsicht*: Der Anspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR steht so nämlich im Ausgangspunkt immer in Konkurrenz zum Anspruch nach Art. 41 Abs. 1

²⁶⁷ Siehe dazu hiervor Rn. 79.

²⁶⁸ BGE 125 III 86 E. 3.a), S. 88; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 43.

²⁶⁹ GARBARSKI, Responsabilité, S. 65 m.w.H.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 221.

²⁷⁰ Vgl. BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, Fn. 95; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 242 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 310; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Fn. 59.

²⁷¹ DOBLER/VON DER CRONE, Aktivlegitimation, Fn. 31; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 813; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 242.

²⁷² Vgl. ferner GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 24 und die Hinweise bei JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Fn. 813 a.E.

²⁷³ Dies im Gegensatz zum Bereich der indirekten Aussenhaftung, vgl. dazu GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 25. Für eine generelle Anwendung der Schutznormtheorie im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR offenbar BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 377 f. Generell die Schutznormtheorie bei Art. 754 Abs. 1 OR ablehnend BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 234 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 42. Vgl. zum Ganzen auch HALLER, Organhaftung, Rn. 92 ff.

²⁷⁴ BGE 125 III 86 E. 3.b), S. 89.

OR²⁷⁵. Einzig über eine unterschiedliche Verjährungsdauer und Verschuldensvermutung könnte Art. 754 Abs. 1 OR hier noch eigenständige Bedeutung erlangen. Letzteres hängt vor allem von der Einordnung der Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR ab.

ii. Meinungsstand zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR

95 In Zusammenhang mit der Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* werden grundsätzlich folgende Meinungen vertreten:

96 Es findet sich bezüglich des Verhältnisses von Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 754 Abs. 1 OR einerseits die Meinung, dass der Anspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR nur auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung findet. Die direkte Aussenhaftung stütze sich demnach als Ausfluss von Art. 55 Abs. 3 ZGB direkt auf die Haftungsgrundlagen des allgemeinen Haftpflichtrechts^{276, 277}.

97 Andererseits wird die Meinung vertreten, dass Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung konkurrierend zur Anwendung gelangen sollte²⁷⁸. Durch die Überschneidung stellt sich hier sodann die Frage der Qualifizierung des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *relativer Hinsicht*. In der einen Variante wird dazu die Ansicht vertreten, dass zwischen Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 754 Abs. 1 OR Alternativität bestehe²⁷⁹. In der anderen Variante wird vertreten, dass Art. 754 Abs. 1 OR im Bereich der direkten Aussenhaftung als *lex specialis* gegenüber Art. 41 Abs. 1 OR zur Anwendung komme bzw. andersherum Art. 41 Abs. 1 OR im Bereich der direkten Aussenhaftung subsidiär zu Art. 754 Abs. 1 OR sei^{280, 281}.

²⁷⁵ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 235 f., 240.

²⁷⁶ BGE 141 III 112 E. 5.2.1, S. 116; BGE 122 III 176 E. 7.b), S. 191 f.; WATTER/TRUFFER, AJP 12/96, S. 1584; WALTER, Ungereimtheiten, Fn. 17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 21; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 246.

²⁷⁷ Vgl. dazu auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 73 f. und JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 241 m.w.H.

²⁷⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 31 f.

²⁷⁹ So wohl BGer 4A_26/2015 E. 4.3; vgl. darüber hinaus BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 246 (die Ansicht selbst einer früheren Zeit zuschreibend); FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 595 f. (unter aOR 1936).

²⁸⁰ BGE 106 II 232 E. 2.c), S. 235; HIRSCH, SZW 1999, S. 50; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 242; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 74 f.; GARBARSKI, Responsabilité, S. 9 f.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 32.

²⁸¹ Ferner ist damit für die *relative* Qualifizierung des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR bezüglich anderen Anspruchsgrundlagen natürlich noch nichts ausgesagt. In Bezug auf die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR geht das Bundesgericht nunmehr von Alternativität aus, BGE 140 III 533 E. 3.2.3, S. 540, vgl. darüber hinaus zu den Stimmen in der Lehre VOGT, BSK OR II, Art. 678 OR Rn. 32b. In Bezug auf das Verhältnis von Art. 286 ff. SchKG zu Art. 754 Abs. 1 OR kann von einer parallelen Anwendung ohne

Besonders im Rahmen der ersten Meinung, aber auch unter der zweiten Meinung wird sodann die Anwendung der Bestimmungen von Art. 759 f. OR vertreten²⁸². Damit kommen die vertretenen Ansichten sich im Ergebnis relativ nahe. 98

iii. Erwägungen zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR

Der Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR äussert sich nicht klar dazu, ob Art. 754 Abs. 1 OR nur auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung finden soll oder auch auf die direkte. So spricht Art. 754 Abs. 1 OR nur davon, dass «[...] Personen [...] sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich [sind], [...]» und nicht etwa, dass «Personen sowohl für den Schaden der Gesellschaft als der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger verantwortlich sind.» Der Gesetzestext nimmt also vorab mit der Erwähnung der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger auf die Aktivlegitimation bzw. Anspruchsinhaberschaft Bezug (die dann durch die Bestimmungen der Art. 756 f. noch weiter konkretisiert wird). Offen lässt er, auf welche Schadenskonstellation der Anspruch Anwendung finden soll. Der Wortlaut liefert demzufolge keine eindeutige Lösung. Die Fassung des geltenden Art. 754 Abs. 1 OR wurde in den relevanten Punkten aus der Formulierung des Art. 754 aOR 1936 übernommen. Die Materialien zu dieser Bestimmung schienen allerdings eher davon auszugehen, dass der Anspruch nur auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung finden sollte, ohne eindeutig Stellung zu nehmen²⁸³. 99

Systematisch kann vorab ins Feld geführt werden, dass der Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR für die direkte Aussenhaftung ohnehin vollständig von Art. 41 Abs. 1 OR aufgenommen wird, wenn hier mit dem Bundesgericht statt einer Pflichtwidrigkeit eine Widerrechtlichkeit im Sinne von 100

Rangfolge ausgegangen werden, vgl. dazu KRIZAJ, AJP 2013, S. 833 ff.; BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 237 f. Vgl. zum Verhältnis zu vertraglichen Anspruchsgrundlagen (grundsätzlich Alternativität) auch Art. 108 Abs. 1 und 2 (nach h.M. grundsätzlich Ausschlusslichkeit für fusionsgesetzliche Pflichten) sowie Art. 5 SchKG und Art. 52 AHVG (beide nach h.M. *lex specialis*) weiter auch GERICKE/WALLER, BSK OR II, vor Art. 754–761 OR Rn. 5, 5c, 7 f.

²⁸² BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 240; HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 247; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 21; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 28; vgl. auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 75 m.w.H., selbst allerdings a.A., *ders.*, Fn. 321 a.E.

²⁸³ Siehe dazu die Botschaft Gesellschaftsrecht 1928, S. 265: «In den Ausführungen über die Geltendmachung des Schadens erübrigt es sich, besondere Vorschriften über die Geltendmachung des unmittelbaren, sogenannten primären Schadens aufzustellen; hier gelten die allgemeinen Bestimmungen der Art. 41 ff. OR.»

Art. 41 Abs. 1 OR verlangt wird²⁸⁴. Der Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR gibt für dieses sich von der indirekten Aussenhaftung unterscheidende Verständnis an sich keinen Anhaltspunkt. Eine fehlende Erwähnung der direkten und indirekten Aussenhaftung sowie diesbezüglich unterschiedliche Regelungen im Gesetzestext lassen sich also vielleicht gerade auch damit begründen, dass der Gesetzgeber die direkte Aussenhaftung im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR gar nicht vor Augen hatte²⁸⁵.

101 Ferner scheint der Marginalientitel «Schaden der Gesellschaft» von Art. 756 OR zu implizieren, dass die Art. 756 f. OR im Sinne von speziellen Regeln für den Fall der indirekten Aussenhaftung zu verstehen sind. Daraus kann abgeleitet werden, dass Art. 754 Abs. 1 OR im Gegensatz dazu in der direkten Aussenhaftung entsprechend ohne besagte Spezialregelungen Anwendung findet. Allerdings regeln die Art. 756 f. OR auch generell die speziellen Modalitäten der Anspruchsdurchsetzung für die Art. 753–755 OR, womit die Betonung auch darauf liegen kann, wie die in diesem Bereich angelegten Haftungsgrundlagen *geltend gemacht* werden können²⁸⁶. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch mit Blick auf den Text von Art. 756 OR kein eindeutiges Resultat für die Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* finden.

102 Vom Ergebnis her betrachtet könnte die Frage zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR sodann wenigstens mangels praktischer Relevanz offengelassen werden, wenn die Art. 759 f. OR auch im Rahmen vor allem von Art. 41 Abs. 1 OR berücksichtigt werden können und die Rechtsnatur bzw. *typologische Qualifikation* des Art. 754 Abs. 1 OR keine praktischen Unterschiede aufdrängt, was insbesondere die Frage der Verschuldensvermutung betrifft. Die beiden erwähnten Punkte der Anwendung der Art. 759 f. OR im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR und der Rechtsnatur des Art. 754 Abs. 1 OR

²⁸⁴ Siehe dazu Rn. 94 hiervor.

²⁸⁵ Siehe dies unterstreichend ferner auch Fn. 307 hiernach.

²⁸⁶ So im Übrigen auch explizit der Marginalientitel des entsprechenden Art. 755 aOR 1936, der darüber hinaus für den mittelbaren Schaden auch einen bestimmten Artikel verwendete: «Geltendmachung *des* mittelbaren Schadens» (Hervorhebung hinzugefügt). Andererseits schien der Text von Art. 755 aOR 1936 aber auch davon auszugehen, dass «es sich bei der Gründerhaftung, der Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle und bei der Haftung der Liquidatoren» auch um Ansprüche direkter Natur handeln kann (mit der Formulierung «Soweit es sich nur [um den] mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft verursachten Schaden handelt [...]»), womit wohl eine Konstellation des Grundtatbestandes von Art. 755 aOR 1936 gemeint ist), was in der aktuellen Parallelnorm Art. 756 OR allerdings nicht mehr so reflektiert ist. Sodann legt auch die Botschaft Aktienrechtsreform 1983, S. 851 f. den Fokus auf den Aspekt der Geltendmachung des indirekten Schadens, insbesondere vor dem Hintergrund des Titels «217.3 Geltendmachung des Schadenersatzes» mit einer Abhandlung nur des indirekten Schadens.

verdienen darum eine genauere Betrachtung, bevor auf die Haltung des Bundesgerichtes zur gestellten Frage eingegangen wird.

iv. Anwendung von Art. 759 f. OR im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR

Die Befürworter der Anwendung des Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung argumentieren vor allem damit, dass die Anwendung von Art. 759 f. OR im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR problematisch begründbar sei²⁸⁷. Zwar ist die Anwendbarkeit von Art. 759 f. OR im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR nicht so offensichtlich wie bei Art. 754 Abs. 1 OR, jedoch kann die Ausgestaltung gewisser Modalitäten wie insbesondere (Verjährungs-)Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen durchaus kontextgebunden sein. So entspricht es etwa ständiger Rechtsprechung und h.L., dass Art. 97 Abs. 1 OR als Anspruchsgrundlage auch für die Geltendmachung von Schadenersatz im Bereich des Gewährleistungsrechtes des Kaufrechts herangezogen werden kann und dabei die Modalitäten (wie insbesondere die Fristwahrung) gemäss den (Gewährleistungs-)Regeln des Kaufrechts und nicht jene des Allgemeinen Teils des OR zum Tragen kommen²⁸⁸. 103

Die Begründung dafür lässt sich an die verletzten Schutzpflichten anknüpfen²⁸⁹. Im Ergebnis können sich Anspruchsmodalitäten nämlich je nach der fraglichen verletzten Schutzpflicht ändern: Handelt es sich um Schutzpflichten aus dem Gewährleistungsrecht, sind dessen Modalitäten anwendbar, bei Schutzpflichten aus dem allgemeinen Vertragsrecht hingegen die des Allgemeinen Teils des OR. Dieses Konzept kann nachvollziehbar auch auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit übertragen werden: Werden aktien- bzw. gesellschaftsrechtliche Schutzpflichten verletzt, können sich auch die Anspruchsmodalitäten von Art. 41 Abs. 1 OR nach Art. 759 f. OR richten. Im Übrigen wird naheliegenderweise auch im Rahmen des Gerichtsstandes die Anwendung der Bestimmungen zur gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 40 ZPO entsprechend auf die direkte Aussenhaftung befürwortet²⁹⁰. 104

Schliesslich muss noch beachtet werden, dass mindestens Art. 759 Abs. 1 OR auch im Rahmen der direkten Aussenhaftung Anwendung finden muss, soweit nicht die Aushöhlung des vom Gesetzgeber klar erwünschten Solidaritäts-Plafonds für die Beklagten im Aussenverhältnis in Kauf genommen werden soll²⁹¹. Ansonsten würden die womöglich konkurrierenden Ansprüche nach 105

²⁸⁷ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 74.

²⁸⁸ BGE 133 III 335, E. 2.4.1 f., S. 339 f.; SCHMID/STÖCKLI, OR BT, Rn. 434.

²⁸⁹ Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.25 a.E. Ferner vgl. KESSEL, BSK OR I, Art. 41 OR Rn. 32a m.w.H.

²⁹⁰ RÜETSCHI, ZPO-Komm., Art. 40 ZPO Rn. 8 m.w.H.

²⁹¹ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 483; ferner JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 243.

Art. 41 Abs. 1 OR nämlich die Anwendung der härteren Regeln nach Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 144 Abs. 1 und 2 OR mit sich bringen, wonach die Beklagten im Aussenverhältnis dann jeweils auf das Ganze zu haften haben und nicht nur auf einen am Verschulden orientierten Teil wie gemäss Art. 759 Abs. 1 OR. M.E. bestehen damit gute Gründe, die Art. 759 und Art. 760 OR gesamthaft auf die direkte Aussenhaftung anzuwenden, auch wenn sich diese auf die Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Haftpflichtrechts und nicht Art. 754 Abs. 1 OR stützen sollte.²⁹²

v. Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR

- 106 Zur Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR kommen grundsätzlich drei Möglichkeiten in Frage: vertragliche Natur, deliktische Natur oder eigenständige Haftung *ex lege*. Eine erste Auffassung sieht die Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR geteilt, je nachdem, ob einerseits Gläubiger oder andererseits die Gesellschaft oder Aktionäre den Anspruch geltend machen. Im ersten Fall handelt es sich demnach um deliktische Ansprüche, im letzteren um vertragliche oder vertragsähnliche²⁹³.
- 107 Eine weitere Lehrmeinung geht auch von einer geteilten Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR aus, nimmt die Teilung aber anhand dessen vor, ob Art. 754 Abs. 1 OR in der indirekten oder in der direkten Aussenhaftung zur Anwendung kommt. In Ersterer soll es sich danach um einen vertraglichen oder vertragsähnlichen Anspruch handeln, in der direkten Aussenhaftung hingegen um einen deliktischen²⁹⁴. Eine weitere Meinung will den Anspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR als eigenständige Haftung *ex lege* definieren, ohne nach den Klageberechtigten oder der Schadenskonstellation zu differenzieren²⁹⁵. Schliesslich werden auch die Ansichten vertreten, dass es sich bei Art. 754 Abs. 1 OR um einen rein deliktischen²⁹⁶ bzw. einen rein vertraglichen²⁹⁷ Anspruch handelt.
- 108 Für die Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *typologischer Hinsicht* soll «das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft [als Ausgangspunkt]»²⁹⁸ dienen²⁹⁹. Diese zu einer ver-

²⁹² Vgl. hierzu auch die Nachweise Fn.282 und BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 75 m.w.H., der dies offenbar als h.L. bezeichnet.

²⁹³ Vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 56 m.w.H.

²⁹⁴ GARBARSKI, Responsabilité, S. 20; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 199 ff.

²⁹⁵ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 309.

²⁹⁶ SARASIN, Verantwortlichkeit, S. 14; KÄLIN, AJP 2016, S. 138 f.

²⁹⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 36 f. Diese Ansicht ist nach BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 434 aber überkommen.

²⁹⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 55.

²⁹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 434; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 195 ff.; GARBARSKI, Responsabilité, S. 19, alle m.w.H.

traglichen Qualifikation führende Auffassung ist aber eher einem älteren Meinungsstand zuzuordnen³⁰⁰. Wie KÄLIN aufzeigt, sollten nicht allein aufgrund des dabei regelmässig bestehenden Vertragsverhältnisses Rückschlüsse auf die Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR gezogen werden³⁰¹. Dieses Vertragsverhältnis erzeuge nämlich eigene Ansprüche, die auch in Konkurrenz zum Anspruch aus Art. 754 Abs. 1 OR stehen können.³⁰² Ferner wird in Bezug auf eine vertragliche oder vertragsähnliche Qualifikation darauf hingewiesen, dass es bei Art. 754 Abs. 1 OR nicht um Schadenersatz im Sinne des vertraglichen Erfüllungsinteresses geht³⁰³. Andererseits kann nur mit einer vertraglichen Qualifikation ein Verstoss gegen Statuten und allenfalls Reglemente oder Generalversammlungsbeschlüsse als Pflichtwidrigkeit begründet werden³⁰⁴.

Gegen eine rein deliktische Qualifikation wird ins Feld geführt, dass unter Art. 754 Abs. 1 OR auch die Verletzung von Statutenbestimmungen, anderen Reglementen oder Generalversammlungsbeschlüssen gerügt werden kann. Die Verletzung privater Regelwerke kann hingegen in der deliktischen Haftung wegen des Fehlens einer entsprechenden (gesetzlichen) Schutznorm nicht zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden. Zu Recht ist zu bemängeln, dass nur mit Kunstgriffen die Widerrechtlichkeit auf einem Verstoss gegen Statuten und allenfalls Reglementen basieren kann³⁰⁵. Die Entstehungsgeschichte von Art. 754 Abs. 1 OR zeigt ferner aber klar, dass diese Norm auch haftungsbegründend auf einen Verstoss gegen Statuten abzielt, auch wenn dies dem heutigen Gesetzestext nicht mehr explizit zu entnehmen ist^{306, 307}.

Vor diesem Hintergrund bleibt eine deliktische Einordnung von Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung denkbar, wo das Bundesgericht ohnehin eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR verlangt und so generell die Rüge des Verstosses gegen Statuten, Reglemente oder Generalversammlungsbeschlüsse ausgeschlossen ist³⁰⁸. Allerdings macht m.E. eine rein

³⁰⁰ Vgl. dazu HALLER, Organhaftung, Rn. 95 m.w.H.

³⁰¹ KÄLIN, AJP 2016, S. 138 f.

³⁰² Siehe aber nun deutlich BGER 4A_373/2015 E. 3.3, nach dem die Verschuldensvermutung des Art. 97 Abs. 1 OR aufgrund des vertraglichen Verhältnisses zum Tragen kommen soll.

³⁰³ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 57.

³⁰⁴ HALLER, Organhaftung, Rn. 93. Siehe ferner Rn. 131 ff.

³⁰⁵ HALLER, Organhaftung, Rn. 95.

³⁰⁶ Vgl. aber im Gegensatz dazu den Wortlaut von Art. 754 Abs. 2 aOR 1936.

³⁰⁷ Es eröffnet sich dabei zudem noch die Frage, ob der Hinweis auf den Verstoss gegen Statuten in Art. 754 Abs. 2 aOR 1936 nicht ein Indiz für die Anwendung von Art. 754 Abs. 1 OR bloss in der indirekten Aussenhaftung ist. Siehe zum Ganzen ferner auch Rn. 114 und 125 hiernach.

³⁰⁸ Siehe dazu Rn. 94 hiavor. Im Bereich der direkten Aussenhaftung würde (letztlich unter Anerkennung der überkommenen Qualifikation von Art. 754 Abs. 1 OR als rein vertraglich, vgl. Fn. 297) eine vertragliche Qualifikation in der Konsequenz zu einer hier nicht

deliktische Einordnung von Art. 754 Abs. 1 OR für den Bereich der indirekten Aussenhaftung keinen Sinn. Dem folgt, dass eine nach Gesellschaft bzw. Aktionäre einerseits und Gläubiger andererseits geteilte Natur ebenfalls nicht stimmig ist. Sodann scheint sich in der Lehre eine Tendenz zu einer Qualifikation als eine Haftung *ex lege* abzuzeichnen³⁰⁹, die mindestens für die indirekte Aussenhaftung stimmig scheint: Die Haftung *ex lege* ermöglicht es, sachgerechte Lösungen zu finden, ohne die vertraglichen oder deliktischen Gefässe zu sprengen, zumal die Einreihung von Art. 754 Abs. 1 OR zu entweder der vertraglichen oder der deliktischen Seite nicht passt³¹⁰. Allerdings ist auch bei einer Haftung *ex lege* die Verletzung von Statuten und allenfalls Reglementen oder Generalversammlungsbeschlüssen nicht ohne Weiteres als widerrechtlich begründbar³¹¹.

- 111 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Frage der Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *typologischer Hinsicht* im vorliegenden Zusammenhang von weitgehend untergeordneter Bedeutung ist. Eine direkte praktische Auswirkung besteht vor allem noch bei der Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR vermutet wird oder nicht. Aufgrund der Anwendung des objektiven Verschuldensbegriffes ist bei dargelegter Pflichtwidrigkeit das Verschulden allerdings regelmässig indiziert³¹². Mithin ist damit für eine Qualifizierung des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* nicht viel gewonnen, weil Art. 754 Abs. 1 OR im Bereich der direkten Aussenhaftung keine günstigeren Klagekonditionen als insbesondere Art. 41 Abs. 1 OR bieten kann. Bezüglich der indirekten Aussenhaftung und der Frage, auf welcher Grundlage sich eine Pflichtverletzung mit dem Verstoss gegen Statuten und allenfalls Reglemente oder Generalversammlungsbeschlüsse begründen lässt, ist allerdings auf die Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *typologischer Hinsicht* nochmals zurückzukommen³¹³.

befürworteten Haftungserweiterung gegenüber der jetzigen Rechtslage führen, vgl. aber KÄLIN, AJP 2016, S. 143, der dies offenbar als nicht relevant betrachtet.

³⁰⁹ KUNZ, Rechtsnatur, S. 19; HIRSCH, SZW 1999, S. 52; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 432, 435; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 57.

³¹⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 434.

³¹¹ HALLER, Organhaftung, Rn. 95 f., in diesem Zusammenhang auf die Vorzüge der sog. dritten Widerrechtlichkeitstheorie verweisend, siehe *ders.*, Fn. 241, vgl. ferner dazu KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 OR Rn. 26 m.w.H.; PURSCHERT, Vereinsvorstand, Rn. 234 sowie Rn. 122 hiernach.

³¹² Vgl. KÄLIN, AJP 2016, S. 135; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 35; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, Rn. 19; vgl. ferner auch Rn. 200 hiernach.

³¹³ Siehe dazu Rn. 125 f. hiernach.

vi. Von BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 bis BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016 und Schlussfolgerungen

In der Analyse der Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* sei vor der Schlussfolgerung der Blick nochmals etwas genauer der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugewandt. Wie bereits erwähnt, scheint das Bundesgericht eher davon auszugehen, dass Art. 754 Abs. 1 OR ausschliesslich auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung findet³¹⁴. Allerdings hat es sich bisher noch nicht explizit zu dieser Frage geäussert. Bisweilen wird ins Feld geführt, dass die durch das Bundesgericht seit BGE 131 III 306 verwendete Umschreibung der eingeschränkten Individualklagemöglichkeit im Konkurs³¹⁵ nur dann Sinn mache, wenn Art. 754 Abs. 1 OR auch in der direkten Aussenhaftung Anwendung findet. Andernfalls sei die Erwähnung in der Rechtsprechung der «ausschliesslich diese Gläubiger bzw. Aktionäre schützenden Bestimmung des Aktien- bzw. Gesellschaftsrechts» nämlich überflüssig, da der ebenfalls erwähnte Art. 41 Abs. 1 OR dies bereits aufnimmt³¹⁶. 112

Eine solche Formulierung darf aber wohl auch nicht überbewertet werden. Tatsächlich lassen die Ausführungen des Bundesgerichtes in BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 zwar auf eine (alternative) Anwendung von Art. 755 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung schliessen³¹⁷, die pauschale und klare Einordnung von Art. 754 Abs. 1 OR in das Vertragsrecht (ohne ausdrückliche Beschränkung etwa nur auf die indirekte Aussenhaftung) in BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016 scheint dies aber wiederum mässig zu entkräften³¹⁸. Insbesondere erklärte das Bundesgericht aber in einem jüngeren, amtlich publizierten Entscheid, dass ein Teil der Lehre mit guten Gründen die Frage stelle, ob die direkte Aussenhaftung überhaupt unter Art. 754 Abs. 1 OR subsumiert werden soll³¹⁹. 113

Insoweit ist in dieser Sache offenbar noch keine endgültige Entscheidung gefallen. Vor dem Hintergrund der beleuchteten Argumente und nicht zuletzt mit dem gegebenen bundesgerichtlichen Widerrechtlichkeits-Erfordernis im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung³²⁰ scheint es m.E. aber 114

³¹⁴ Vgl. dazu Rn. 96 hiavor.

³¹⁵ Siehe dazu Rn. 75 hiavor.

³¹⁶ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 221.

³¹⁷ BGer 4A_26/2015 E. 4.3, siehe auch die Wortwahl, dass «gleichzeitig [...] Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR begründet» (Hervorhebungen hinzugefügt) sei. Der Entscheid wurde allerdings nicht in der amtlichen BGE-Sammlung publiziert.

³¹⁸ BGer 4A_373/2015 E. 3.3 mit Verweis auf BGer 4A_467/2010 E. 3.2.

³¹⁹ BGE 142 III 23 E. 4.3, S. 33, vgl. dazu BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 236; ferner BGE 122 III 176 E. 7b), S. 191.

³²⁰ Vgl. dazu Rn. 94 hiavor.

sinnvoll, von einer auf die indirekte Aussenhaftung beschränkten Anwendung von Art. 754 Abs. 1 OR auszugehen^{321, 322}. Eine anderweitige Entscheidung wäre von Seiten des Bundesgerichtes nicht konsequent. Ferner drängen keine anderen Erwägungen in eine andere Richtung.

hh. Abschliessende Bemerkungen zur Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechung

- 115 Der in den vorangegegangenen Abschnitten vorgenommene Blick auf die Eckpunkte der Entwicklung der Rechtsprechung offenbart die komplexe Ausgangslage zum Verständnis der Rechtslage im Verantwortlichkeitsrecht. Wie bereits erwähnt³²³, sollte die «Raschein-Praxis» m.E. mit einer Rückkehr in die *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* beendet werden. Verbunden mit einer Beschränkung des Anspruches von Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* auf die indirekte Aussenhaftung und der Betrachtung in *relativer Hinsicht* als *lex specialis* gegenüber Ansprüchen der direkten Aussenhaftung, führt dies in *konzeptioneller Hinsicht* in der Folge zu dem vom Bundesgericht mit der X-Corporation-/Biber-Holding-Rechtsprechung angestrebten Ziel eines Vorranges der indirekten Aussenhaftung. Damit kann das von der Rechtsprechung angestrebte praktisch wünschbare Resultat mit einer schlüssigeren dogmatischen Begründung unterlegt werden. Darauf ist im Anschluss an die Erläuterung der einzelnen Haftungsvoraussetzungen und der Modalitäten der Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR nochmals detaillierter in einer Gesamtwürdigung zurückzukommen³²⁴.

2. Haftungsvoraussetzungen von Art. 754 Abs. 1 OR im Einzelnen

a. Schaden

- 116 Wie im allgemeinen Haftpflichtrecht gilt auch im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR der allgemeine Schadensbegriff³²⁵. Danach handelt es sich um die ungewollte Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann³²⁶. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem

³²¹ So ging es in BGER 4A_26/2015 in der Sache auch viel mehr darum, ob Art. 41 Abs. 1 OR in der zu beurteilenden Situation in der direkten Aussenhaftung überhaupt Anwendung finden kann, als darum, ob sich Art. 755 Abs. 1 OR auch auf die direkte Aussenhaftung bezieht.

³²² Vgl. sodann auch noch die Erwägung in Fn. 307.

³²³ Siehe Rn. 91 hiervor.

³²⁴ Vgl. insb. Rn. 226 ff. hiernach.

³²⁵ Dies zumindest ab BGE 131 III 306, vgl. dazu weiter Rn. 77 ff. hiervor.

³²⁶ Wobei jüngst auch angemerkt wurde, dass es mit Art. 959a Abs. 2 OR korrektermassen nur um eine Vermehrung der Verbindlichkeiten gehe, nicht aber um eine «Vermehrung

gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.³²⁷

Wie bereits erwähnt, sind in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die Begriffe des indirekten und des direkten Schadens mit einer vom allgemeinen Haftpflichtrecht abweichenden Terminologie zentral. Der indirekte Schaden bezeichnet dabei den Schaden, der bei den Aktionären bzw. Gläubigern abgeleitet aufgrund einer Einbusse des Gesellschaftsvermögens entsteht. Der direkte Schaden ist hingegen derjenige, den Aktionäre und Gläubiger unabhängig von einer Einbusse des Gesellschaftsvermögens erleiden.³²⁸ 117

b. Pflichtverletzung

aa. Allgemeines

Eine Pflichtverletzung bzw. Pflichtwidrigkeit besteht nach h.M. in der Verletzung von im Gesetz und in den Statuten festgelegten Pflichten, wobei einige Autoren ferner auch ein Verstoss gegen Reglemente oder Generalversammlungsbeschlüsse und teilweise allgemeine Handlungspflichten nennen.^{329, 330} Ein 118

der Passiven» als Ganzes. In der Vermehrung der Passiven wäre nämlich auch eine blosser Vermehrung des Eigenkapitals (i.S.v. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR) erfasst, was im Gegensatz zu einer Vermehrung des Fremdkapitals (i.S.v. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 und 2) aber eigentlich keine Vermögenseinbusse zur Folge hat, vgl. BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, S. 233.

³²⁷ In ständiger Rechtsprechung in Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit etwa: BGer 4A_393/2016 E. 4.1; BGE 142 III 23 E. 4.1, S. 27; BGer 4A_418/2015 E. 3.1.; BGer 4A_49/2016 E. 5.1. Vgl. ausserdem zum Ganzen auch SUTER, Schaden, S. 13 ff., 65 ff.

³²⁸ Vgl. eingehend Rn. 34 ff. hiervor.

³²⁹ In der Literatur: BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 236 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240 f.; VON GREYERZ, SPR VIII/2, S. 295; GUHL/KOLLER/DRUEY, OR (8. Aufl.), S. 711; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rn. 24, 107; KRNETA, Verwaltungsrat, Rn. 2078; GARBARSKI, Responsabilité, S. 113; BÜRGI/NORDMANN, ZK aOR 1936, Art. 753/754 OR Rn. 80; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 43; NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 82 f.; JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse, S. 231 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 776 (ferner aber dann Rn. 587 f. und 854); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 70; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 90; PEYER, Das interne Kontrollsystem, S. 230; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Rn. 1225, 1236; STUDER, Handbuch Aktienrecht, Rn. 44.21; BINDER/ROBERTO, CHK, Art. 754 OR Rn. 9; KÄHR/KÄHR, Gesellschaftsrecht, S. 219; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 42; DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 Rn. 7; HANDSCHIN/JUCKER, Sorgfalt, S. 326; SETHE/ANDREOTTI, Compliance, S. 139; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 25; vgl. ferner auch CORBOZ, CR CO II, Art. 755 Rn. 7; TRIGO TRINDADE, SPR VIII/5, S. 254. Aus der Rechtsprechung:

anderer Teil der Lehre geht sodann davon aus, dass für die Begründung der Pflichtwidrigkeit i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR ein Verstoss gegen eine spezifische Schutznorm vorliegen muss³³¹. Die Annahme der Schutznormtheorie im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR hat offenbar die Konsequenz, dass eine relevante Pflichtwidrigkeit nur bei Verstoss gegen das Gesetz (und nicht z.B. auch Statuten) bejaht wird³³².

- 119 Die h.M. steht indes für eine weitere Fassung des Pflichtwidrigkeitsbegriffes ein und postuliert, dass einer in diesem Zusammenhang herangezogenen Bestimmung kein Schutznormcharakter zukommen muss³³³. Auf diese Weise ist der Beizug eines Verstosses gegen Bestimmungen von Statuten, Reglementen oder Generalversammlungsbeschlüssen zur Begründung der Pflichtverletzung im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR möglich³³⁴. Mit einer eingehenderen Be-

BGE 110 II 391 E. 2, S. 394; BGE 112 II 258 E. 4.b), S. 262; BGE 138 III 252 E. 3.1, S. 257.

³³⁰ Siehe für weitere Details auch Rn. 134 hiernach.

³³¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 378; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 23; wohl auch KUKO OR-LEHMANN, Art. 754 OR Rn. 15; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 62; BGE 110 II 391 E. 2, S. 394.

³³² So auch BAERISWYL, Verschulden, Rn. 230 und Fn. 423; HALLER, Organhaftung, Rn. 95; PURSCHERT, Vereinsvorstand, Rn. 234; HEIERLI, Geldwäscherei, Rn. 562 f. Vgl. ferner den Hinweis bei SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 162, dass es sich bei Schutznormen um «(geschriebene oder ungeschriebene) Rechtsnormen» handelt, wobei die Einzelfallanalyse in *dies.*, Rn. 163 ff. bestätigt, dass es um (generell-abstrakte) Normen des Bundesrechts oder des kantonalen Rechtes geht. LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 25 geht trotz expliziter Annahme der Schutznormtheorie (vgl. Nachweise in Fn. 331) von einem Einbezug der Statuten aus. Genauso geht BGE 110 II 391 E. 2, S. 394 für die für die direkte Aussenhaftung unter Art. 751 Abs. 1 OR massgebende Pflichtwidrigkeit von einem Verstoss gegen gesetzliche *oder statutari-sche* Verwaltungs- und Aufsichtspflichten aus, wobei das Bundesgericht konsistenterweise in diesem Zusammenhang auch die Schutznormtheorie nicht erwähnt. Mit der Abstellung der direkten Aussenhaftung auf einen Anwendungsfall von Art. 41 Abs. 1 OR (und der damit zusammenhängenden Anwendung der Schutznormtheorie) in der jüngeren Rechtsprechung (vgl. BGE 142 III 23 E. 4.3, S. 33; BGer 4C.436/2006 E. 5.1; BGE 125 III 86 E. 3.b), S. 89; BGE 122 III 176 E. 7b), S. 191) dürfte dann fraglich sein, inwieweit insbesondere Verstösse gegen Bestimmungen ausserhalb von Rechtsnormen in der direkten Aussenhaftung noch gerügt werden können.

³³³ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 235; KÄLIN, AJP 2016, S. 143; vgl. BAERISWYL, Verschulden, S. 70.

³³⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei Fn. 329. Entsprechend kann BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 378 und GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 23 auch nicht gefolgt werden, wenn sie die Tragweite der (Nicht-)Anwendbarkeit der Schutznormtheorie auf reine Dogmatik reduzieren, da ohnehin die meisten gesetzlichen Pflichten im vorliegenden Bereich Schutznormcharakter aufweisen. Über die Nichtanerkennung der Schutznormtheorie wird nämlich *über das Gesetz hinaus* der Rückgriff auf Statuten, Reglemente oder Generalversammlungsbeschlüsse zur Begründung einer Pflichtverletzung ermöglicht. Die

trachtung im Folgenden ist m.E. der h.L. wenigstens mit dem Einschluss eines Verstosses gegen Bestimmungen von Statuten im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR in Bezug auf die indirekte Aussenhaftung beizupflichten, da die Haftungsnorm darauf angelegt ist, auch Statutenverstösse zu erfassen³³⁵. Damit ist das Schutznorm-Erfordernis hier geopfert. Für die direkte Aussenhaftung bedarf es mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber unabhängig davon der Verletzung einer spezifischen (gesetzlichen) Schutznorm.

bb. Grundlage des fehlenden Schutznorm-Erfordernisses im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR

Offen ist damit, wie das Fehlen eines Schutznorm-Erfordernisses im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR im Bereich der indirekten Aussenhaftung in Abweichung zum allgemeinen Haftpflichtrecht zu begründen ist. Ein Ansatz schlägt vor, die Rechtsnatur von Art. 754 Abs. 1 OR als vertraglich zu begreifen³³⁶. Damit können Statuten und allenfalls auch Reglemente und Generalversammlungsbeschlüsse als vertragliche Elemente qualifiziert werden, bei deren Nichteinhaltung eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR vorliegt³³⁷. 120

Ferner wird auch die Ansicht vertreten, dass sich bei der Qualifikation von Art. 754 Abs. 1 OR als eine Haftung *ex lege* die strenge Anwendung der herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nicht aufdrängt und gerade auf das Schutznormerfordernis verzichtet werden kann³³⁸. Letzteres vermag m.E. für sich allein aber nicht vollends zu überzeugen, handelt es sich am Ende bei der Haftung *ex lege* doch um eine nicht-vertragliche Haftung, die im Grundsatz von der Schutznormtheorie erfasst sein sollte. Über die Figur der Haftung *ex lege* sollten nämlich lediglich in Bezug auf die Durchsetzungsmodalitäten (z.B. in Bezug auf die Verjährung oder die im vorliegenden Zusammenhang oft diskutierte Verschuldensvermutung) sachgerechtere Lösungen gefunden werden können³³⁹. Allerdings soll es wohl nicht Ziel einer Einordnung der Rechtsnatur sein, die haftungsbegründenden Elemente abzuändern. Einer Aufgabe der Schutznormtheorie im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR einzig auf Grundlage einer Qualifikation als Haftung *ex lege* kann darum nicht gefolgt werden³⁴⁰. 121

sicherlich zutreffende Begründung der beiden Autoren ist vielmehr Beleg dafür, dass mit einer Nichtanerkennung der Schutznormtheorie keine oder kaum eine Haftungserweiterung für den Bereich der *gesetzlichen* Pflichten verbunden ist.

³³⁵ Vgl. Rn. 109 a.E. hiervor m.w.H., sodann eingehend Rn. 131 f. hiernach.

³³⁶ Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240 f. i.V.m. 199.

³³⁷ HALLER, Organhaftung, Rn. 94.

³³⁸ PEYER, Das interne Kontrollsystem, S. 231.

³³⁹ Vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 58 und 59 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 433.

³⁴⁰ HALLER, Organhaftung, Rn. 95; PURSCHERT, Vereinsvorstand, Rn. 234; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 433 und LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–

falls würde die Figur der Haftung *ex lege* zu einem argumentativen Freipass ausgehöhlt³⁴¹. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die *culpa in contrahendo* und die Vertrauenshaftung als prominenteste Vertreter von als Haftung *ex lege* qualifizierten Normen dem Schutznormerfordernis letztlich ebenfalls folgen³⁴².

122 Sodann wäre aber ein Rückgriff auf spezifische gesetzliche Schutznormen unter der immer mehr Anhänger findenden sog. «dritten Widerrechtlichkeitstheorie» im Gegensatz zur herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie entbehrlich³⁴³. Unter Anwendung der «dritten Widerrechtlichkeitstheorie» bedarf die Begründung der Widerrechtlichkeit nämlich nur einer Verletzung einer Verhaltenspflicht, die auch Statutenbestimmungen, Reglementen oder Generalversammlungsbeschlüssen entnommen werden kann.³⁴⁴

123 Ein in der Wirkung ähnlicher, aber im Ansatz sich nur auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit beschränkender Vorschlag geht dahin, letztlich aus systematischen und teleologischen Gründen das Schutznorm-Erfordernis im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR fallen zu lassen³⁴⁵. Es zeige sich nämlich, dass die Art. 752, 753 und 755 OR auch kein solches enthielten³⁴⁶.

124 Schliesslich wird auch erwähnt, dass die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR gewissermassen als «Generalschutznorm» im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dienen kann, die auch den Einbezug von Statuten, Reglementen, Generalversammlungsbeschlüssen und dgl. erlaubt³⁴⁷. Diese Meinung würde m.E. am Ende aber das Konzept der Schutznormtheorie mit spezifischen gesetzlichen Vermögensschutznormen entleeren, ähnlich wie wenn der in Art. 2 ZGB verankerte Grundsatz von Treu und Glauben generell

760 OR Rn. 62, 108, die die Schutznormtheorie trotz Qualifikation als Haftung *ex lege* anwenden.

³⁴¹ Vgl. auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 197.

³⁴² Über die in diesem Zusammenhang relevante ausnahmsweise Anwendung von Art. 2 ZGB als Schutznorm unter gewissen Bedingungen, vgl. BGE 121 III 350 E. 6.b)–d), S. 354 ff. und SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 165.

³⁴³ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 143.

³⁴⁴ Diesen Weg befürwortend HALLER, Organhaftung, Rn. 95; vgl. ferner PURSCHERT, Vereinsvorstand, Rn. 235.

³⁴⁵ KÄLIN, AJP 2016, S. 143.

³⁴⁶ KÄLIN, AJP 2016, S. 142 f. Vgl. ferner auch VON DER CRONE der eine ähnliche Aussage über ein Schutznormargument aufnimmt: Er konstatiert, dass Art. 754 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 753 OR keine Schutznorm darstellt und erwähnt auch in Bezug auf Art. 752 OR, dass diese selbst eine Schutznorm ist, VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 57, 14. Er verweist sodann im Hinblick auf die für die Pflichten unter Art. 755 OR relevanten Bestimmungen auf Art. 727 ff. OR, wobei diesen anerkanntermassen ebenso Schutznormcharakter zukommt, vgl. *ders.*, § 12 Rn. 75, 79.

³⁴⁷ Vgl. PURSCHERT, Vereinsvorstand, Rn. 235; HALLER, Organhaftung, Rn. 97.

als Schutznorm anerkannt würde³⁴⁸. Viel überzeugender wäre dann die Abkehr von der jetzigen objektiven Widerrechtlichkeitstheorie in Richtung «dritter Widerrechtlichkeitstheorie». Hier wird allerdings zu Recht zu bedenken gegeben, dass der einfachere Weg über die Generalschutznorm von Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR den Druck in der Gerichtspraxis zu einem solchen Schritt gering halten wird, auch wenn dieser dogmatisch nicht vollends überzeugen mag³⁴⁹.

Unabhängig davon spricht m.E. aber wenig gegen eine vertragliche Qualifikation von Art. 754 Abs. 1 OR, soweit dieser Anspruch wie hier verstanden nur auf die indirekte Aussenhaftung Anwendung finden soll³⁵⁰. Dieses Verständnis lässt mit dem jetzigen Instrumentarium die Möglichkeit zum Rückgriff auf Verhaltenspflichten auch ausserhalb des gesetzlich Normierten zu bzw. begründet die Entbehrlichkeit des Schutznorm-Erfordernisses im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR. Diese Ansicht wird ferner durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (freilich nur in Bezug auf die Anwendung von Art. 754 Abs. 1 OR in der indirekten Aussenhaftung) gestützt³⁵¹. 125

Um die weiter oben in *typologischer Hinsicht*³⁵² begonnenen Ausführungen hier zu komplettieren, sollte mit Bezug auf die direkte Aussenhaftung von einer deliktischen Natur ausgegangen werden. Hier wird wie erwähnt vorgezogen, dass sich die Ansprüche in der direkten Aussenhaftung (aus Verletzung aktienrechtlicher Pflichten) nicht auf Art. 754 Abs. 1 OR stützen, sondern auf das ausservertragliche Haftpflichtrecht, namentlich Art. 41 Abs. 1 OR. Damit ergibt sich die deliktische Natur für den Anspruch in der direkten Aussenhaftung. Im Ergebnis reiht auch das Bundesgericht die direkte Aussenhaftung als deliktisch ein, auch wenn es diese noch (mindestens alternativ konkurrierend) auf Art. 754 Abs. 1 OR zu stützen scheint^{353, 354}. Zusammenfassend wird damit für die Qualifikation in *typologischer Hinsicht* der Meinung gefolgt, dass der direkten Aussenhaftung eine deliktische und der indirekten Aussenhaftung eine vertragliche Natur zukommt³⁵⁵. 126

³⁴⁸ Vgl. SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 165.

³⁴⁹ HALLER, Organhaftung, Rn. 97.

³⁵⁰ Vgl. Rn. 114 hiervor.

³⁵¹ BGer 4A_373/2015 E. 3.3 mit Verweis auf BGer 4A_467/2010 E. 3.2.

³⁵² Siehe Rn. 106 ff. hiervor.

³⁵³ BGer 4C.436/2006 E. 5.1; BGE 125 III 86 E. 3.b), S. 89; BGE 122 III 176 E. 7b), S. 191.

³⁵⁴ Vgl. ferner zum Ganzen auch PURSCHERT, Vereinsvorstand, Fn. 868 mit demselben Verständnis der Rechtsprechung.

³⁵⁵ Gleicher Meinung BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 199; CORBOZ, CR CO II, Art. 754 Rn. 39; GARBARSKI, Responsabilité, S. 110 f.; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 35; JAGMETTI, Cash Pooling, S. 283 f.

cc. Quellen der unter Art. 754 Abs. 1 OR relevanten Pflichten

i. Allgemeines

127 Soweit im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR kein Schutznorm-Erfordernis besteht, stellt sich im Lichte der hier relevanten reinen Vermögensschäden die Frage, welche Bestimmungen für Organpersonen in diesem Zusammenhang als dann Pflichtcharakter haben können. Damit ist zu klären, welche Quellen für entsprechende Pflicht-Bestimmungen überhaupt in Frage kommen. Dazu werden sowohl das Gesetz, die Statuten, Generalversammlungsbeschlüsse sowie interne Reglemente (allen voran insb. das Organisationsreglement) und Weisungen als auch vertraglich überbundene Verpflichtungen als Möglichkeiten aufgeführt³⁵⁶. Damit werden neben dem eigentlichen Gesetz auch solche Drittstandards genannt, die als Quellen interner Art in dem Sinne begriffen werden können, weil sie auf der Willensbildung und -betätigung der konkreten Gesellschaft bzw. ihrer Organe beruhen. Daneben sind sodann aber auch externe Drittstandards wie etwa (Fach-)Standards, (Branchen-) Übungen und Empfehlungen bis hin zu blossen Meinungen als massgebliche Quellen denkbar.

ii. Gesetz

128 Zweifelsfrei ergeben sich in erster Linie gesetzliche Bestimmungen aus dem Bereich des Aktienrechtes als Quellen für die unter Art. 754 Abs. 1 OR relevanten Pflichten. Den entsprechenden Rechtsnormen muss dabei wie erwähnt kein Schutznormcharakter zukommen. Damit wird der Kausalität eine grössere Bedeutung zukommen, weil im Rahmen der Kausalität dann die Frage zu beantworten ist, ob eine entsprechende Pflichtverletzung überhaupt ursächlich für einen eingetretenen Schaden war bzw. steht bei Anwendung der in der Lehre zusehends vermehrt unterstützten «dritten Widerrechtlichkeitstheorie» nicht die Kausalität an sich, sondern die Auslegung des Schutzbereichs der betreffenden Bestimmung im Zentrum³⁵⁷.

129 Umstritten ist dann, ob für eine Pflichtverletzung nach Art. 754 Abs. 1 OR auch Normen ausserhalb des Aktienrechts beigezogen werden können³⁵⁸. Die Fragestellung mag etwas seltsam anmuten. Auch nach hier vertretener Ansicht

³⁵⁶ Siehe dazu die Nachweise bei Rn. 118 hiavor.

³⁵⁷ Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.30 f.

³⁵⁸ Für Verletzung jeglicher Gesetzesvorschriften: BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, § 12 Rn. 366; KRNETA, Verwaltungsrat, Rn. 2078; JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse, S. 231; PEYER, Das interne Kontrollsystem, S. 231 f.; BINDER/ROBERTO, CHK, Art. 754 OR Rn. 8a; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rn. 24, 107. A.A. (wohl): BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, Fn. 31; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 240; GUHL/KOLLER/DRUEY, OR (8. Aufl.), S. 711; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 25; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 57, KÄHR/KÄHR, Gesellschaftsrecht, S. 219.

können *im Ergebnis* andere Gesetzesverstösse grundsätzlich und unabhängig vom Rechtsgebiet eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR konstituieren, dies aber nur mittelbar über die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR³⁵⁹. Bei Gesetzesverstössen hat die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Pflichtverletzungen im Gegensatz zur Situation bei anderen Quellen (für die indirekte Aussenhaftung) aber keine Auswirkung³⁶⁰.

Systematisch ergibt sich damit, dass der allfällige Anwendungsbereich und die Modalitäten von Art. 754 Abs. 1 OR in der direkten Aussenhaftung sich nicht von denjenigen bei der Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR unterscheiden: Die Pflichtnormen innerhalb des Aktienrechtes stellen in aller Regel zunächst ohnehin Schutznormen dar³⁶¹, womit beide Haftungsgrundlagen diesbezüglich angerufen werden könnten. Genauso müssen Art. 754 Abs. 1 OR und Art. 41 Abs. 1 OR sich im Weiteren auch beide auf Schutznormen abstützen, soweit es um Normen ausserhalb des Aktienrechtes geht. Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR allein liefert schliesslich noch keine entsprechende Schutznorm, aber sorgt bei deren Vorliegen zumindest dafür, dass in jedem Fall aktienrechtliche Schutzpflichten verletzt sind, die auch unabhängig von der Anspruchssgrundlage insbesondere die Anwendung von Art. 759 f. OR erlauben.³⁶² 130

iii. Statuten als spezieller interner Drittstandard

Überwiegend wird weiterhin die Meinung vertreten, dass die *Statuten* der Gesellschaft Grundlage für die unter Art. 754 Abs. 1 OR relevanten Pflichten sein können³⁶³. Zwar lässt sich dies dem heutigen Art. 754 OR nicht mehr so entnehmen; das Gesetz spricht nur pauschal von «ihre[n] Pflichten» in Bezug auf die Organpersonen. Bereits die Vorgängerfassung des Textes in Art. 754 Abs. 1 aOR 1936 war so formuliert. Allerdings enthielt Art. 754 Abs. 2 aOR 1936 in 131

³⁵⁹ Vgl. Rn. 174 hiernach, wobei es sich in dort beschriebenen Sinne bei gesetzlichen Bestimmungen ausserhalb des Aktienrechtes um exklusive Auslegungsgebote handelt. Praktisch gelangen diese Bestimmungen also auch direkt zur Anwendung.

³⁶⁰ Eine tatsächliche Auswirkung besteht nämlich nur im Falle der Pflichtenkollision, wobei dogmatisch keine solche auf Gesetzesstufe bestehen kann, aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung und der damit verbundenen Widerspruchsfreiheit (und letztlich horizontalen Pflichtenkollisionsfreiheit) des Gesetzesrechts (vgl. KOBIERSKI, Durchgriff, S. 23 ff.; KAISER, Drittmittel, S. 109 ff.) und weil das Gesetz als ranghöchste Quelle gelten muss (womit auch vertikale Pflichtenkollisionen ausgeschlossen sind, weil das Gesetz grundsätzlich vorgeht), vgl. Rn. 174 hiernach.

³⁶¹ Vgl. PEYER, Das interne Kontrollsystem, S. 232; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 23; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 378.

³⁶² In diesem Sinne sind auch die Ausführungen in Rn. 103 ff. hiervor zu verstehen.

³⁶³ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 329 und LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 25; offen bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 378.

Bezug auf die Haftung von Liquidatoren einen expliziten Hinweis auf den Verstoß gegen die Statuten, mit der Einleitung, dass diese Haftung «[i]n gleicher Weise» wie die Haftung für Geschäftsführung und Kontrolle konzipiert ist³⁶⁴. Mit der aktuellen Fassung des Gesetzestextes sollte sich hier materiell nichts ändern³⁶⁵. Der Hinweis auf die Statuten wurde aber mit der Neuformulierung nicht mehr explizit aufgenommen und fehlt entsprechend auch in Art. 755 Abs. 1 OR, der dieselbe Wendung wie Art. 754 Abs. 1 OR verwendet. Historisch darf also von einem Einschluss der Statuten als relevante Pflichtquellen unter Art. 754 Abs. 1 OR ausgegangen werden.

132 Systematisch findet sich darüber hinaus der Hinweis auf «Gesetz und Statuten» an einigen Stellen im Gesetz bzw. im Aktienrecht umso deutlicher wieder. Zunächst legen Art. 716 Abs. 1 OR und Art. 698 Abs. 1 Ziff. 6 OR als Grundlage für die Kompetenzordnung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung neben dem Gesetz auch die Statuten fest. Die Nichteinhaltung der Kompetenzordnung kann zu einer Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR für dadurch entstandenen Schaden führen³⁶⁶. Hier muss sinnvollerweise die Verletzung der gesamten Ordnung, also inklusive der Statuten, unter Art. 754 Abs. 1 OR gerügt werden können. Weiterhin bestehen mit Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR die Prüfungsaufgaben der Revisionsstelle bei der ordentlichen bzw. bei der eingeschränkten Revision unter anderem in einer Beleuchtung der Statutenkonformität. Vergegenwärtigt man sich den grundlegenden Zweck der Revision, die Informationsasymmetrie zwischen Verwaltungsrat einerseits und Aktionären und Gläubigern andererseits abzubauen³⁶⁷, sollte die gewonnene Information auch dazu dienen, den Verwaltungsrat zur Verantwortung ziehen zu können. Weil die Statutenkonformität Gegenstand der Revision ist, sollten demnach Statutenverletzungen auch als unter Art. 754 Abs. 1 OR relevante Pflichtverletzungen gerügt werden können.

133 Schliesslich wird der Zusammenhang von Informationsgewinnung für den Zweck der Ermöglichung einer Verantwortlichkeitsklage noch offensichtlicher bei der Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR³⁶⁸. Art. 697b Abs. 2 OR nennt für einen Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers auch glaubhaft gemachte Statutenverstöße. Vor dem Hintergrund des Zweckes einer Sonderprüfung, namentlich zur Vorbereitung einer Klage nach Art. 754 Abs. 1 OR, wird naheliegen-

³⁶⁴ Vgl. BGE 110 II 391 E. 2, S. 394.

³⁶⁵ Vgl. Botschaft Aktienrechtsreform 1983, S. 768, 851 f, 935 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Rn. 1195.

³⁶⁶ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716 OR Rn. 11.

³⁶⁷ MAIZAR/WATTER, BSK OR II, Vor Art. 727/727a OR Rn. 18 ff.

³⁶⁸ BGE 138 III 252 E. 3.1, S. 257; WEBER, BSK OR II, Art. 697a OR Rn. 2; Botschaft Aktienrechtsreform 1983, S. 835; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 Rn. 4.

derweise für eine Kongruenz des Untersuchungsgegenstandes nach Art. 697b Abs. 2 OR und der Rügemöglichkeit über Art. 754 Abs. 1 OR eingetreten³⁶⁹. Entsprechend drängt sich aus diesem Blickwinkel ebenso auf, dass sich auch aus den Statuten der Gesellschaft die unter Art. 754 Abs. 1 OR relevanten Pflichten ergeben können.

iv. Weitere interne Drittstandards

Diffuser wird das Bild in Bezug auf andere interne Quellen, d.h. interne Drittstandards ausserhalb der Statuten. Von einigen Autoren wird vertreten, dass unter Art. 754 Abs. 1 OR ein Verstoss gegen Generalversammlungsbeschlüsse gerügt werden kann³⁷⁰. Auch ein Verstoss gegen (gesellschaftsinterne) Reglemente wird erwähnt³⁷¹. Unklar ist indessen, wo diese Kaskade ihr Ende haben soll. Wird nämlich auf alle Normierungen abgestellt, denen eine gesellschaftsinterne (kompetenzmässige) Willensbetätigung zugrunde liegt, könnten *in extremis* sogar simple Verträge der Gesellschaft unter Art. 754 Abs. 1 OR pflichtrelevant werden³⁷². Dies ist wohl kaum sinnvoll und dürfte von keiner Meinung angestrebt werden. Zu unterscheiden von diesem Punkt ist sodann die Frage, inwieweit Verträge zwischen der Gesellschaft und der Organperson deren entsprechendes Pflichtenheft unter Art. 754 Abs. 1 OR ausdehnen können. Nach einer älteren Lehrmeinung sollte dies wenigstens in Bezug auf Art. 755 Abs. 1 OR möglich sein³⁷³. Diese Ansicht ist aber überholt und es entspricht der h.M., dass die Pflichten unter Art. 754 Abs. 1 OR für eine einzelne Organperson vertraglich nicht erweitert werden können³⁷⁴.

³⁶⁹ CASUTT/GRUN MEYER, GesKR 2012, S. 592.

³⁷⁰ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 236 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 241; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 42; STUDER, Handbuch Aktienrecht, Rn. 44.21. Vgl. in Bezug auf Art. 755 OR CORBOZ, CR CO II, Art. 755 Rn. 7; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 589.

³⁷¹ KRNETA, Verwaltungsrat, Rn. 2078; GARBARSKI, Responsabilité, S. 113; BÜRGI/NORDMANN, ZK aOR 1936, Art. 753/754 OR Rn. 80; GUHL/KOLLER/DRUEY, OR (8. Aufl.), S. 711; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rn. 24, 107; JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse, S. 231 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Rn. 1225; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, S. 236 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 241; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 42; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 776. Letzterer scheint dies aber in jüngeren Publikationen nicht mehr zu vertreten, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 70; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 90.

³⁷² Siehe dazu sogar in Bezug auf ein auf vertraglichen Abmachungen basierendes (freilich mit entsprechendem Genehmigungsbeschluss) Organisationsreglement BGE 4A_350/2011 E. 3.4; vgl. weiter ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 40.

³⁷³ HIRSCH, L'organe de contrôle, S. 197.

³⁷⁴ BGE 112 II 258 E. 4.b), S. 262 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 587 f.; VON

- 135 Zum weit offenen Feld von (neben den Statuten) relevanten gesellschafts-internen Quellen hat das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht explizit Stellung genommen. Seine Ausführungen scheinen sich jeweils auf Gesetz und Statuten zu beschränken³⁷⁵. Das Gesetz verweist zunächst aber etwa in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR darauf, dass dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die Einhaltung von Reglementen und Weisungen zukommt. Persönlich trifft ihn hier die Pflicht zur Oberaufsicht, womit sich nicht jeder Verstoss einer Dritt- bzw. Hilfsperson als Pflichtverletzung des Verwaltungsrates darstellen soll³⁷⁶. Soweit ferner Reglemente oder Weisungen persönliche Pflichten von Organpersonen statuieren, werden sie praktisch wohl nur relevant sein können, wenn diese von einer hierarchisch höhergestellten Stelle herrühren oder gewisse einzuhaltende Formalitäten für eine Abänderung des entsprechenden Reglements oder der Weisung vorgesehen sind. Andernfalls wäre nämlich von einer rechtmässigen materiellen Derogation auszugehen, weshalb ohnehin keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR vorliegen dürfte³⁷⁷.
- 136 Das Gesetz enthält in Art. 731a Abs. 1 OR weiter die Möglichkeit der Generalversammlung, mit einem separaten Beschluss unabhängig von den Statuten die Aufgaben der Revisionsstelle zu erweitern. Vor diesem Hintergrund wird auch befürwortet, dass die Revisionsstelle für die Nichteinhaltung von Generalversammlungsbeschlüssen unter Art. 755 Abs. 1 OR zu haften hat³⁷⁸. Entsprechend stellt sich für Art. 754 Abs. 1 OR die Frage, inwieweit ein Verstoss gegen einen Generalversammlungsbeschluss eine Pflichtverletzung begründen kann. Hier zeigt sich, dass aufgrund der unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates nach Art. 716a OR und der Parität zur Generalversammlung der Raum für rechtsverbindliche Zusatzkompetenzen der Generalversammlung an den Verwaltungsrat eingeschränkt ist bzw. nach h.M. nur ein enger Rahmen besteht³⁷⁹.

BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Rn. 1225; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 82. Siehe in Bezug auf eine gewisse Differenzierung aber noch Fn. 706 a.E.

³⁷⁵ BGE 112 II 258 E. 4.b), S. 262 f.; BGE 138 III 252 E. 3.1, S. 257. Vgl. auch kritisch CASUTT/GRUN MEYER, GesKR 2012, S. 592.

³⁷⁶ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a OR Rn. 26.

³⁷⁷ Vgl. ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 40.

³⁷⁸ CORBOZ, CR CO II, Art. 755 Rn. 7; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 589; differenzierend in dem Sinne, dass nur eine für Art. 754 Abs. OR relevante Pflichterweiterung innerhalb der (gesetzlich) bestehenden Prüfungs- und Berichtspflichten möglich ist: VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 82.

³⁷⁹ KUKO OR-SUNARIC, Art. 716a OR Rn. 2 und Art. 716 OR Rn. 3; DUBS/TRUFFER, BSK OR II, Art. 698 OR Rn. 30; BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 Rn. 25, § 13 Rn. 286. Konsultativabstimmungen sind (wenigstens in einem beschränkten Ausmass) möglich, aber hier nicht von Interesse, da diese gerade keine Pflichten begründen können, vgl. im Übrigen BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 Rn. 42.

Dies ist ferner dadurch verengt, dass eine Abänderung der Kompetenzattraktion nach Art. 716 OR zugunsten des Verwaltungsrates auch ausserhalb von Art. 716a OR nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR eine Grundlage in den Statuten haben muss³⁸⁰. Oft wird ein Fehlverhalten damit bereits auf einen Statutenverstoss (statt oder neben der Verletzung eines Generalversammlungsbeschlusses) abstellen können³⁸¹.

Soweit aber ein Verstoss gegen einen Generalversammlungsbeschluss in Frage steht, sollte dies m.E. auch als Pflichtverletzung im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR berücksichtigt werden können³⁸². Art. 755 Abs. 1 OR verwendet letztlich textlich die gleiche Wendung wie Art. 754 Abs. 1 OR. Ferner sind die unter Art. 754 Abs. 1 OR fraglichen Pflichten der Gesellschaft und den Aktionären geschuldet³⁸³. Nicht einzusehen ist deshalb, warum dem unmittelbarsten Weg der Pflichtauferlegung, nämlich durch einen Beschluss der Aktionäre im Rahmen der Generalversammlung, nicht auch Pflichtcharakter unter Art. 754 Abs. 1 OR zukommen soll. 137

Das Gesetz nennt schliesslich für die ordentliche Revision in Art. 728c Abs. 1 OR, dass durch die Revisionsstelle auch Organisationsreglementsverstösse zu melden sind. Diese Meldung geht aber nur an den Verwaltungsrat und geht auch nicht in der eskalierten Situation nach Art. 728c Abs. 2 OR an die Generalversammlung. Den Aktionären wird damit die Informationsbeschaffung bezüglich solcher Verstösse erschwert. Dies wird ferner dadurch verstärkt, dass die Rechtsprechung das Gesetz auch im Rahmen der Sonderprüfung bei Art. 697b Abs. 2 OR wörtlich nimmt und an einem Verstoss gegen Gesetz oder Statuten und nicht untergeordneten Reglementen festhält³⁸⁴. 138

Die entsprechende Ausgestaltung des Gesetzes mit der bisherigen Rechtsprechung legt also nahe, dass Verstösse gegen das Organisationsreglement und Verstösse gegen weitere untergeordnete Reglemente oder gar Weisungen als solche nicht unmittelbar Pflichtverletzungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR begründen. Dies gilt wenigstens, soweit wie hier auch eine Abstimmung zwischen dem Begriff der «Gesetzes- oder Statutenverletzung» und der «Pflichtverletzung» nach Art. 754 Abs. 1 OR bejaht wird³⁸⁵. Dies dürfte aber trotzdem nicht ausschliessen, dass ein Verstoss gegen in diesem Sinne *übergeordnete* Generalversammlungsbeschlüsse unmittelbar eine Pflichtverletzung nach Art. 754 Abs. 1 OR be- 139

³⁸⁰ Vgl. KUKO OR-JERMINI/DOMENICONI, Art. 698 OR Rn. 16.

³⁸¹ Vgl. auch etwa WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716 OR Rn. 4 für Beschlüsse, die eine faktische Änderung des Gesellschaftszweckes bedeuten würden.

³⁸² Vgl. die Hinweise bei Fn. 370 zu den gleichgerichteten Stimmen in der Lehre.

³⁸³ VON GREYERZ, SPR VIII/2, S. 295.

³⁸⁴ BGE 138 III 252 E. 3.2, S. 258.

³⁸⁵ CASUTT/GRUN MEYER, GesKR 2012, S. 592.

gründen kann. Beschlüsse der Generalversammlung sind Aktionären im Gegensatz zu anderen internen Quellen genau wie das Gesetz und die Statuten bekannt bzw. zugänglich, womit es hier auch keiner internen Suche nach einem einschlägigen Regelwerk bedarf. Schliesslich soll dies aber nicht bedeuten, dass neben den Statuten und den Generalversammlungsbeschlüssen den anderen internen Quellen keine Relevanz zukommt³⁸⁶.

- 140 Die Pflichten im Rahmen der hier unter Art. 754 Abs. 1 OR als relevant betrachteten Quellen können im Bereich des Gesetzes konzeptionell nicht kollidieren³⁸⁷. Allerdings können Kollisionen zwischen Pflichten aus dem Gesetz einerseits und Statutenbestimmungen oder Generalversammlungsbeschlüssen andererseits sowie innerhalb der letztgenannten Quellen bestehen. Die entsprechenden Konsequenzen sind noch nicht vollständig geklärt³⁸⁸. Letztlich bleibt einer betroffenen Organperson am Ende oft nur die Option eines Rücktritts³⁸⁹.

v. Externe Drittstandards

(1) Interne Quellen von Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften als spezielle externe Drittstandards

- 141 War bisher die Rede von innerhalb der Gesellschaft kaskadenhaft untergeordneten Bestimmungen, so ergibt sich bei den externen Drittstandards zunächst die Frage, welche Relevanz in (aktienrechtlichen) Konzernverhältnissen³⁹⁰ die internen Quellen von Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften haben können. Für Organpersonen spielen die entsprechenden relevanten internen Quellen anderer Gesellschaften zunächst bei Doppelorganschaft sowie bei faktischer Organschaft der natürlichen Person eine Rolle. Hier handelt es sich aber nicht um die hier interessierende Geltung externer Drittstandards für Pflichtverletzungen innerhalb von Art. 754 Abs. 1 OR, sondern um die Geltung der internen Quellen

³⁸⁶ Wie bereits in Rn. 129 angesprochen, kommt eine mittelbare Geltung auch dieser Quellen in Frage, vgl. dazu weiter Rn. 174 ff. hiernach. Dies wird letztlich auch von CASUTT/GRUN MEYER, GesKR 2012, S. 592 befürwortet, womit die Resprechung in BGE 138 III 252 sich m.E. als zu streng erweist, wenn mit einer Sonderprüfung die Prüfung jeglicher weiterer interner Quellen ausgeschlossen wäre. Tatsächlich hat das Bundesgericht im betreffenden Fall aber trotzdem auch die Verletzung der fraglichen Anlageleitlinien geprüft (ohne eine Widerhandlung festzustellen).

³⁸⁷ Siehe Fn. 360.

³⁸⁸ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 42. Vgl. etwa (in anderem Zusammenhang) einen Vorschlag von GRAF, GesKR 2014, S. 67, bekräftigt in GRAF, SZW 2014, Fn. 35 a.E.; ferner auch ISLER/SCHOTT, Vergütungen, S. 30 f.

³⁸⁹ FORSTMOSER/PEYER, SJZ 2007, S. 430 f.; vgl. ferner auch FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 313.

³⁹⁰ Zum Begriff des Konzerns im schweizerischen Recht vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 2.

der jeweiligen Gesellschaft³⁹¹. Dabei kann sich ferner eine breiter diskutierte Form der Pflichtenkollision einstellen³⁹².

Von grösserem Interesse ist hier allerdings, ob sich der Pflichtumfang nach Art. 754 Abs. 1 OR einer Organperson des entsprechenden Trägers bei faktischer Organschaft des juristischen Trägers³⁹³ auch auf die relevanten internen Quellen der faktisch beeinflussten Gesellschaft erstreckt. M.E. ist eine solch vermittelte Konstellation, die zu einem unmittelbaren Pflichtenverstoss nach Art. 754 Abs. 1 OR führen würde, nicht schlüssig. Soweit nämlich schon eine direkte Erweiterung der Pflichten der Organpersonen durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen scheint³⁹⁴, macht es wenig Sinn, dies zu bejahen, wenn die entsprechende Stellung nur über den Rechtsträger begründet wurde. Die Relativität der Rechtsverhältnisse blockiert hier die unmittelbare Pflichtenrelevanz unter Art. 754 Abs. 1 OR, denn es ist nicht Sinn und Zweck von Art. 754 Abs. 1 OR, die Organpersonen für jegliche Pflichten haften zu lassen, sondern primär für die Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften. Ferner entspricht dies auch dem bei Unternehmensgruppen grundsätzlich bestehenden Trennungsprinzip, wonach die Gruppengesellschaften ein juristisches Eigenleben führen³⁹⁵. Als Ausfluss dessen sollen nach der Rechtsprechung unter Art. 754 Abs. 1 OR im Regelfalle³⁹⁶ auch nicht Konzernverpflichtungen in dem Sinne fallen, dass internen Quellen anderer Gruppengesellschaften unmittelbarer Pflichtcharakter unter Art. 754 Abs. 1 OR zukommt, sondern nur das Gesetz und die internen Quellen der betreffenden Gesellschaft selbst³⁹⁷.

Mit derselben Überlegung sollte im Übrigen auch im regulären *down stream*-Bereich (d.h. dort, wo eine Gesellschaft nicht faktisches Organ einer anderen ist) im Verhältnis der Organpersonen der Muttergesellschaft zu den internen Quellen von Tochtergesellschaften eine unmittelbare Geltung Letzterer ausgeschlossen sein. Hier ist noch anzumerken, dass die Oberleitung der Gesellschaft gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR für eine Muttergesellschaft auch die Oberleitung über Tochtergesellschaften umfassen soll³⁹⁸. Diese Pflicht trifft aber im eigentlichen Sinne auch primär die Muttergesellschaft und nicht

³⁹¹ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 57 f.

³⁹² Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 601 ff., 641;

³⁹³ Zur entsprechenden Möglichkeit in Konzernen vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1.; KUNZ, Konzernrecht, Rn. 796 ff.

³⁹⁴ Vgl. Rn. 134 hiavor.

³⁹⁵ Vgl. BGE 138 II 57 E. 4.1, S. 61; KUNZ, Konzernrecht, Rn. 240.

³⁹⁶ Für eine entsprechende Ausnahme in Bezug auf das Auskunftsrecht nach Art. 697 OR vgl. etwa BGE 109 II 47 E. 3.a), S. 50.

³⁹⁷ BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219.

³⁹⁸ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716 OR Rn. 7; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 309 m.w.H.

deren Organe³⁹⁹. Ein dadurch vermittelter unmittelbarer Pflichtenverstoss nach Art. 754 Abs. 1 OR für die Organpersonen der Muttergesellschaft bei Verletzung interner Quellen der Tochtergesellschaft liegt somit auch hier nicht vor⁴⁰⁰: Organpersonen der Muttergesellschaft sind unmittelbar ebenso nur den massgebenden Quellen der eigenen Muttergesellschaft verpflichtet. Dem steht sodann nicht entgegen, dass den betreffenden Organpersonen alsdann auf und aus der Ebene der Muttergesellschaft eine Pflicht zur Konzernleitung (gewissermassen im Sinne einer Oberleitung über die Oberleitung) zukommt⁴⁰¹. Das macht die internen Quellen einer Tochtergesellschaft aber noch nicht unmittelbar für die Organe der Muttergesellschaft unter Art. 754 Abs. 1 OR massgebend.

144 Weiter stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Geltung fremder interner Quellen beim Konzern im *up stream*-Bereich, also im Verhältnis der Organpersonen der Tochtergesellschaft zu den internen Quellen der Muttergesellschaft. Schliesslich handelt es sich für Tochtergesellschaften bei den internen Quellen der Muttergesellschaft wenigstens schematisch um höhergestellte Bestimmungen. Auch hier muss aber gelten, dass das Trennungsprinzip den unmittelbaren Pflichtcharakter von fremden internen Quellen unter Art. 754 Abs. 1 OR verhindert. Entsprechendes gilt dann umso stärker für den *side* bzw. *cross stream*-Bereich.

145 Anders stellt sich die Situation dar, wenn die Statuten einer Gesellschaft die Beachtung der Interessen einer fremden, üblicherweise beherrschenden Gesellschaft bzw. eines Konzerns oder Unternehmensgruppe als solche vorsehen. Zunächst ist für solche Klauseln bzw. Konzernklauseln zu beachten, ob die fragliche fremde Gesellschaft die betreffende Gesellschaft (für deren Organpersonen die entsprechenden internen Quellen der fremden Gesellschaft unter Art. 754 Abs. 1 OR unmittelbar massgeblich sein könnten) vollständig beherrscht oder nicht. Nur mit einem nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR einstimmig gefassten (und somit praktisch vollständige Beherrschung voraussetzenden) Aktionärsbeschluss besteht die Möglichkeit einer absoluten Unterordnung der Tochtergesellschaft unter die Konzerninteressen⁴⁰². Damit können m.E. die relevanten internen Quellen der Obergesellschaft im Rahmen der Tochtergesellschaft bei Art. 754 Abs. 1 OR unmittelbar massgeblich werden⁴⁰³. Allerdings

³⁹⁹ Vgl. AMSTUTZ, SZW 2016, S. 11 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 309; HANDSCHIN, Konzern, S. 110 f.; KUNZ, Konzernrecht, Rn. 795 ff., 799 ff., 801 ff.

⁴⁰⁰ Siehe dazu Rn. 142 hiervor.

⁴⁰¹ Wobei dies umstritten ist: AMSTUTZ, SZW 2016, S. 12; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 59; KUNZ, Gesellschaftsrecht, § 12 Rn. 78.

⁴⁰² VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 62, 65; HANDSCHIN, Konzern, S. 98 ff.; a.A. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 Rn. 345.

⁴⁰³ Dies muss umso mehr gelten, da bereits Weisungen massgeblich sein sollen, vgl. EUGSTER/VON DER CRONE, SZW 2004, S. 440 f. In Bezug auf Weisungen kann hier aber nicht

handelt es sich nicht um eine echte unmittelbare Anwendung dieser externen Quellen bzw. Drittstandards. Über die Statutenbestimmung werden diese externen Quellen formal nämlich in interne überführt⁴⁰⁴.⁴⁰⁵ Jedoch kann hier auch wieder ein – faktisch allerdings beschränktes – Potenzial für Pflichtkollisionen von Organpersonen der Tochtergesellschaft bestehen, zumal diese durchaus weitgehende Unterordnung auch ihre Grenzen hat⁴⁰⁶.

Soweit eine Konzerntochter nur mehrheitlich beherrscht wird, besteht üblicherweise höchstens die Möglichkeit, mit einer Zweidrittelmehrheit (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR) eine Bestimmung in den Statuten aufzunehmen, die die Berücksichtigung des Konzernzweckes im Rahmen des Gesellschaftszweckes statuiert. Die Wirkung solcher Klauseln ist im vorliegenden Zusammenhang⁴⁰⁷ aber beschränkt und hat m.E. entsprechend auch nicht die internisierende Wirkung von Unterwerfungsklauseln zur Folge.⁴⁰⁸ 146

(2) Internisierung externer Quellen bzw. Drittstandards ausserhalb der Konzernthematik

Im Zusammenhang mit einer Internisierung externer Quellen bzw. Drittstandards durch einen Verweis auf externe Grundlagen in den Statuten⁴⁰⁹ auch ausserhalb der Konzernthematik bestehen mehrere Problemfelder: Es ist zunächst fraglich, inwieweit ein Verweis auf externen Inhalt in den Statuten mit Blick 147

einer unmittelbaren Massgeblichkeit unter Art. 754 Abs. 1 gefolgt werden, vgl. Rn. 139 hiavor.

⁴⁰⁴ SUTER, Handbuch Aktienrecht, Rn. 2.47.

⁴⁰⁵ Es findet in diesem Sinne eine Internisierung von externen Quellen bzw. Drittstandards statt.

⁴⁰⁶ Eine nachhaltige und gewinnneutrale Geschäftsführung muss von den Organen einer betreffenden Tochtergesellschaft weitergeführt werden. Ferner bestehen Grenzen in Bezug auf verdeckte Gewinnausschüttungen. Ausserdem müssen Liquidität und Kapitalerhaltung sichergestellt bleiben, Abgaben müssen bezahlt werden und nötigenfalls muss eine Überschuldungsanzeige erfolgen, VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 65 f. Aufgrund des Näheverhältnisses zu den eigenen massgebenden internen Quellen und aufgrund des Trennungsprinzipes müssen Organpersonen im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR m.E. bei einer Pflichtenkollision diesen und insbesondere auch den auf sie anwendbaren Gesetzesvorschriften haftungsbefreiend den Vorrang einräumen.

⁴⁰⁷ Sie vermag es etwa, einen genügenden Spielraum für die Organpersonen zu schaffen, um die Interessen des Konzerns überhaupt berücksichtigen zu können, vgl. EUGSTER/VON DER CRONE, SZW 2004, S. 440.

⁴⁰⁸ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rn. 62, 67.

⁴⁰⁹ Siehe dazu etwa den Zweck der Swiss Experts Certification (SEC) AG (CHE-110.051.169), der für die Management- und Fachkompetenz explizit auf einen ISO-Standard verweist: «[...] Mit der Akkreditierung erfüllt [die Gesellschaft] bezüglich Management und Fachkompetenz inkl. dem Zertifizierungsverfahren die [sic!] international gültige Norm (ISO 17024) und strebt die internationale Anerkennung an. [...]».

auf das Formerfordernis nach Art. 629 Abs. 1 OR standhalten kann. Ferner ist ungeklärt, ob nicht ein Verstoss gegen das Öffentlichkeitsprinzip nach Art. 930 OR und Art. 10 HRegV vorliegt, inwieweit sodann ein externer Verweis allenfalls mit Art. 27 Abs. 1 ZGB unvereinbar ist und ob schliesslich ein Verstoss gegen (sonstiges) zwingendes Recht nach Art. 20 Abs. 1 OR besteht.

148 Für die Verabschiedung der Statuten ist nach Art. 629 Abs. 1 OR eine öffentliche Urkunde notwendig. Diese muss nicht den Statuteninhalt umfassen⁴¹⁰. Es reicht, wenn eine Bestätigung der Gründer- bzw. Generalversammlung über die Festlegung der entsprechenden Statuten in der Urkunde aufgenommen wird⁴¹¹. Nach Art. 631 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR müssen die Statuten allerdings schriftlich vorliegen⁴¹². Es besteht in Bezug auf den Statutentext zum gültigen Einbezug somit nicht ein besonderes Schriffterfordernis, aber ein Vorlageerfordernis. In Bezug auf die *ratio* dieser speziellen Formvorschrift geht es wohl darum, dass mit dem Beizug eines Notars die korrekte Abfassung des zwingenden Statuteninhalts nach Art. 626 OR möglichst gewährleistet ist, ferner aber auch darum, dass der Notar über andere problematische Klauseln noch aufklären kann⁴¹³.⁴¹⁴ Sofern externen Grundlagen entsprechender Statutenrang zukommen sollte, müssten demnach auch diese vorliegen, da der angestrebte Zweck des Formerfordernisses sonst nicht erreicht werden kann. Dies dürfte grundsätzlich dynamische Verweise verunmöglichen. Statische Verweise auf externe Quellen bzw. Drittstandards zur unmittelbaren Anwendung blieben somit machbar, solange die externen Grundlagen schriftlich tatsächlich vorliegen⁴¹⁵. Im Endeffekt läuft dies darauf hinaus, dass der Begriff der Statuten i.S.v. Art. 629 Abs. 1 OR bzw. Art. 631 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR weiter gefasst wird und neben den eigentlichen Statuten (i.e.S.) auch die besagten Trittdokumente umfasst.

149 Es folgt der Problembereich des Öffentlichkeitsprinzips nach Art. 930 OR und Art. 10 HRegV. Nach Art. 43 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 HRegV bzw. Art. 930 OR haben neben den Statuten (i.e.S.) im Anschluss an die Darstellung zuvor auch die verwiesenen Trittdokumente als Teil des Beleges für die Statuten i.w.S. bei den Handelsregistern öffentlich einsehbar zu sein. Dies ist allenfalls

⁴¹⁰ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rn. 2966 Fn. 113.

⁴¹¹ Vgl. Art. 44 lit. c HRegV.

⁴¹² TAGMANN, SHK HRegV, Art. 44 HRegV Rn. 9.

⁴¹³ Z.B. Klauseln, die die Parität zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft verletzen könnten, was gerade auch beim Verweis auf Managementstandards (vgl. Fn. 409) problematisch sein kann, siehe ferner Rn. 152 hiernach.

⁴¹⁴ TAGMANN, SHK HRegV, Art. 44 HRegV Rn. 2.

⁴¹⁵ Was etwa im Fall eines ISO-Standards auch keine grösseren Probleme bereiten dürfte.

nicht unproblematisch, weil Drittdokumente mit dem entgegenstehenden (Urheber-)Rechten belegt sein können⁴¹⁶.

Das Öffentlichkeitsprinzip nach Art. 930 OR und Art. 10 HRegV hat nach dem Gesagten bei Aktiengesellschaften⁴¹⁷ streng genommen keine eigene Bedeutung, wenn verwiesene Drittdokumente im Hinblick auf die Form ohnehin wie die eigentlichen Statuten begriffen werden. Die öffentliche Publikation im Handelsregister ergibt sich damit nämlich gewissermassen automatisch nach der Anmeldung. In Konzernverhältnissen wird allerdings im Rahmen stillschweigender Zweckänderungen diskutiert, inwieweit sich die Statuten ohne Einhaltung der entsprechenden Form ändern können⁴¹⁸. Soweit dies möglich wäre, ist fraglich, was dann zur Einhaltung des Öffentlichkeitsprinzips als nunmehr eigenständige Frage vorausgesetzt wird⁴¹⁹. Hier wird angeführt, dass dem Öffentlichkeitsprinzip nur Genüge getan wird, wenn die Konzernzugehörigkeit für Dritte offensichtlich und damit einfach erschliessbar ist, was namentlich durch einen Zusatz in der Firma einer Gesellschaft indiziert werden kann⁴²⁰. Der geänderte Statuteninhalt muss sich nach aussen also eindeutig und insofern auch widerspruchsfrei manifestieren.

Diese Überlegungen lassen nur wenig Raum, um im vorliegenden Zusammenhang externe Grundlagen mit Statutenrang durch die genügende Beachtung des Öffentlichkeitsprinzips statisch, geschweige denn dynamisch einzubeziehen^{421, 422}. Die Konzernklausel zeigt sich in diesem Sinne auch als eine nicht auf andere Konstellationen übertragbare Ausnahme, in der sich im Aktienrecht eine stillschweigende Statutenänderung als möglich erweist, und auch dies nur inso-

⁴¹⁶ Was wiederum im Falle von ISO-Standards regelmässig einer Publikation im Handelsregister entgegenstehen dürfte.

⁴¹⁷ Genau wie grundsätzlich auch bei GmbHs und Kommanditaktiengesellschaften, im Gegensatz aber zu Genossenschaften und auch Stiftungen und Vereinen.

⁴¹⁸ VON BÜREN, SPR VIII/6, S. 87 f.; HANDSCHIN, Konzern, S. 100 ff.; nur zurückhaltend FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 22 Rn. 72, 78 mit Verweis auf BGE 100 II 384 ff.

⁴¹⁹ Vgl. HANDSCHIN, Konzern, S. 101.

⁴²⁰ HANDSCHIN, Konzern, S. 102; VON BÜREN, SPR VIII/6, S. 87.

⁴²¹ Eine Ausnahme ist vielleicht da zu sehen, wo eine gleichwertige und allgemein bekannte Publizität der externen Grundlagen besteht, wie etwa bei Sportregeln im Rahmen von Sportverbänden, vgl. dazu auch Rn. 152 hiernach. Solche Sportregeln sprechen sich aber nicht über die hier interessierenden Pflichten von Organpersonen aus.

⁴²² Der Einbezug von Statuten von Obergesellschaften als für unter Art. 754 Abs. 1 OR unmittelbar massgebliche Quellen (vgl. Rn. 145 hiervor) ist im Weiteren aus Sicht des Öffentlichkeitsprinzips üblicherweise unproblematisch, weil die Statuten der Obergesellschaft regelmässig auch im Handelsregister (bzw. dem ausländischen Äquivalent) zugänglich sind.

weit, als es um vollständig beherrschte Tochtergesellschaften geht⁴²³. Das letztgenannte Erfordernis auf der Innenseite, dessen Gegebenheit für Externe sich auch widerspruchsfrei manifestieren sollte, legt eine weitere Hürde, sodass eine stillschweigende Statutenänderung selbst bei der Befürwortung einer Ausdehnung der Ausnahmekonstellation auf den vorliegenden Zusammenhang nicht praktisch denkbar sein dürfte.

152 Bei Unterwerfungsklauseln im Konzern wird ferner grundsätzlich diskutiert, inwieweit der mit diesen verbundene dynamische Verweis unter Art. 27 Abs. 1 ZGB überhaupt zulässig sein kann⁴²⁴. Schliesslich gibt eine Gesellschaft bzw. ihr Aktionariat ihr Selbstbestimmungsrecht so weitläufig auf⁴²⁵. Über dynamische Verweise besteht in Bezug auf Vereine als Sportorganisationen eine breitere Diskussion⁴²⁶. Dynamische Verweise in Vereinsstatuten werden entsprechend der wohl h.L. und Rechtsprechung allerdings trotz Einschränkungen in Bezug auf Art. 27 Abs. 1 ZGB befürwortet. Die Legitimation wird dabei in der damit begünstigten Gewährleistung der Funktionsfähigkeit von Verbänden im Sportbereich, namentlich für die einheitliche Durchsetzung von Sportregeln gesehen.⁴²⁷ Daraus lassen sich aber kaum Analogien für das Aktienrecht ziehen⁴²⁸; dies nicht zuletzt auch, weil das Vereinsrecht es erlauben soll, Satzungs Kompetenzen an ein anderes Organ zu delegieren⁴²⁹. Im Aktienrecht ist dies mit der Konsequenz von Art. 20 Abs. 1 OR grundsätzlich nicht möglich. Schon die interne Kompetenzattraktion der Generalversammlung auf Kosten des Verwaltungsrates oder eine lediglich statische Vorschrift, die den Bereich von Art. 716a OR berühren könnte, ist bei Aktiengesellschaften äusserst heikel⁴³⁰.

153 Schliesslich sei noch erwähnt, dass für das Aktienrecht eine Diskussion über die Zulässigkeit von statutarischen Schiedsklauseln besteht⁴³¹. Die Gültigkeit

⁴²³ Vgl. HANDSCHIN, Konzern, S. 101; VON BÜREN, SPR VIII/6, S. 88.

⁴²⁴ Vgl. Rn. 145 hiervor.

⁴²⁵ Vgl. allgemein zum Selbstbestimmungsrecht juristischer Personen HEINI/SCHERRER, BSK ZGB I, Art. 60–79 ZGB Rn. 10 f., ferner auch BGE 97 II 108 E. 3 und 4, S. 115 mit Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR wegen Verstoss gegen die guten Sitten in Bezug auf einen Verein argumentierend.

⁴²⁶ Vgl. PHILIPP, Vereinsautonomie, S. 112 f.; DIAS, Verein, S. 97 ff. m.w.H. zum umstrittenen Meinungsstand bezüglich der Zulässigkeit von dynamischen Verweisen sowie auf BGE 70 II 63 E. 2, 67 f., in dem das Bundesgericht die Möglichkeit für dynamische Verweise auf die Satzungen eines Verbandes in den Statuten von Vereinen grundsätzlich festhielt.

⁴²⁷ Vgl. DIAS, Verein, S. 99 f.; PHILIPP, Vereinsautonomie, S. 112; CONTAT/PAMBERG/PFISTER/STEINER, CaS 2016, S. 174.

⁴²⁸ Und wohl auch nicht innerhalb des Vereinsrechtes ausserhalb des Sportbereiches.

⁴²⁹ PHILIPP, Vereinsautonomie, S. 113; RIEMER, BK, Art. 65 ZGB Rn. 25.

⁴³⁰ Vgl. dazu auch Rn. 136 hiervor.

⁴³¹ Vgl. zum Stand der Diskussion BGE 142 III 220 E. 3.4.3, S. 227 ff.; zu diesem Entscheid

solcher Klauseln als echte statutarische Klauseln mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung für alle Beteiligten ohne weitere Formalitäten wird neben der allgemeinen Thematik der Einhaltung der Formvorschriften nach Art. 358 ZPO bzw. Art. 178 IPRG im Aktienrecht nicht zuletzt auch aufgrund von Art. 680 OR bezweifelt⁴³². Einem Aktionär können nach Art. 680 OR neben der Aktienliberierung keine weiteren Pflichten auferlegt werden, was bei einer Aufoktroierung einer Schiedsklausel nicht beachtet wird⁴³³. Daneben wird aber eine vertragliche Bindung einer entsprechenden statutarischen Klausel diskutiert⁴³⁴. Der Statuten-text ist dabei gewissermassen ein Mittler, um einen Konsens zwischen den Parteien zu begünstigen⁴³⁵. Mit der laufenden Aktienrechtsrevision soll sodann eine explizite gesetzliche Grundlage für echte statutarische Schiedsklauseln eingeführt werden, damit auf das unter der vertraglichen Konzeption bestehende individuelle Zustimmungserfordernis von Aktionären, der Gesellschaft und den Organen verzichtet werden kann⁴³⁶.

Zusammenfassend besteht nur im engen Rahmen von voll beherrschten Tochtergesellschaften die Möglichkeit, dass externe Quellen bzw. Drittstandards im Hinblick auf Art. 754 Abs. 1 OR unmittelbar Anwendung finden können. Die entsprechende Internisierung der externen Quellen gestaltet sich hier auch als dynamischer Verweis, ist aber letztlich praktisch nur schwer vorstellbar. Darüber hinaus kann Art. 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 716a OR die Anwendung externer Quellen bzw. Drittstandards verunmöglichen. Des Weiteren besteht m.E. ohnehin kein Raum für eine weitere Internalisierung externer Quellen oder allenfalls sogar für einen unmittelbaren Pflichtcharakter externer Drittstandards unter Art. 754 Abs. 1 OR. Insbesondere dynamische Verweise in Statuten scheinen nicht möglich⁴³⁷. Wie bereits angesprochen, bleibt damit aber ein allfälliger mittelbarer Pflichtcharakter von externen und hier als nicht unmittelbar relevant qualifizierten internen Quellen bzw. Drittstandards zu klären⁴³⁸.

FREY/CHRISTEN, GesKR 2016, S. 238 ff.; vgl. weiterhin auch MAUERHOFER, GesKR 2011, S. 21 ff.

⁴³² GRAF, AJP 2015, S. 732 f.

⁴³³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 Rn. 150.

⁴³⁴ Vgl. BÜCHLER/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 261.

⁴³⁵ BÜCHLER/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 265.

⁴³⁶ Vgl. Art. 697n E-OR 2016; Botschaft Aktienrechtsreform 2016, S. 147 ff.; GRAF, AJP 2015, S. 732; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 220.

⁴³⁷ Eine entsprechende (beschränkte) dynamische Wirkung könnte allfällig durch Auslegung über das teleologische Element erreicht werden. Dies dürfte aber eine objektive Auslegung der Statuten voraussetzen. Zur Auslegung von Statuten vgl. ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 Rn. 625 ff.; Urteil des Zuger Kantonsgerichts vom 27. Oktober 2016 i.S. Schenker-Winkler Holding AG gegen Sika AG, E. 4.2 ff.

⁴³⁸ Vgl. Rn. 167 ff. und 174 ff. hiernach.

dd. Pflichten nach ihren Arten

- 155 Innerhalb der relevanten Quellen lassen sich grundsätzlich zwei Arten von Pflichtbestimmungen erkennen. Die einen verlangen eine Handlung in einer bestimmten Situation. Solche Handlungsanweisungen⁴³⁹ finden sich z.B. in Art. 725 OR, Art. 652b Abs. 2 OR oder auch Art. 717 Abs. 2 OR⁴⁴⁰. Ferner enthält Art. 716a Abs. 1 OR eine Reihe von an den Verwaltungsrat adressierten Handlungsanweisungen, wie die Erstellung eines Organisationsreglementes bzw. eines Geschäftsberichtes oder die Einsetzung des Rechnungswesens, ohne aber konkret darauf einzugehen, wie er dies zu tun hat⁴⁴¹.
- 156 Ferner bestehen sodann Ziel- bzw. Richtungsanweisungen. Hier wird eine Richtung in Bezug auf ein erstrebenswertes Ziel vorgegeben, ohne dass eine konkrete Handlung vorgezeichnet wäre. Es bestehen mitunter mehrere valable Wegmöglichkeiten zu diesem Ziel und den Entscheidträgern stehen Entscheidungsalternativen offen, aus denen durch Abwägungen mit einem gewissen Ermessen der einzuschlagende Weg eruiert werden soll. Art. 717 Abs. 1 OR stellt sich als zentrale generalklauselartige Richtungsnorm dar, deren Inhalt mitunter am Gesellschaftsinteresse zu konkretisieren ist^{442, 443}. Das Gesellschaftsinteresse ist mit den Worten von Art. 717 Abs. 1 OR die «Oberaufgabe», an der sich die mit der Geschäftsführung befassten Personen zu orientieren haben.⁴⁴⁴
- 157 Die hier zugrunde gelegte Einteilung in Handlungs- und Richtungsanweisungen ist allerdings fliessend. Für die Rechtsanwendung ist damit zwar direkt wenig gewonnen, da in einem konkreten Fall Handlungsanweisungen auch zu Richtungsanweisungen verblassen können⁴⁴⁵. Der damit vorgelegte Rahmen kann aber dennoch fruchtbar gemacht werden, um später insbesondere auch die

⁴³⁹ Bzw. soweit sie Ausfluss des Gesetzes sind, Handlungs*normen*.

⁴⁴⁰ Zu Art. 717 Abs. 2 OR gerade auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 679.

⁴⁴¹ JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 17 ff.

⁴⁴² LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 27; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 1a

⁴⁴³ Vgl. SOMMER, Treuepflicht, S. 36 ff. eingehend zum Begriff des Gesellschaftsinteresses nach Art. 717 Abs. 1 OR und zur Diskussion, ob damit im Schweizer Aktienrecht eher ein *Shareholder Value*- oder ein *Stakeholder Value*-Ansatz verfolgt wird. Vgl. ferner zum Kontext auch Rn. 15 hiavor. Eine Gleichsetzung von «Gesellschaftsinteressen» und «Aktionärsinteressen» wird weitläufig abgelehnt, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 598 f.

⁴⁴⁴ Zur in diesem Zusammenhang wesentlichen Sorgfalts- sowie der Treuepflicht siehe Rn. 158 ff. und 195 f. eingehender hiernach. Für eine Übersicht von sich aus dem Gesetz (vorab vor allem auch der Katalog von Art. 716a Abs. 1 OR), aber insbesondere auch der Sorgfalts- und Treuepflicht ergebenden Einzelpflichten vgl. ferner etwa LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 34 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 564 ff., 599 ff.

⁴⁴⁵ Vgl. hier BGer 4A_373/2015 E. 3.1.1 und Fn. 447 sogleich.

hier letztlich interessierende Einordnung von Managementstandards zu erfassen⁴⁴⁶.

ee. Generelle Sorgfaltspflicht und Mass der Sorgfalt nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR

i. Allgemeines

Bei Richtungsanweisungen⁴⁴⁷ besteht sodann vor allem die Frage, mit welcher Intensität die vorgezeichnete Richtung verfolgt werden muss bzw. ab wann die geforderte Intensität nicht erreicht ist und eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR vorliegt⁴⁴⁸. Die geforderte Intensität bemisst sich hier an der Sorgfaltspflicht bzw. am zugrunde gelegten Mass der Sorgfalt, wobei Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR dazu wenig aufschlussreich mit der Phrase «mit aller Sorgfalt» dem Gesetzesleser nur die Qualifikation «aller» mitgibt.

Das notwendige Mass der Sorgfalt wird hier in Literatur und Rechtsprechung an einer Vergleichsfigur bemessen⁴⁴⁹. Diese wird dabei aus Sicht des (potenziellen) Schädigers nicht subjektiv anhand seiner persönlichen Kriterien, sondern davon losgelöst aus objektiven Kriterien geformt⁴⁵⁰. Es ist entsprechend vom objektiven Sorgfaltsbegriff die Rede, dem ein Vergleich mit einer vernunftgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation zugrunde liegt⁴⁵¹. Der (subjektive) Einwand des persönlichen Unvermögens wird dabei als objektiv sorgfaltswidriges Übernahmeverschulden gewertet: Die Massfigur übernimmt keine Aufgaben, ohne die dazu notwendigen Fähigkeiten zu besitzen⁴⁵². Jede vorsätzliche, kausale Schädigung ohne Rechtfertigungsgrund stellt damit einen Verstoss gegen das objektiv geforderte Sorgfaltsmass dar. Die darüber hinaus von der Massfigur erwarteten Verhaltensweisen werden trotz der Objektivie-

⁴⁴⁶ Vgl. dazu Rn. 313 ff. hiernach.

⁴⁴⁷ Wobei dies fliegend bzw. relativ aufzufassen ist (vgl. Rn. 157 hiervor), weil sich die Frage des Sorgfaltsmassstabes in mehr oder weniger grossem Ausmass bei der konkreten Ausführung sämtlicher Pflichten stellt, vgl. BGer 4A_373/2015 E. 3.1.1; CASUTT/MEYER BAHAR, GesKR 2016, S. 248.

⁴⁴⁸ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 2.

⁴⁴⁹ BAERISWYL, Verschulden, Rn. 450 ff.; PEYER, FS Forstmoser 2002, S. 86 ff. m.w.H.

⁴⁵⁰ GARBARSKI, Responsabilité, S. 115; NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 84; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 28 Rn. 21.

⁴⁵¹ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 29; SETHE/ANDREOTTI, Compliance, S. 141; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 575; BGE 122 III 195 E. 3.a), S. 198; BGer 4C.198/2000 E. 4.c).

⁴⁵² BGer 4A_373/2015 E. 3.2.1; SETHE/EGLE, SJZ 2016, S. 496; CASUTT/MEYER BAHAR, GesKR 2016, S. 249; WAESPI, Organisationshaftung, S. 324; SCHWENZER, OR AT, Rn. 22.19.

rung nicht absolut festgelegt⁴⁵³. Vielmehr werden diese zum einen adaptiert je nachdem, in welchem Verkehrskreis sich diese fiktive Person bewegt⁴⁵⁴. Zum anderen muss sich jedermann spezielle Fähigkeiten (mindestens bis zu einem gewissen Grad) auf sein Sorgfaltsmass erhöhend anrechnen lassen⁴⁵⁵.⁴⁵⁶

160 Wenn sich ein Schädiger seine besonderen Fähigkeiten (höhere Fachkenntnis, besonderes Wissen und dgl.) auf seinen Sorgfaltsmassstab anrechnen lassen muss, stellt sich dazu die Frage, ob der Geschädigte diese Fähigkeiten nicht kennen musste oder diese wenigstens für ihn erkennbar sein mussten, damit diese zu einer Erhöhung des Sorgfaltsmassstabes führen. Soweit besondere Fähigkeiten nach aussen allgemein erkennbar sind, spielt dies m.E. in den für den Schädiger massgebenden Verkehrskreis mit ein. Ob der Geschädigte tatsächlich konkrete Kenntnis hatte, bleibt in diesem Fall unerheblich, da die besonderen Fähigkeiten des Schädigers über die Objektivierung des Sorgfaltsbegriffes bzw. der Verkehrskreiseinordnung in dessen Massstab einbezogen werden. So kann sich ein Arzt, der einen einen Herzinfarkt erleidenden Passanten auf der Strasse erstversorgt, nicht auf denselben Sorgfaltsmassstab berufen wie eine nicht medizinisch ausgebildete Person. Dass der Herzinfarktpatient keine Kenntnis von den Fähigkeiten des Arztes im Gegensatz zu den Durchschnittspassanten hatte oder haben konnte, ist hierbei belanglos, da sich der erhöhte Sorgfaltsmassstab über den Verkehrskreis einstellt. Die allgemein erkennbaren Eigenschaften des Arztes weisen somit Verkehrskreisrelevanz auf, was sich in seinem Sorgfaltsmassstab niederschlägt.

161 Aus Sicht der zivilrechtlichen Haftung stellt sich hier statt dem «Können» ein gewisses «Müssen» ein⁴⁵⁷, was gesteigert fragwürdig ist in den Fällen, in denen die besonderen Fähigkeiten bzw. Fachkenntnis des Schädigers zum Zeitpunkt der Schädigung weder allgemein noch konkret bzw. individuell für den Geschädigten erkennbar waren und dieser auch sonst nichts davon wusste⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Es findet vielmehr ein gewisser Zugang zu subjektiven Kriterien statt, vgl. WAESPI, Organisationshaftung, S. 324.

⁴⁵⁴ Vgl. BGER 4C.198/2000 E. 4.c).

⁴⁵⁵ BGER 4C.201/2001 E. 2.2.1; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 5; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn. 29; SCHWENZER, OR AT, Rn. 22.17.

⁴⁵⁶ Vgl. eingehend auch JAUN, Sorgfaltspflichtverletzungen, S. 196 ff. und 255 ff. sowie den zusammenfassenden Überblick zum Mass der Sorgfalt nach Art. 717 Abs. 1 OR in BGER 4A_259/2016, 4A_267/2016 E. 5.1.

⁴⁵⁷ Vgl. GAUCH, FS Menschenbild, Rn. 18 und Fn. 130.

⁴⁵⁸ Als Beispiel mag der Fall dienen, dass die beiden Piloten A und B auf einem Linienflug aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sind, das Flugzeug zu landen. Unglücklicherweise findet sich auf dem Flug kein anderer Pilot (für den grundsätzlich derselbe Sorgfaltsmassstab wie für A und B gelten würde). Ein anderer Passagier muss unter Anleitung des Towers das Flugzeug landen. Crewmitglied C springt schliesslich ein, nachdem darüber hinaus auch D bereit gewesen wäre, die Verantwortung zu übernehmen.

Es findet dadurch nämlich eine Risikoverschiebung hin zu besonders befähigten Subjekten mit einem Anreiz zur Vermeidung stiller besonderer Befähigungen statt, da sich hier – im Gegensatz zu allgemein erkennbaren besonderen Befähigungen – für den betroffenen potenziellen Schädiger nicht einmal die Chance einstellt, mit der entsprechenden Publikums- bzw. Werbewirkung aus seiner besonderen Befähigung Profit zu schlagen. Jede besondere Befähigung (ob nun still oder publik) trägt aber zu einer generell wünschenswerten Risikominderung bei und es ist nicht einzusehen, weshalb vor dem haftpflichtrechtlichen Grundsatz des *neminem laedere* Subjekte davon generell abgehalten werden sollten⁴⁵⁹. Gerade bei einer stillen besonderen Befähigung eines Schädigers kann die geschädigte Person auf gänzlich unverhoffte und -vorhersehbare Weise einen Schaden ersetzbar machen, den sie bei einer entsprechend nicht speziell befähigten Person nicht hätte begleichen können und den sie im Rahmen ihres Allgemeinrisikos mithin hätte tragen müssen, was sie nun zufällig nicht muss. Somit erhält die entsprechend geschädigte Person im Ergebnis Ersatz für die Verwirklichung des Allgemeinrisikos, das unter dem Grundsatz des *casum sentit dominus* aber gerade nicht ersetzbar ist bzw. in ihrer eigenen Risikosphäre liegt⁴⁶⁰.

Mindestens soweit eine geschädigte Person von besonderen Fähigkeiten individuell tatsächlich nichts weiss und diese schliesslich individuell sowie allgemein zum Zeitpunkt der Schädigung⁴⁶¹ nicht erkennbar waren, so sollten diese besonderen Fähigkeiten nicht in den Sorgfaltsmassstab des Schädigers einbezogen werden. Dem steht auch nicht das dafür generell angeführte Argument

162

C landet das Flugzeug in einer ruppigen Landung. Einige wenige Passagiere erleiden Knochenbrüche und Schleudertraumata. Es stellt sich später heraus, dass C ein begeisterter Aviatiker ist, der sich viel mit dem Betrieb von Flugzeugen beschäftigt und schon einige Male in einem professionellen Flugsimulator war. Aufgrund seines besonderen Wissens hätte er im Gegensatz zu D (bei dem wie bei jedem anderen fraglich ist, ob er die Landung überhaupt so glimpflich hinbekommen hätte) die ruppige Landung wohl vermeiden können. Hier stellt sich nun die Frage, ob C für die Schäden der Passagiere aufgrund seiner besonderen Befähigung einstehen müsste.

⁴⁵⁹ Vgl. JAUN, Sorgfaltspflichtverletzungen, S.413 ff. und 417; ferner auch MOSER, AJP 1997, S. 188.

⁴⁶⁰ Vgl. HARTMANN, Rückabwicklung, Rn. 445; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 1.

⁴⁶¹ Das entspricht – im Sinne des in diesem Kontext in anderem Zusammenhang bemühten Verkehrsschutzes und des Vertrauensprinzips zu Gunsten des Geschädigten (vgl. Fn. 462) – dem spätestmöglichen Zeitpunkt. Bezüglich dem späten Zeitpunkt bleibt aber durchaus fraglich, ob die Privilegierung des Geschädigten bei Kenntnis unmittelbar vor einer Schädigung überhaupt mit Vertrauensschutz zu rechtfertigen ist, da dem Geschädigten regelmässig die Möglichkeit zum Handeln gemäss dem Vertrauen unmittelbar fehlen dürfte und er daher kaum schützenswerte Dispositionen getroffen haben wird. Da der Einzelfall ansonsten nicht praktikabel wäre, ist aber trotzdem auf den Zeitpunkt der Schädigung abzustellen.

des Vertrauens- bzw. Verkehrsschutzes entgegen⁴⁶². Da die geschädigte Person (wenn überhaupt) ihre Handlungen im Hinblick auf das Vertrauensprinzip nur an ihrem tatsächlichen Wissen (was *in casu* die konkrete Kenntnis oder andererseits Unkenntnis von besonderen Fähigkeiten bedeutet) und nicht an ihrem potenziellen Wissen (was *in casu* die Möglichkeit zur Kenntnis von besonderen Fähigkeiten bedeutet) orientieren kann, ist es m.E. im Übrigen belanglos, ob die individuelle Unkenntnis verschuldet⁴⁶³ oder unverschuldet war.

163 Es liegt ansonsten an der im Rahmen der Pflichtwidrigkeit geschädigten Person, ihr Wissen um die besonderen Fähigkeiten zu beweisen. Individuelle Erkennbarkeit müsste im vorliegenden Zusammenhang dann aber genügen, da das Wissen als innere Tatsache keinem direkten bzw. dabei nur hinreichenden Beweisen zugänglich ist. Im Ergebnis sollten besondere Fähigkeiten daher in den Sorgfaltsmassstab eines Schädigers einbezogen werden, wenn diese zum Zeitpunkt der Schädigung im Rahmen der Verkehrskreisbetrachtung allgemein erkennbar waren oder die geschädigte Person von besonderen Fähigkeiten individuell und konkret wusste⁴⁶⁴, wobei aus beweistechnischen Gründen hier nur individuelle Erkennbarkeit in den konkreten Umständen zu fordern ist. Davon abgesehen sollten die besonderen Fähigkeiten des Schädigers unter dem objektiven Sorgfaltsbegriff keine Beachtung verdienen.

164 Allgemein zusammenfassend gilt nach dem Gesagten ein relativ-objektiver Sorgfaltsbegriff. Dieser deckt sich schliesslich mit der objektiven Seite des Verschuldens. Die subjektive Seite des Verschuldens, d.h. die Urteilsfähigkeit⁴⁶⁵, bleibt sodann der Prüfung unter dem Tatbestandselement des Verschuldens vorbehalten⁴⁶⁶. Damit besteht ein Konzept für die Strukturierung des Masses der Sorgfalt. Der eigentliche Inhalt wird aber letztlich durch die Rechtsprechung basierend auf Einzelfällen konkretisiert^{467, 468}.

⁴⁶² Vgl. JAUN, Sorgfaltspflichtverletzungen, S. 422 ff.; GRUNDMANN, MüKo, § 276 BGB Rn. 56; KOLB, Verschuldensgrundsatz, S. 20 f.; KOZIOL, AcP 1996, S. 597, mit dem Hinweis, dass mit dem Vertrauensgesichtspunkt nicht der Einbezug besonderer Fähigkeiten gerechtfertigt werden kann, «weil ein Verkehrsteilnehmer wohl nicht mit den überdurchschnittlich hohen Fähigkeiten eines anderen rechnen darf.» Das muss insbesondere gelten, wenn ein Verkehrsteilnehmer nicht von den besonderen Fähigkeiten wusste und umso mehr, wenn er auch nicht davon wissen konnte.

⁴⁶³ Ob die besonderen Fähigkeiten also individuell erkennbar waren und ein Wissenkönnen bzw. eine Möglichkeit zur Kenntnis bestand.

⁴⁶⁴ So wohl auch WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 5 a.E.; KUKO OR-LEHMANN, Art. 754 OR Rn. 26 a.E.; MOSER, AJP 1997, S. 188.

⁴⁶⁵ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht, Rn. 204.

⁴⁶⁶ Womit freilich auf eine (wiederholte) Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der objektiven Seite des Verschuldens verzichtet werden kann, vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 6 Rn. 21; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 23.

⁴⁶⁷ KUKO OR-SUNARIC, Art. 717 OR Rn. 4.

Am Rande sei noch erwähnt, dass in diesem Kontext bei einer befugten Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR das Mass der Sorgfalt reduziert ist. In diesem Sinne besteht nicht die hier im Vorangegangenen erläuterte allgemeine Sorgfaltspflicht, sondern diese ist beschränkt auf die *cura in eligendo*, die *cura in instruendo* und die *cura in custodiendo*⁴⁶⁹. Dabei ist zu beachten, dass die Pflichten nach Art. 716a OR nicht delegierbar sind. 165

ii. Konkretisierung des (allgemeinen) Masses der Sorgfalt

(1) Grundsätzliches

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich in einigen Bereichen zum nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR erforderlichen Mass der Sorgfalt geäußert⁴⁷⁰. So muss ein Verwaltungsrat etwa kritisch an den Sitzungen teilnehmen und über genügend Zeitressourcen verfügen⁴⁷¹. Verwaltungsräte haben ferner in diesem Rahmen auch Spezialisten beizuziehen, soweit für grössere Geschäfte innerhalb des Gremiums nicht genügend Fachkompetenz vorhanden ist⁴⁷². Ferner muss eine angemessene Risikodiversifizierung, die insbesondere eine Vermeidung von Klumpenrisiken miteinschliesst, beachtet werden⁴⁷³. In diesem Zusammenhang kann eine Konzernierung gegebenenfalls zu einem besonderen Wissensstand für die Einschätzung eines Risikos führen⁴⁷⁴. Die genannten Beispiele zeigen, dass das Bundesgericht die für die Sorgfaltspflicht massgebende Vergleichs- bzw. Massfigur aktiv formt. 166

Das Bundesgericht formt die Massfigur aber nicht nur selbst aktiv und direkt mit seinen Entscheidbegründungen, sondern verweist – insbesondere ausserhalb des Aktienrechtes – für das erwartete Mass der Sorgfalt regelmässig auf anerkannte (private oder halbprivate) Standards oder Regelwerke, die als Ausdruck der allgemeinen Sorgfaltspflicht gelten sollen⁴⁷⁵. Darüber eröffnet sich all- 167

⁴⁶⁸ Vgl. ferner der mit Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erhöhte Massstab, andererseits ist die Aussage, dass es sich beim Sorgfaltsmass im Rahmen von Art. 717 Abs. 1 OR nur um einen *Minimalstandard* handle und es nicht um *best practice* ginge (vgl. GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 26; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rn. 371, § 18 Rn. 156), in ihrer Absolutheit trotz all ihrer Berechtigung kaum mit BGE 93 II 345 E. 4, S. 350 vereinbar (vgl. dazu Fn. 475).

⁴⁶⁹ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 117.

⁴⁷⁰ Vgl. etwa WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 7 ff.

⁴⁷¹ BGE 97 II 403 E. 5.b), S. 411.

⁴⁷² BGer 4C.358/2005 E. 5.2.1.

⁴⁷³ BGE 113 II 52 E. 3, S. 57.

⁴⁷⁴ BGer 4A_74/2012 E. 5.1.

⁴⁷⁵ Vgl. dazu allgemein im zivilrechtlichen Bereich BGer 4A_22/2008 E. 10.2; ferner BGE 131 III 115 E. 2.3, S. 117 f., BGer 4A_321/2015 E. 2.2, Anwendung von BUL-Empfehlungen (Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft) und Empfehlungen

gemein ein Weg, die nicht berücksichtigten Quellen bzw. Drittstandards für (unmittelbare) Pflichtbestimmungen nach Art. 754 Abs. 1 OR mittelbar über Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR zu berücksichtigen⁴⁷⁶. Damit wird über entsprechende mittelbare Pflichtbestimmungen eine Verbindlichkeit aus Sicht des objektiven Rechtes an sich auf absoluter Grundlage unverbindlicher Regeln aus dem Bereich der echten Selbstregulierung bzw. allgemeiner dem Bereich des *Soft Law* ermöglicht⁴⁷⁷.

des Schweizerischen Nationalgestüts (SNG) in Bezug auf die Beschaffenheit von Zäunen für Pferdeweiden (im Rahmen einer Haftung nach Art. 56 OR); BGer Joos/Steiner, E. 2.a) (zitiert bei BREHM, BK, Art. 58 OR Rn. 58a), Anwendung einer SIA-Norm; BGer 4A_382/2012 E. 2 f. und BGer 6B_234/2014 E. 3.6 grundsätzliche Anwendbarkeit einer SIA-Norm, aber mit Berücksichtigung des Kontextes, schliesslich Verneinung der Haftung im Ergebnis (die drei vorstehenden Entscheide ergingen alle im Rahmen einer Haftung nach Art. 58 OR bei der Frage der Mangelhaftigkeit); BGer 4A_489/2014 E. 5.1 und BGE 130 III 193 E. 2.3, S. 196 f., grundsätzliche Anwendung der von der Schweizerischen Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten ausgearbeiteten Richtlinien für Anlage, Betrieb und Unterhalt von Schneesportabfahrten (SKUS-Richtlinien) und der vom Verband Seilbahnen Schweiz herausgegebenen Richtlinien (SBS-Richtlinien) in Bezug auf Verkehrssicherungspflichten bei Pisten durch Bergbahn- und Skiliftunternehmen; BGer 4A_206/2014; 4A_236/2014 E. 4.5, Anwendbarkeit von FIS-Regeln für Schneesportler; BGE 93 II 345 E. 4, S. 350 bezüglich Empfehlungen des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) zur Verpackung von Wertsendungen, *in casu* nur als Minimalstandard deklariert, der noch nicht die gesamte notwendige Sorgfalt für sich erfüllt (in Bezug auf Art. 447 Abs. 1 OR zum Begriff des «ordentlichen Frachtführers» ausserhalb spezifischer Vereinbarungen der Parteien); BGer 4A_48/2010 E. 6.3.1 Orientierung unter anderem an der Leitlinie der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) 2004 Nr. 015/036 für ärztliche Handlungsregeln bei der Betreuung einer Geburt. Darüber hinaus besteht im strafrechtlichen Bereich bei der Beurteilung der Frage nach der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit bzw. dem Sorgfaltsmassstab bei Fahrlässigkeitsdelikten nach Art. 12 Abs. 3 StGB eine reichhaltige Rechtsprechung zum Bezug von privaten oder halbprivaten Standards, Regelwerken, Richtlinien, Empfehlungen und Merkblättern (was für die zivilrechtliche Sicht keine direkte Wirkung hat, da dort im Übrigen auch ein subjektiver Massstab gilt, vgl. HUGUENIN, OR AT&BT, Rn 1979); BGE 136 IV 97 E. 6.2.2, S. 112 f.; BGE 134 IV 26 E. 3.2.5, S. 31; BGE 130 IV 7 E. 4.3, S. 14 ff.; BGer 6S.311/2005 E. 4.1.; BGE 121 IV 249 E. 3, S. 252 ff.; BGE 120 IV 300 E. 3.d)aa), S. 309; BGE 118 IV 130 E. 3.a), S. 133; vgl. weitere Hinweise bei NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 Rn. 111. Vgl. ferner auch im Sozialversicherungsrecht: BGer 8C_51/2012 E. 3.3.3.1.; BGer 9C_936/2011 E. 2.2. Schliesslich hält das Bundesgericht im Übrigen fest, dass es sich durch die Anwendung von privaten Regelwerken nicht generell an diese gebunden wissen will, sondern vielmehr jeweils selbst entscheidet, «welche Sorgfalt im Einzelfall geboten war, wobei das Sorgfaltsmass eine flexible, sich stets nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu richtende Grösse bildet», vgl. BGE 130 III 193 E. 2.3, S. 197.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu Rn. 154 hiavor.

⁴⁷⁷ Selbstregulierung bezeichnet die private oder halbprivate Regelbildung in einem bestimmten Sachbereich durch die betroffenen Akteure selbst, vgl. JUTZI, Berner Gedan-

ken 2014, S. 199 ff. Generell wird echte von unechter (bzw. gesteuerter) Selbstregulierung unterschieden. Bei Ersterer handelt es sich um Regelsetzung ohne staatlichen Einfluss, die als solche grundsätzlich nur durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen und demnach *inter partes* auf relative Weise, aber nicht in absoluter Weise als objektives Recht Verbindlichkeit erlangen kann. Bei Letzterer handelt es sich dagegen um staatlich begleitete Regelsetzung, der schliesslich unter gewissen zusätzlichen Voraussetzungen als objektives Recht Verbindlichkeit *erga omnes* zukommen kann. Unechte Selbstregulierung führt also nicht immer zu objektivem Recht (was insbesondere den Unterfall der obligatorischen Selbstregulierung betrifft, wo nur die grundsätzliche Verpflichtung von Privaten zur Schaffung von Selbstregulierungswerken besteht), echte hingegen nie. Vgl. zum Ganzen PEYER, Das interne Kontrollsystem, S. 35; BÜHLER, Corporate Governance, Rn. 47; JUTZI, Berner Gedanken 2014, S. 202 f.; WEBER/BAUMANN, Neukonzeption, S. 64 f.; ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat, Rn. 130; WATTER/DUBS, ST 10/2005, S. 744 ff. Unechte Selbstregulierung kann sodann zu objektivem Recht insbesondere durch die Zuweisung von Rechtsetzungskompetenzen im Gesetz an private oder halbprivate Institutionen (einhergehend mit den dazu notwendigen Voraussetzungen, vgl. Art. 164 Abs. 2 und 178 Abs. 3 BV und eingehend m.w.H. im Übrigen KÖBRICH, LeGes 2014/1, S. 59 ff.) oder durch Verweise im Gesetz auf private oder halbprivate Regelwerke führen. Verweise können sich mitunter statisch (vgl. z.B. BGE 91 II 201 E. 3.c), S. 208: Verweis auf eine SIA Norm in einer Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich; weiter z.B. Art. 2 lit. a V-UVEK SSFWaN: Verweis auf Schweizer Norm (SN) 640 814b in der Fassung vom Mai 1998; auch z.B.: Art. 1 Abs. 1 DNA-AL-V EJPD: Verweis auf ISO/IEC 17025, 2005, d.h. in der Fassung von 2005) oder dynamisch (z.B. in dieser Hinsicht nicht unproblematisch Art. 962a Abs. 5 und Art. 1 Abs. 1 VASR: Verweis auf fünf Regelwerke der Rechnungslegung in ihrer jeweils geltenden Fassung; weiter zudem Art. 2 und 3 ASV-RAB mit Verweis auf die jeweils geltenden Prüfungsstandards von EXPERTSuisse bzw. des International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB) im Bereich der Revision, vgl. UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 99 f.) ausgestalten. Ein dynamischer Verweis im Gesetz auf private oder halbprivate Regelwerke kommt sodann der Zuweisung von Recht- bzw. Praxissetzungskompetenzen an die entsprechende private oder halbprivate Institution gleich, was letztlich die Einhaltung der Voraussetzungen für eine Rechtssetzungsdelegation an Private erfordert (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 316 E. 2.4.1, S. 319 f., KÖBRICH, LeGes 2014/1, S. 63 ff.; UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 93 ff.). Im Übrigen ist einem statischen Verweis sodann mit der Wirkung als objektives Recht eine behördliche Genehmigung von entsprechenden Selbstregulierungserlassen nahestehend, soweit in einem zu genehmigenden Regelwerk Pflichten, die nicht nur die Institution selber betreffen, konkretisiert werden sollen (vgl. etwa Art. 18 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und 2 GwG). Ob es sich im Einzelfall um eine Genehmigung im vorstehenden Sinne oder nur eine Abprüfung einer Verpflichtung im Rahmen der obligatorischen Selbstregulierung handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln (zur entsprechenden Thematik etwa bei Art. 25 GwG vgl. ABEgg, Prinzipien, Rn. 518 ff.). Vgl. ferner auch zum Begriff *Soft Law* WEBER/BAUMANN, Neukonzeption, S. 68 f., die darauf hinweisen, dass es sich dabei um ein Unwort handle, da es entweder *hard law* oder *no law* gäbe, weil mit dem Begriff *law* immer eine Rechtsverbindlichkeit bzw. Durchsetzbarkeit einhergehe, die bei *Soft Law* gerade wesensbestimmend fehlt. Siehe aber ferner die Ausführungen bei BÜHLER, Corporate Governance, Rn. 50 ff. und insb. Rn. 55, die m.E. überzeugend darauf hin-

- 168 Die Rechtsprechung dient dabei als Mittler, um über ihre Praxis den betreffenden Bestimmungen (eine eigene Art) Verbindlichkeit zu verleihen. Sie kann dies einerseits dadurch tun, dass sie die referenzierten Bestimmungen als *nicht exklusives Auslegungsangebot* für das nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR erwartete Mass der Sorgfalt einbezieht. Die Adressaten müssen sich damit nicht an eine bestimmte Bestimmung halten, sondern deren kohärente Befolgung steht ihnen nur als Möglichkeit zur Erlangung einer Sorgfaltsvermutung offen.⁴⁷⁸ Soweit die Rechtsprechung entsprechende Regelungen als *Mindeststandard* auslegt, steht eine negative Vermutungswirkung im Vordergrund: Die Nichtbefolgung führt zu einer Unsorgfaltsvermutung, da ein Mindeststandard *dem gesetzlichen Standard gleichkommt oder darunter* liegt. Die Befolgung hat wegen der fehlenden Differenzierung bezüglich der Frage, ob der gesetzliche Standard erreicht ist oder nicht, damit für sich allein auch noch keine Sorgfaltsvermutung zur Folge. Handelt es sich dagegen um einen *Best Practice-Standard*, so geht dafür mit der Nichtbeachtung nicht *eo ipso* eine Unsorgfaltsvermutung einher, sondern es dürfte die positive Vermutungswirkung einer durch die entsprechende Regelerfüllung erbrachten genügenden Sorgfalt im Vordergrund stehen, da jener *über dem gesetzlichen Standard* liegt^{479, 480}.
- 169 Es lassen sich mit dem Gesagten bei der Referenzierung der Rechtsprechung auf Bestimmungen als nicht exklusives Auslegungsangebot schliesslich drei Vermutungsbereiche erkennen: In einem unteren Bereich, wo ein Mindeststandard nicht erreicht wird, besteht eine Unsorgfaltsvermutung, mithin die Vermutung, dass der gesetzliche Standard nicht erfüllt ist⁴⁸¹. In einem oberen Bereich, wo ein *Best Practice-Standard* erreicht wird, besteht eine Sorgfaltsvermutung, mithin die Vermutung, dass der gesetzliche Standard erfüllt ist⁴⁸². In einem mittleren Bereich (also soweit ein Mindeststandard überboten oder ein *Best Practice-Standard* oberhalb eines Mindeststandards unterboten wird) bestehen so-

auslaufen, dass mit dem Begriff des *Soft Law* eine Schattierung von Regeln eingefangen werden soll, die nicht hoheitlich oder rechtsgeschäftlich verbindlich bzw. durchsetzbar gesetzt sind, aber dennoch einen Geltungswert bzw. eine Verhaltenserwartung beanspruchen. Der Begriff *Soft Law* zielt demnach auch auf Regeln ausserhalb der echten Selbstregulierung.

⁴⁷⁸ UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 96.

⁴⁷⁹ Vgl. SCHERER/FURT, CCZ 2015, S. 14; SEIBEL, NJW 2013, S. 3001 m.w.H.; MOSER, AJP 1997, S. 191.

⁴⁸⁰ Vgl. zu einer entsprechenden Vermutungswirkung des SCBP auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 60.

⁴⁸¹ Was im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR für den Hauptbeweis des Klägers dienlich sein kann.

⁴⁸² Was im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR für den Gegenbeweis des Beklagten und in dem Sinne als Abwehrmöglichkeit dienlich sein kann. Vgl. hierzu im Übrigen auch Fn. 1094 a.E.

dann keine (Un-)Sorgfaltsvermutungen, weil eine Aussage über den in diesem mittleren Bereich zu verortenden *gesetzlichen Standard* hier noch nicht vollends erfasst ist.

Naturgemäss kann es im hiesigen Zusammenhang schliesslich nur um *tatsächliche Vermutungen* gehen^{483,484}. Die im vorliegenden Kontext bestehende Nichtexklusivität der referenzierten Bestimmungen kann zudem unter sich nicht mehr als eine Vermutungswirkung zulassen: Widersprechen sich referenzierte Bestimmungen, so besteht ein vermutungsloser Zustand. Die Vermutungswirkungen löschen sich gegenseitig aus und es besteht nicht wie bei einer echten, durch Auslegung nicht glättbaren Pflichtenkollision die Folge, dass (wenn auch nur vermutungsweise) letztlich eine Unsorgfalt im Raum steht. Schliesslich dürfte sich neben der faktisch wohl nicht zu unterschätzenden Wirkung der hier angesprochenen tatsächlichen Vermutungen auch eine erhöhte Begründungslast eines Gerichtes beim Abweichen von solchen ergeben. 170

Neben der Referenzierung der Rechtsprechung auf Bestimmungen als nicht exklusives Auslegungsangebot wäre theoretisch denkbar, dass sie andererseits die fraglichen Bestimmungen als *notwendige und exklusive bzw. einzige Auslegungsform* begreift⁴⁸⁵. Eine entsprechende Bestimmung muss damit notwendigermassen erfüllt werden, um dem Sorgfaltsmassstab nachzukommen. Hier steht sodann keine Vermutungswirkung mehr im Vordergrund, sondern die betreffende Bestimmung wird (wenn auch mittelbar) exklusiv zu gesetzlicher Richtigkeit erhoben. Der Vorbehalt, dass es der Rechtsprechung grundsätzlich offensteht, im Einzelfall die Umstände in Bezug auf die Sorgfalt anders zu würdigen und sich nicht an die referenzierten Bestimmungen zu binden, muss sodann auch hier bestehen bleiben⁴⁸⁶. Es würde damit im Gegensatz zur vorgenannten bedingten Vermutungswirkung eine bedingt direkte Geltung von referenzierten Bestimmungen vorliegen. M.E. ist das Verständnis der Rechtsprechung als Referenzierung auf Bestimmungen im Sinne einer exklusiven bzw. einzigen Auslegungsform vor dem Hintergrund des teleologischen Auslegungselementes gerade beim Sorgfaltsmassstab kaum sinnvoll. Nach hier vertretener 171

⁴⁸³ UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 96. Zur tatsächlichen bzw. natürlichen Vermutung in diesem Bereich vgl. ferner GROB, Qualitätsmanagement, S. 51; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 486.

⁴⁸⁴ Zur tatsächlichen bzw. natürlichen Vermutung vgl. auch BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 E. 5.2 m.w.H., wonach zu beachten ist, dass «[e]ine tatsächliche Vermutung [...] die Beweiswürdigung [betrifft] und [...] keine Umkehr der Beweislast [bewirkt]; der Vermutungsgegner hat nicht etwa den Beweis des Gegenteils zu erbringen, sondern den Gegenbeweis». Vgl. auch BGE 130 II 482 E. 3.2, S. 485.

⁴⁸⁵ UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 97.

⁴⁸⁶ Wie es sich das Bundesgericht auch regelmässig vorbehält, vgl. etwa BGE 130 III 193 E. 2.3, S. 197.

Ansicht handelt es sich bei solchen Referenzierungen immer um nicht exklusive Auslegungsangebote.

- 172 Fraglich bleibt sodann, inwieweit eine Referenzierung auf Bestimmungen als dynamisch oder statisch verstanden werden darf⁴⁸⁷. Da sich die Rechtsprechung grundsätzlich mit konkret-individuellen Situationen auseinandersetzt, handelt es sich im Ausgangspunkt formal um einen statischen Verweis. Das Gericht nimmt in seinem Entscheid und in dessen Begründung mitunter für den konkreten Fall auf eine konkrete Bestimmung in ihrer aktuellen Form Bezug. Da sich gerade der Sorgfaltsbegriff aber als zeitlich wandelbar darstellt⁴⁸⁸, kann es hier vor dem Hintergrund des teleologischen Auslegungselementes generell offenbar nur um eine Geltung im dynamischen Sinne gehen. Ein Verständnis als statischer Verweis wäre hingegen denkbar in Gebieten, in denen vor allem dem historischen Element grosses Gewicht beizumessen ist. Dies ist aber beim Sorgfaltsmassstab abzulehnen.⁴⁸⁹
- 173 In Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann sodann der Pflichtcharakter diverser Selbstregulierungserlasse diskutiert werden. In Bezug auf Art. 754 Abs. 1 OR geht es vorab um diverse Regelwerke im Bereich des Finanzmarktrechtes⁴⁹⁰. Es findet insbesondere ein Meinungsstreit über die Geltung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*⁴⁹¹ statt⁴⁹². Ferner können in die Diskussion auch *Grundsätze der Corporate Social*

⁴⁸⁷ Vgl. UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 98 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. KOLB, Verschuldensgrundsatz, S. 209; KRAMER, Methodenlehre, S. 160 f.

⁴⁸⁹ Vgl. für die Diskussion in Lehre und Rechtsprechung über den Beizug von privaten Regelwerken allgemein (also über den Sorgfaltsbegriff hinaus) etwa im Bereich der Rechnungslegung RIEDERER, ex ante 2016, S. 14, mit eingehenden Hinweisen in Fn. 31 (insb. in Bezug auf BGE 136 II 88) oder etwa im Rahmen der Auslegung der Fehlerhaftigkeit (mit Bezug auf die Sicherheitserwartung des Publikums) nach Art. 4 Abs. 1 PrHG BGER 4A_255/2010 E. 3 m.w.H.

⁴⁹⁰ Wie namentlich die Reglemente der Selbstregulierungsorganisationen (SROs) nach Art. 25 Abs. 1 GwG im Bereich der Geldwäschereibekämpfung, weiter die Regelwerke der Swiss Funds & Asset Management Association (SFAMA), sodann die Richtlinien, Empfehlungen und Vereinbarungen (allen voran die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, nunmehr in ihrer jüngsten Version vom 1. Juni 2015 (VSB 16)) der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) und die Regelwerke der SIX Swiss Exchange AG, wie insbesondere das Kotierungsreglement vom 1. April 2016 sowie die Richtlinie betreffend der *Ad-hoc*-Publizität vom 29. Oktober 2008, die Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance vom 1. Januar 2016 sowie die Richtlinie betreffend Offenlegung von Management-Transaktionen vom 27. November 2012.

⁴⁹¹ Aktuelle Fassung vom 28. August 2014.

⁴⁹² WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 14a; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 26; ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat, Rn. 713; KUNZ,

*Responsibility*⁴⁹³ sowie *Compliance Standards*⁴⁹⁴ einbezogen werden. Mit Blick auf Art. 755 Abs. 1 OR wird sodann die Geltung der Prüfungsstandards für die Revision⁴⁹⁵ und der «Richtlinien zur Unabhängigkeit»⁴⁹⁶ von EXPERT-suisse diskutiert⁴⁹⁷. Gerade im Bereich des Finanzmarktrechtes ist die Diskussion aber etwas anders gelagert: So steht dort vielmehr zur Debatte, ob die betreffenden Regelungen aufgrund von Genehmigungen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) im Bereich von Art. 4 Abs. 2 BEHG und 18 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und 2 GwG sowie durch die Anerkennung von Seiten der FINMA als Mindeststandard nach Art. 7 Abs. 3 FINMAG objektives Recht darstellen oder nicht⁴⁹⁸. Ähnlich gestaltet sich die Diskussion im Rahmen von Art. 755 Abs. 1 OR aufgrund des Verweises in Art. 2 ASV-RAB bei den Prüfungsstandards⁴⁹⁹. Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings nicht dies primär von Interesse, sondern vielmehr die Geltung von *Soft Law*-Regularien⁵⁰⁰ als mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR. Dazu soll im folgenden Abschnitt zunächst darauf eingegangen werden, welche Wirkungen bzw. Konsequenzen sich aus der Ein- bzw. Nichteinhaltung von über die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR einflussenden und daher mittelbaren Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR ergeben. Ferner soll zur Sprache kommen, welche Regelwerke in diesem Zusammenhang überhaupt als relevante Pflichtbestimmung angesehen werden soll, mithin welche Qualifikationsmerkmale *Soft Law*-Regularien aufweisen sollten, damit sie über Art. 717 OR mittel-

FS Böckli 2006, S. 485 f.; BAERISWYL, Verschulden, Rn. 443; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rn. 321 f., 371, 18 Rn. 153 ff.

⁴⁹³ Vgl. BOHRER, GesKR 2016, S. 274; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 26a m.w.H.; FORSTMOSER, FS Nobel 2015, S. 167 f.; PETER/JACQUEMET, ST 11/2014, S. 1029 ff.; PETER/JACQUEMET, SZW 2015, S. 181 ff.; AMSTUTZ, SZW 2015, S. 189 ff.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, S. 110 f.

⁴⁹⁴ Vgl. HAGER/HALLER, SZW 2014, S. 536 ff.; SETHE/ANDREOTTI, Compliance, S. 95 f.

⁴⁹⁵ Aktuelle Fassung vom 15. Dezember 2013 (nicht öffentlich zugänglich).

⁴⁹⁶ Die aktuelle Fassung stammt aus dem Jahr 2007 und wurde zuletzt am 1. Dezember 2014 geändert.

⁴⁹⁷ EBERLE/LENGAUER, ZK OR, Vor Art. 727–731a OR, Rn. 170 ff., Art. 728 OR, Rn. 19 ff.; BGE 131 III 38 E. 4.2.4, S. 44.

⁴⁹⁸ Vgl. die umfassende Übersicht zu den betreffenden anerkannten bzw. genehmigten Regularien bei WINZELER, BSK BEHG, Art. 7 FINMAG Rn. 82 ff. Zur inhaltlichen Diskussion vgl. darüber hinaus GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 30a; BALZLI/KERBER/ISLER, Finanzmarktrecht, S. 44, 188; ABEGG, Prinzipien, Rn. 528; HEIERLI, Geldwäscherei, Rn. 1286 ff.; LOMBARDINI, L'investisseur, Rn. 27 ff.; JUTZI, Berner Gedanken 2014, S. 204 ff.; WEBER/BAUMANN, Neukonzeption, S. 69; ROBERTO, GesKR 2006, S. 150; DAENIKER, GesKR 2006, S. 145 f.

⁴⁹⁹ Vgl. EBERLE/LENGAUER, ZK OR, Vor Art. 727–731a OR, Rn. 171 f.

⁵⁰⁰ Siehe zum hier verstandenen Begriff von *Soft Law* Fn. 477 a.E.

bar unter Art. 754 Abs. 1 OR als Pflichtbestimmungen berücksichtigungswürdig sind.

(2) Mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR: Wirkungen und Qualifikationsmerkmale

- 174 Der Charakter der über Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR mittelbar einflussenden Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR impliziert anschliessend an die obige Darstellung⁵⁰¹, dass eine entsprechende Nichteinhaltung nicht *per se* eine Pflichtwidrigkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR zur Folge hat. Vielmehr handelt es sich bei entsprechenden *Soft Law*-Regularien um ein *nicht exklusives Auslegungangebot* für das nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR erwartete Mass der Sorgfalt. Es bestehen damit Vermutungen bezüglich der Sorg- bzw. Unsorgfalt. Dies hat insbesondere mit Blick auf Pflichtenkollisionen⁵⁰² eine entscheidende Bedeutung: Kollidieren unter Art. 754 Abs. 1 OR unmittelbare Pflichtbestimmungen, ohne dass dies durch Auslegung geglättet werden könnte, so begeht eine Organperson eine Pflichtverletzung. Verstösst eine Organperson allerdings gegen mittelbare Pflichtbestimmungen, so kann die Vermutung der Sorgfaltspflichtverletzung durch die Belegung der Einhaltung anderer unmittelbarer oder mittelbarer Pflichtbestimmungen widerlegt werden⁵⁰³.
- 175 Es stellt sich nun die Frage ob der bestehenden Konsequenzen, welche *Soft Law*-Regularien es verdienen, als mittelbare Pflichtbestimmung unter Art. 754 Abs. 1 OR berücksichtigt zu werden, bzw. woran sich die Rechtsprechung hierfür orientieren kann. Genauer ist zu eruieren, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit sich die Anerkennung von *Soft Law*-Regeln als mittelbare Pflichtbestimmungen über den Rahmen von Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR rechtfertigen lässt. Es ist daher zu prüfen, welche Qualifikationsmerkmale *Soft Law*-Regeln dafür aufweisen müssen.
- 176 Für eine Antwort muss m.E. zunächst breiter mit einer rechtsphilosophischen Perspektive die Frage gestellt werden, woraus sich die Legitimation zur Geltung von Rechtsnormen grundsätzlich ergibt, wenn davon ausgegangen wird, dass jene nicht bloss in deren Wirksamkeit bzw. Durchsetzbarkeit liegt⁵⁰⁴. In der offenen Gesellschaft der Schweiz bestehen keine allgemein akzeptablen ausser- oder vorrechtlichen Anschauungen, an denen das Recht sich orientieren

⁵⁰¹ Vgl. Rn. 168 ff. hiervor.

⁵⁰² Die dogmatisch innerhalb des Gesetzes grundsätzlich nicht bestehen können (vgl. dazu Fn. 360), sondern nur innerhalb der anderen relevanten Quellen und im Verhältnis zu diesen und dem Gesetz.

⁵⁰³ Siehe dazu Rn. 168 hiervor; Vgl. weiter auch Rn. 170 hiervor: Die Vermutungswirkungen heben sich so gegenseitig auf.

⁵⁰⁴ Vgl. MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 25 Rn. 5; ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 19 f.

kann⁵⁰⁵. Was bleibt ist, dass jeder Einzelne eine gleich zu respektierende moralische Instanz darstellt. Damit ist die Freiheit jedes einzelnen Individuums zu achten und jedem Individuum die grösstmögliche Autonomie zuzugestehen. Dieses Autonomieprinzip beinhaltet für eine Zusammenlebensordnung in der Folge, dass diese von einem allgemeinen Konsens getragen sein sollte bzw. sich auf eine gewisse *Breite* abstützen muss. Eine Grundlegitimation von Normen ergibt sich damit aus dem Konsens, was politisch im Übrigen die Idee der Demokratie impliziert.⁵⁰⁶

Eine funktionsfähige Gesellschaftsordnung kann sich jedoch nicht an einem Konsens im Sinne eines einstimmigen Willens orientieren. Vielmehr muss die grösstmögliche Annäherung an diesen absoluten bzw. ganzheitlichen Konsens genügen und der Wille der Mehrheit muss als verbindlich anerkannt werden.⁵⁰⁷ Der mehrheitliche Konsens setzt sodann eine gewisse Vernunft der Minorität voraus, die bereit sein muss, sich trotz der Einschränkung ihrer Autonomie der Mehrheit zu unterwerfen⁵⁰⁸. Gleichzeitig bedarf es der Vernunft auf Seiten der Majorität, um das Vertrauen der Minorität zu rechtfertigen. Das Ziel muss es auch im Rahmen des mehrheitlichen Konsenses bleiben, wenigstens das im Rahmen individueller Autonomie erzielbare persönliche Glücksstreben jedes Einzelnen zu verwirklichen⁵⁰⁹. In Bezug auf diese Vernunft ist inhaltlich daher allem voran Verhältnismässigkeit gefordert. Mehrheitsentscheide sind damit im Übrigen Mittel und kein (Selbst-)Zweck. Sie unterliegen nämlich durchaus (allerdings schwer greifbaren) Grenzen, wenn sie die vernünftige Einsicht der Minderheit untergraben⁵¹⁰, da dadurch ihre Legitimation bzw. ihr Geltungsgrund verloren ginge, wenn auch möglicherweise nicht ihre Wirksamkeit an sich⁵¹¹. Regeln erhalten in einer freien Gesellschaft also Legitimation durch eigene Akzeptanz oder zumindest vernunftgeleitete Toleranz für von Dritten akzeptierte Regeln^{512, 513}.

177

⁵⁰⁵ ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 62 f.

⁵⁰⁶ Vgl. ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 65; ZIPPELIUS, Gerechtigkeit, S. 79 ff. m.w.H. zu den diesbezüglichen Auffassungen von KANT und ROUSSEAU.

⁵⁰⁷ Vgl. ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 66.

⁵⁰⁸ Vgl. ZIPPELIUS, Gerechtigkeit, S. 145 ff.

⁵⁰⁹ Auch wenn dem sog. individuellen Eudämonismus letztlich die Praktikabilität abgesprochen wird, vgl. ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 82 f.; ZIPPELIUS, Gerechtigkeit, S. 43 f. Dennoch lässt sich hier mindestens im Grenzbereich erkennen, dass der mehrheitliche Konsens nicht nur ein Fragment einer Gesellschaft betrifft, sondern grundsätzlich alle Regelunterworfenen bzw. Personen, die von der Regel in ihrer Autonomie betroffen sind, also die Gesellschaft im weitesten Sinne erfasst.

⁵¹⁰ Vgl. ZIPPELIUS, Gerechtigkeit, S. 137.

⁵¹¹ Vgl. ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, S. 19.

⁵¹² Vgl. MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 25 Rn. 14, 18.

⁵¹³ Vgl. ZIPPELIUS, Wesen, S. 72 ff.

- 178 Die bezeichnete Toleranz kommt ohne Glaubwürdigkeit und Vertrauen aus. Sie wird dabei durch Vernunft gespeist, die als wesentliche Elemente formelle und materielle Gesichtspunkte aufweist. Zunächst sollte formal bzw. verfahrensmässig der Umstand gegeben sein, dass tatsächlich eine Mehrheitsmeinung in die Regelgebung einfließt. Begünstigt wird dies durch Transparenz und die offene Möglichkeit der Einbringung von Meinungen⁵¹⁴. Es geht letztlich darum, dass das Verfahren (bzw. letztlich die fragliche Regel) selbst die erforderliche Breite unverfälscht garantiert bzw. beinhaltet, dass mithin die Voraussetzung effektiver Konsensfähigkeit besteht⁵¹⁵.
- 179 Materiell setzt die Vernunft sodann an einer inhaltlichen Wünschbarkeit an⁵¹⁶. Dazu scheint eine Rationalität notwendig, die sich in einer ganzheitlichen Logik ausdrückt⁵¹⁷. In sachlicher Hinsicht ist damit eine Ganzheitlichkeit gefordert, die die involvierten Interessen zum bestmöglichen Ausgleich führt⁵¹⁸. Ferner bedarf es (gewissermassen nach aussen) einer logischen Widerspruchsfreiheit zu anderen und vorangegangenen Normen⁵¹⁹. In sachlicher Hinsicht müssen Regeln also eine gewisse *Höhe* erreichen.
- 180 Daran schliesst sich an, dass die Regelgeber als persönliche Voraussetzung eine für die Erreichung von Höhe möglichst gute Qualifikation und damit eine gewisse Expertise aufweisen sollten. Es bedarf in persönlicher Hinsicht also einer gewissen *Tiefe*. Die hier angesprochene Expertise ist im Hinblick auf die angestrebte Ganzheitlichkeit nicht nur fachlich, sondern auch menschlich und ausgewogen zu verstehen sowie mit dem Zweck, die Glaubhaftigkeit bzw. das Vertrauen zu fördern. Die Ausübung der Expertise sollte zudem mit Blick auf den glaubhaft zu bewerkstellenden Interessenausgleich möglichst unbeeinträchtigt von Eigeninteressen zur Abwägung der involvierten (Dritt-)Interessen beitragen können.⁵²⁰
- 181 Nach dem Gesagten ergibt sich die Legitimation von Normen aus einer gewissen Breite, Höhe und Tiefe im Hinblick auf eine Konsensfähigkeit⁵²¹. Dazu bestehen im Rechtsstaat entsprechende Strukturen und Institutionen⁵²². Je grösser die Legitimationsdimensionen sind, desto höher ist der Legitimationsdruck

⁵¹⁴ Vgl. ZIPPELIUS, *Gerechtigkeit*, S. 140; ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, S. 116.

⁵¹⁵ Vgl. ZIPPELIUS, *Wesen*, S. 121 ff. zur grundsätzlichen Abklärung der Konsensfähigkeit innerhalb der rechtsstaatlichen Strukturen.

⁵¹⁶ Vgl. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, S. 117 f.

⁵¹⁷ Vgl. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, S. 115.

⁵¹⁸ Vgl. ZIPPELIUS, *Wesen*, S. 41 ff.; ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, S. 118.

⁵¹⁹ Vgl. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, S. 116, 120 f.

⁵²⁰ ZIPPELIUS, *Gerechtigkeit*, S. 81 ff.

⁵²¹ Vgl. im Übrigen auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 14 Rn. 322, der gerade für den SCBP den Konsens als zentrale Legitimationsquelle nennt.

⁵²² Vgl. ZIPPELIUS, *Wesen*, S. 121 ff.

einer Norm. Allerdings ist hier anzuerkennen, dass es bei diesen Legitimationsdimensionen nur um *Topoi* geht, die nie alle in den Maximalbereich reifen können, sondern höchstens in den Optimalbereich. So hat z.B. eine grössere Breite wahrscheinlich etwa immer eine geringere als die absolut mögliche Tiefe zur Folge.

Für die eingangs gestellte Frage, welche *Soft Law*-Regularien es verdienen, als mittelbare Pflichtbestimmung unter Art. 754 Abs. 1 OR berücksichtigt zu werden, kann sich die Rechtsprechung am Legitimationsdruck anhand der Legitimationsdimensionen orientieren⁵²³. Als Legitimationsreferenz kann dabei das staatliche bzw. objektive Recht gelten. Bei *Soft Law* steht zunächst das Demokratiedefizit und die dadurch fehlende Breite im Gegensatz zum staatlichen Recht in der Kritik⁵²⁴. Somit sollte eine gewisse Kompensation durch Höhe bestehen, die sich auch in der Tiefe nachvollziehen lässt. Bezüglich der Höhe dürften weiterhin auch Verhältnismässigkeit und Aktualität bedeutende Kriterien sein, die gerade mit echter Selbstregulierung besser erreicht werden können. Die institutionelle Absicherung des Erlassprozesses für sich ist wohl kaum ein eigenes Kriterium, begünstigt aufgrund der besseren Nachvollziehbarkeit der Legitimitätsdimensionen wohl aber die Anerkennungsfähigkeit von *Soft Law*-Regeln als mittelbare Pflichtbestimmungen.

Grundsätzlich – dies ergibt sich prinzipiell schon aus der Bezeichnung – sollte *Soft Law* für eine Anerkennung als mittelbare Pflichtbestimmungen persönlich und sachlich bestimmte Verhaltenserwartungen an seine Adressaten enthalten. Ferner sollten die als relevant betrachteten Regularien für die Pflichtbelasteten zugänglich sein und als bekannt vorausgesetzt werden können. Dies setzt kaum voraus, dass die betreffenden Regularien unentgeltlich erhältlich sind, allerdings müssen sie mindestens in einer schriftlichen Form vorliegen. Dies ist zu fordern, damit für die Adressaten die Verhaltenspflicht überhaupt erkennbar ist^{525, 526}.

Im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem die Geltung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (SCBP) von Interesse⁵²⁷. Die mittelbare Wirkung über Art. 717 Abs. 1 OR wird

⁵²³ In diesem Sinne die Aufgabe der Rechtsprechung als «Pfadfinder» der Konsensfähigkeit beschreibend ZIPPELIUS, Wesen, S. 125 f.

⁵²⁴ Vgl. KUNZ, FS Böckli 2006, S. 482; ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat, Rn. 141.

⁵²⁵ Vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 229, insbesondere da sich die Frage des restriktiv zu beurteilenden Verbotsirrtums nicht in derselben Schärfe stellt.

⁵²⁶ In Bezug auf das bisher in diesem Abschnitt Erwähnte im Ergebnis ähnlich auch SCHE-RER/FURT, CCZ 2015, S. 13; gl.M. WITHUS, CCZ 2015, S. 140.

⁵²⁷ Siehe dazu Rn. 173 hiervor.

hier grundsätzlich befürwortet⁵²⁸. Der vom Vorstand des Wirtschaftsdachverbandes *economiesuisse* genehmigte SCBP verfügt über eine grosse Breite. Nebst der Tatsache, dass die grossen Wirtschaftsverbände der Schweiz den SCBP explizit mittragen, hatten die Branchenorganisationen ähnlich einem staatlichen Vernehmlassungsverfahren ebenfalls Gelegenheit, die Entwürfe zu kommentieren⁵²⁹. Zu Recht wird hier aber darauf hingewiesen, dass es insofern an Breite fehlt, als der SCBP nicht demokratisch bestätigt ist und dessen Verabschiedung prozedural intransparent ist⁵³⁰.

185 Der von *economiesuisse* koordinierte Arbeitsausschuss war im Hinblick auf die Tiefe ausserdem mit namhaften fachlichen Grössen bestückt und ausgewogen aus Vertretern von Unternehmen, den Leitverbänden und der universitären Lehre zusammengesetzt⁵³¹. Die Höhe des Textes wird schliesslich in den vielen seit der Vorgängerversion von 2002 erschienenen Publikationen in der Fachliteratur kaum bezweifelt und insbesondere auch die aktuelle Interessenauseinandersetzung wird durch einen Grundlagenbericht des Arbeitsgruppenmitgliedes HOFSTETTER belegt⁵³². Der Text ist schliesslich auch frei zugänglich im Internet verfügbar. Strittig scheint einzig, ob die Pflichten des SCBP genügend konkretisiert sind, um Grundlage für eine Haftung zu sein⁵³³. Auch wenn der Text eher global gehalten ist, ist zunächst aber unfraglich, wen er adressiert: den Verwaltungsrat⁵³⁴. Sachlich enthält er ferner durchaus auch harte Elemente und klare Pflicht- bzw. Verhaltensvorstellungen⁵³⁵. Die Rechtsprechung hat hinsichtlich des SCBP soweit überblickbar noch nicht konkret zum mittelbaren Pflichtcharakter i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR über Art. 717 Abs. 1 OR Stellung bezogen. M.E. ist dieser mit der h.L. aber zu bejahen. Die relativierte Breite wird mitunter durch weitgehende Tiefe und Höhe kompensiert.

186 *Soft-Law-Regulieren* können zusammenfassend über Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR darstellen, soweit sie über eine in der Rechtsprechung geprüfte genügende Breite, Höhe und Tiefe

⁵²⁸ ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat, Rn. 36 m.w.H.; 713; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 14a; KUNZ, FS Böckli 2006, S. 487 f.; SCHNYDER, FS Böckli 2006, S. 580 f.; eher relativierend BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 156. Vgl. ferner in diesem Sinne BGE 131 III 38 E. 4.2.4, S. 43 f. in Bezug auf die «Richtlinien zur Unabhängigkeit» von EXPERTsuisse.

⁵²⁹ Vgl. Vorbemerkungen auf S. 4 f. des SCBP.

⁵³⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rn. 322.

⁵³¹ Vgl. Vorbemerkungen auf S. 5 des SCBP.

⁵³² Siehe HOFSTETTER, Grundlagenbericht 2014.

⁵³³ Vgl. ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat, Rn. 713.

⁵³⁴ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, S. 711; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rn. 318.

⁵³⁵ Vgl. dazu BÖCKLI, ST 11/2002, S. 984 ff.; SCHNYDER, FS Böckli 2006, S. 581.

verfügen. Insbesondere die Regeln des SCBP müssten einer solchen Prüfungsstandhalten. Die Wirkungen von *Soft Law*-Regularien bestehen sodann primär auf der Vermutungsseite⁵³⁶. Die hier vertretene Meinung lässt sich im Ergebnis mit dem Verständnis in Deutschland vereinbaren, das *Soft Law*-Regularien in technischen Bereichen, aber auch *Corporate Governance*-Regeln als antizipierte Sachverständigengutachten einordnet⁵³⁷. M.E. geht die Bezeichnung als (blosses) Sachverständigengutachten aber nicht weit genug. Zum einen kann relevantes *Soft Law* oft mehr Breite mitbringen und verfügt mindestens über dieselbe Tiefe wie Sachverständigengutachten. Soweit die Rechtsprechung zu einer *Soft Law*-Norm auch nur für den Einzelfall Stellung bezogen hat⁵³⁸, besteht im Hinblick auf die Rechtsgleichheit zum anderen schon ein gewisses berechtigtes, erhöhtes Vertrauen der Adressaten in Bezug auf die normative Richtigkeit des Verhaltensstandards. Dass sich die Rechtsprechung diesbezüglich abweichende Entscheidungen in der Zukunft vorbehält, kann diesen Effekt nur dämpfen, ihn aber nicht beseitigen.

(3) *Compliance* und *Legal Risk Management*

Unter *Compliance* bzw. *Legal Compliance* wird generell die Einhaltung des Gesetzes und anderer für eine Unternehmung anwendbarer Regeln verstanden. Es geht dabei nicht nur um das Ziel der Normeinhaltung an sich, sondern auch funktional als Teil des Internen Kontrollsystems (IKS) einer Unternehmung um organisatorische Strategien und Systeme zur Verhinderung von Normverstößen.⁵³⁹ Die diesbezüglichen grundsätzlichen organisatorischen Aufgaben sowie die Überwachung der anwendbaren Regeln gehören zunächst zu den undelegierbaren Pflichten des Verwaltungsrates nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR⁵⁴⁰. Weiter geht es damit bei *Compliance* aber auch um die Sorgfaltspflicht als solche⁵⁴¹. Gerade in Zusammenhang mit *Compliance* wird des Weiteren auch die Befolgung aussergesetzlicher Normen thematisiert. Ansatzpunkt ist dabei oft aber etwas enger nur die Reputation des Unternehmens, deren Integrität auch in aussergesetzlichen Belangen ins Zentrum rückt⁵⁴².

⁵³⁶ Siehe dazu Rn. 174 hiavor.

⁵³⁷ Vgl. KORT, FS Schmidt 2009, S. 959 f.; SCHERER/FURT, CCZ 2015 S. 13.

⁵³⁸ Vgl. dazu die Hinweise bei Fn. 475.

⁵³⁹ SETHE/ANDREOTTI, *Compliance*, S. 92; BUFF, *Compliance Management*, S. 4 f.

⁵⁴⁰ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a OR Rn. 6, 24.

⁵⁴¹ BUFF, *Compliance Management*, S. 2 f.; BUFF, *Compliance*, Rn. 123; SETHE/ANDREOTTI, *Compliance*, S. 97; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 Rn. 565.

⁵⁴² SETHE/ANDREOTTI, *Compliance*, S. 93 ff.; FORSTMOSER, *Liber Amicorum Watter*, S. 202 ff.

- 188 *Soft Law* und mittelbare Pflichtbestimmungen haben im Bereich der *Compliance*-Diskussion also ebenfalls eine entscheidende Bedeutung⁵⁴³. Insbesondere ist hier sodann die Frage von Interesse, was eine Selbstbindung an *Soft Law* bewirkt⁵⁴⁴. Nach der hier verstandenen Konzeption ist die umfassende Selbstbindung von Dritten zunächst ein Ausdruck für die generelle Breite einer Regelung. Die eigene Selbstbindung belegt durch die eigene Akzeptanz die geforderte Breite unabhängig von der Anerkennung der Regel durch Dritte umso mehr⁵⁴⁵. Soweit keine vertragliche Bindung zu einem unmittelbaren Pflichteneinschluss führt⁵⁴⁶, besteht m.E. keine unmittelbare Wirkung durch die Selbstbindung⁵⁴⁷, jedoch wird im Ergebnis eine verstärkt mittelbare Wirkung im Rahmen von Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR dadurch ausgelöst.
- 189 Antizipierende Teilaufgabe von *Compliance* ist es sodann auch, rechtliche Risiken oder breiter die Risiken der Nichteinhaltung von Regularien generell zu beurteilen und entsprechende Massnahmen in die Wege zu leiten. Sachlich handelt es sich dabei um *Risk* bzw. *Legal Risk Management*.⁵⁴⁸ Mittelbare Pflichtbestimmungen sind im Sinne der vorgängigen Ausführungen entsprechend auch in das *Legal Risk Management* einzubeziehen.

iii. *Business Judgment Rule*

- 190 Grundsätzlich bedarf es für die Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen einer Betrachtung *ex ante*: Die Sorgfalt bemisst sich nach dem Wissensstand zum Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung⁵⁴⁹. Bei der nachträglichen Beurteilung von Entscheiden der Geschäftsführung sollte sich der Richter darum grosse Zurückhaltung auferlegen, um einen Rückschaufehler (*hind-sight bias*) zu vermeiden⁵⁵⁰. Dies bezieht sich vor allem auf Fälle, in denen dem Verwaltungsrat *ex ante* mehrere valable Entscheidwege und insofern ein gewisses Ermessen offenstanden. Dies ist typischerweise im hier verstandenen Sinne bei

⁵⁴³ ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 110 f.; vgl. auch die Darstellung bei ROTH, Compliance, S. 44.

⁵⁴⁴ Vgl. für Entsprechenserklärungen in Bezug auf *Corporate Governance*-Codes etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 154.

⁵⁴⁵ Vgl. Rn. 177 hiervor.

⁵⁴⁶ Was im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR nicht befürwortet wird, vgl. Rn. 134 hiervor a.E.

⁵⁴⁷ Für eine Vertrauenshaftung wird es bei Organpersonen im Verhältnis zu Geschädigten im Übrigen regelmässig bereits an einer Sonderverbindung fehlen, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 154.

⁵⁴⁸ ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 225 ff.; SETHE/ANDREOTTI, Compliance, S. 99 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 Rn. 320.

⁵⁴⁹ BGE 139 III 24 E. 3.2., S. 26; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 6.

⁵⁵⁰ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 31c.

Ziel- bzw. Richtungsanweisungen im Gegensatz zu Handlungsanweisungen gegeben⁵⁵¹.

Dass sich ein Entscheid mit der nachträglichen Sicht der Dinge als falsch herausstellt, begründet entsprechend noch keine Sorgfaltspflichtverletzung⁵⁵². Mehr noch begründet auch ein Entscheiden unter gewissen Unsicherheiten keine Sorgfaltspflichtverletzung, sondern ist vielmehr notwendige Grundlage für ein wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen⁵⁵³. Die aus dem US-amerikanischen Rechtsraum stammende *Business Judgment Rule* (BJR) ist in der überwiegenden Lehre und in der Rechtsprechung auch in der Schweiz anerkannt⁵⁵⁴. Sie bietet Verwaltungsräten einen *safe harbor* in Form einer tatsächlichen Vermutung⁵⁵⁵ pflichtgemässen Handelns bzw. richterlicher Zurückhaltung in der Entscheidüberprüfung, soweit nach der bundesgerichtlichen Formel der Entscheid *ex ante* vertretbar war und in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis und in einem frei von Interessenskonflikten beruhenden Entscheidungsfindungsprozess getroffen wurde⁵⁵⁶. Auch in der Literatur werden (allerdings mit teilweise anderem Gehalt) vor allem die Aspekte des fehlenden Interessenkonfliktes⁵⁵⁷, der angemessenen Informationsbasis⁵⁵⁸ sowie der Vertretbarkeit⁵⁵⁹ (*ex ante*) einer Entscheidung genannt. Es findet über die BJR letzt-

⁵⁵¹ Vgl. dazu auch Rn. 156 f. hiavor.

⁵⁵² BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 586.

⁵⁵³ JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 34; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 581.

⁵⁵⁴ BGE 139 III 24 E. 3.2., S. 26; BAUDENBACHER/SCHWARZ, SZW 2016, S. 64 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. zur tatsächlichen bzw. natürlichen Vermutung auch die Hinweise in Fn. 484 für den vorliegenden Kontext.

⁵⁵⁶ BGer 4A_603/2014 E. 7.1.1; JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 33; BRUGGER/VON DER CRONE, SZW 2013, S. 185 f.; RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 187; GERHARD, SZW 2016, S. 256 f.; VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 616 ff., 626 f., die letzten beiden mit Anmerkungen zu Beweisfragen und der in der Schweiz nur vermeintlich bestehenden Vermutungswirkung der BJR, da sich an der Beweislast gemäss Art. 8 ZGB durch die BJR nichts ändert, sondern diese nur die Tiefe der richterlichen Überprüfung eines Entscheides beeinflusst.

⁵⁵⁷ Es geht dabei insbesondere um die mit der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR einhergehende Unbefangenheit bzw. Unabhängigkeit, vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 795; VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 619 f.

⁵⁵⁸ Breiter wird hier oft allgemein die sorgfältige Entscheidungsfindung angesprochen, vgl. JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 38; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 584; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 795.

⁵⁵⁹ Wobei hier auch angeführt wird, dass der Entscheid darüber hinaus *nachvollziehbar* sein müsse, vgl. NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 150 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 584 f., 591c ff. Separat wird teilweise noch das Erfordernis der gutgläubigen Entscheidung im Interesse der Gesellschaft erwähnt (JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 40; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 795), was NIKITINE mit einer Erklärung zur Sinnhaftigkeit der Verwendung in Delaware für die Schweiz als redundant fallen lässt, da dies im

lich eine Fokussierung auf ein korrektes Entscheidungsverfahren gegenüber einer inhaltlichen Überprüfung eines Entscheides statt⁵⁶⁰.

192 Geklärt scheint hierbei, dass keine Vermutung einer Pflichtverletzung vorliegt, soweit eine der genannten Voraussetzungen nicht besteht⁵⁶¹. Vielmehr prüft das Gericht den Entscheid dann umfassend ohne inhaltliche Zurückhaltung auf seine Fehlerhaftigkeit⁵⁶². Strittig bleibt indes, ob die BJR auf jeden Entscheid Anwendung findet oder nur auf besonders geartete Geschäftsentscheide⁵⁶³. Obwohl die Rechtsprechung das Kriterium des Geschäftsentscheides nennt, hat sie bisher soweit ersichtlich nicht weiter ausgeführt, was darunter zu verstehen ist⁵⁶⁴. Es sei hier darauf hingewiesen, dass gerade die US-amerikanische Praxis und Literatur diese Frage auch kaum behandelt⁵⁶⁵. Die qualifizierende Diskussion scheint in der Schweiz vielmehr aus Deutschland tradiert, wo die in § 93 Abs. 1 Satz 2 D-AktG kodifizierte BJR deren Anwendungsbereich ausdrücklich auf *unternehmerische* Entscheide beschränkt⁵⁶⁶. In den USA wird das Kriterium aber grundsätzlich nur benutzt, um zu bezeichnen, dass schlichte Untätigkeit im Gegensatz zu bewusstem Handeln oder Nicht-Handeln den Schutz der BJR nicht genießt⁵⁶⁷. Dies ist auch hierzulande unbestritten⁵⁶⁸.

193 Mehr lässt sich dem Kriterium des Geschäftsentscheides m.E. aber auch nicht abgewinnen⁵⁶⁹. Die Betonung liegt folglich auf dem Vorliegen eines Geschäftsentscheides als einem bewussten Entscheid statt auf dem Vorliegen eines besonders qualifizierten *Geschäftsentscheides* im Sinne eines Entscheides, der

Rahmen der Vertretbarkeit auch einbezogen werde, vgl. NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 225 ff. Zur Vertretbarkeit ferner RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 192 ff.

⁵⁶⁰ BAUDENBACHER/SCHWARZ, SZW 2016, S. 55, 65, 69.

⁵⁶¹ RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 191 f.

⁵⁶² BGer 4A_603/2014 E. 7.1.1. Mit der Formulierung des Bundesgerichtes scheint die sonst anerkannte *ex ante*-Betrachtung (BGE 139 III 24 E. 3.2., S. 26) in diesem Fall verloren zu gehen, was kaum die wirkliche Intention sein kann. Vgl. noch den kurz davor ergangenen Entscheid BGer 4A_219/2015 E. 4.2.1, der trotz ähnlichem Wortlaut keinen solchen Hinweis enthält (in beiden Fällen war die präsidierende Bundesrichterin dieselbe, jedoch nicht die Gerichtsschreiber).

⁵⁶³ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 794 m.w.H.; BAUDENBACHER/SCHWARZ, SZW 2016, S. 66.

⁵⁶⁴ Vgl. BISCHOF, SJZ 2014, Fn. 9.

⁵⁶⁵ Vgl. GRASS, BJR, S. 112; NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 163.

⁵⁶⁶ Vgl. GERHARD, SZW 2016, S. 257 ff. m.w.H.; SPINDLER, MüKo, § 93 Rn. 41 f.

⁵⁶⁷ Vgl. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984); *In Re Nutrisystem, Inc. Derivative Litigation*, 666 F. Supp. 2d 501, 511 (E.D. Pa. 2009); MERKT, US Gesellschaftsrecht, Rn. 932 f.

⁵⁶⁸ NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 168 f.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 794.

⁵⁶⁹ So wohl auch GERHARD, SZW 2016, Fn. 19.

noch zusätzliche Voraussetzungen erfüllen müsste.⁵⁷⁰ M.E. ist die Frage eines Verstosses gegen spezifische Handlungsanweisungen nicht über eine Definition des Geschäftsentscheides zu lösen, sondern nur über das Kriterium der Vertretbarkeit der Entscheidung. Erfolgt etwa die Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht, so ist dies im Lichte der gesetzten Handlungsanweisung generell unvertretbar, weil die Norm keinen Spielraum für einen anderen Weg eröffnet und es sich mithin um eine Ermessensüberschreitung handelt. Gerade hier zeigt sich auch deutlich, dass in gewissen Situationen aber doch noch enge Spielräume bestehen können, da mit der konkreten Aussicht auf Sanierung innert kurzer Frist für kurze Zeit noch mit der Anzeige zugewartet werden darf⁵⁷¹. Auch diese – letztlich unternehmerischen – Spielräume müssen, soweit sie vertretbar genutzt werden, von der BJR geschützt werden, und zwar unabhängig davon, wie der Entscheid klassifiziert wird.

Zusammenfassend sind der Vertretbarkeit ohnehin nicht zugänglich Entscheide, die in Ermessens- bzw. Spielraumsüberschreitung getroffen wurden. Das zusätzliche Kriterium eines besonders gearteten *Geschäftsentscheides* ist daher unnötig. Die Wirkung der BJR impliziert, dass bei Bestehen der übrigen Voraussetzungen⁵⁷² Entscheide nicht generell auf ihre *ex ante*-Unangemessenheit, sondern nur auf ihre *offensichtliche ex ante*-Unangemessenheit nachgeprüft werden. M.E. geht es dabei um eine offensichtlich unhaltbare Abwägung von Chancen und Risiken aus der *ex ante*-Perspektive, wofür es sinnvoll erscheint, an grobe Fahrlässigkeit anzuknüpfen⁵⁷³. Dem Element des Handelns im Gesellschaftsinteresse kommt daneben am Ende wohl keine eigenständige Natur zu, da es teils in der Frage der offensichtlichen Unangemessenheit schon enthalten ist, es andernfalls als Treupflichtverletzung neben der hier interessierenden auf einer Sorgfaltspflichtsverletzung basierenden Konstellation relevant bleibt und

⁵⁷⁰ Für ein entsprechend weites Verständnis auch GRASS, BJR, S. 113; im Ergebnis auch für ein erweitertes Verständnis GERHARD, SZW 2016, S. 259 ff. (unter Hinweis auf die wohl ähnliche Haltung in BGE 139 III 24 E. 3.2 und 3.3, S. 26 ff.) durch Übertragung der Konzeption der BJR in eine *Legal Judgment Rule*; a.A. NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 163 ff.; VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 612, 618 f.

⁵⁷¹ Vgl. BGE 132 III 564 E. 5.1, S. 573; WÜSTINER, BSK OR II, Art. 725 OR Rn. 40a.

⁵⁷² Wobei vor dem Hintergrund von Art. 8 ZGB die Nichteinhaltung wenigstens einer Voraussetzung in der Schweiz vom Kläger (im Gegensatz etwa zur Rechtslage in Deutschland und den USA) bewiesen werden muss (vgl. VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 626 f.; GERHARD, SZW 2016, S. 257 m.w.H.), was wiederum aufgrund der Beweislastumkehr bei negativen Tatsachen als effektiven Unterschied zur Rechtslage in Deutschland und den USA aber auch nicht überbewertet werden darf.

⁵⁷³ RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 192 f., 193. Die ablehnende Begründung bei RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 193 f. erscheint als zu formal, da sich die Sorgfaltspflicht und die objektive Seite des Verschuldens nach hier vertretener Ansicht tatsächlich überschneiden, vgl. Rn. 164 hiavor.

schliesslich in den übrigen Fällen nicht ersichtlich ist, weshalb vor dem Hintergrund der BJR ein Gericht besser als die Geschäftsführung in der Lage sein sollte, das Gesellschaftsinteresse zu konkretisieren⁵⁷⁴.

ff. Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR

- 195 Schon erwähnt wurde, dass die «Oberaufgabe» der mit der Geschäftsführung befassten Personen die Verfolgung des Gesellschaftsinteresses darstellt^{575, 576}. Die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR gebietet sodann, dass die Entscheidträger bei der Auswahl der Wegalternativen vor diesem Hintergrund mit dem nötigen Mass an Sorgfalt vorgehen. Die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR nimmt in dieser Konstellation sodann eine Sorgfaltspflicht besonderen Grades auf für den Fall, dass Eigeninteressen des Entscheidträgers mit den Gesellschaftsinteressen kollidieren⁵⁷⁷.
- 196 Entsprechend der Linie der allgemeinen Sorgfaltspflicht ist zunächst den Gesellschaftsinteressen auch hier grundsätzlich der Vorrang zu geben. Für diesen Teil geht die Treuepflicht im Prinzip noch nicht über das hinaus, was schon mit Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR statuiert ist. Akzentuiert beinhaltet Art. 717 Abs. 1 Var. 2 OR als eigentlicher Inhalt aber die Pflicht, dafür zu sorgen, dass sich auch eine nur mögliche Interessenkollision nachvollziehbar nicht negativ auf die Interessen der Gesellschaft auswirken kann⁵⁷⁸.
- 197 Zunächst sind in diesem Zusammenhang die besonderen Bestimmungen von Art. 718b OR über Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Vertretern zu verstehen. Im Einzelfall ist mit der Treuepflicht ferner etwa impliziert, dass *fairness opinions* für eine Transaktion einzuholen sind, um ein *dealing at arms length* zu belegen. In Betracht gezogen werden müssen gegebenenfalls die Genehmigung durch ein über- oder beigeordnetes Organ sowie der Ausstand einer Person von der Beratung und Beschlussfassung. Schliesslich ist Verwaltungsratsmitgliedern insbesondere etwa auch eine Konkurrenzierung der Gesellschaft untersagt und sie sind zur Verschwiegenheit in Bezug auf nicht öffentlich zugängliche Informationen der Gesellschaft sowie deren Nichtausnutzung verpflichtet.⁵⁷⁹ Das Bundesgericht setzt sodann strenge Massstäbe bei der Treue-

⁵⁷⁴ Vgl. VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 615 f.; RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, S. 192 f.; vgl. so auch in Zusammenhang mit der Klage auf Kosten der Gesellschaft Botenschaft Aktienrechtsreform 2016, S. 30.

⁵⁷⁵ Vgl. Rn. 158 hiervor.

⁵⁷⁶ Zum Begriff des Gesellschaftsinteresses vgl. auch eingehend DRENHAUS, Gesellschaftsinteresse, insbesondere mit einer Übersicht zum Meinungsstand auf S. 33 ff.

⁵⁷⁷ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717 OR Rn. 15.

⁵⁷⁸ Vgl. NIKITINE, Organverantwortlichkeit, S. 83 f.

⁵⁷⁹ Vgl. KUKO OR-SUNARIC, Art. 717 OR Rn. 6 ff.; eingehend SOMMER, Treuepflicht, S. 85 ff.

pflicht⁵⁸⁰ an⁵⁸¹. Im Übrigen sind Entscheide, die die Treuepflicht beschneiden, auch nicht der BJR zugänglich⁵⁸².

c. Kausalität

Nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen müssen auch bei 198 Art. 754 Abs. 1 OR ein natürlicher sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden bestehen⁵⁸³. Ersterer liegt entsprechend vor, wenn eine Pflichtverletzung nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg in Form des Schadens entfiel⁵⁸⁴. Der adäquate Kausalzusammenhang liegt sodann vor, soweit die Pflichtverletzung als adäquate Ursache des Schadensereignisses in dem Sinne zu verstehen ist, dass jene nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen, mithin der Schaden durch das pflichtverletzende Ereignis als begünstigt erscheint⁵⁸⁵.

Soweit die Pflichtverletzung auf einer Unterlassung basiert, ist der hypothetische Kausalzusammenhang massgebend⁵⁸⁶. Dieser ist gegeben, soweit mit 199 überwiegender Wahrscheinlichkeit eine rechtmässige Handlung den Schaden vermieden hätte⁵⁸⁷. Damit steht dem Beklagten dann auch nicht mehr der bei Handlungen mögliche Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens zur Verfügung⁵⁸⁸. Bei diesem fehlt es an der natürlichen Kausalität, wenn der entsprechende (Gegen-)Beweis dafür erbracht werden kann, dass eine rechtmässige Handlung den Schadenseintritt auch nicht hätte vermeiden können⁵⁸⁹. Nach

⁵⁸⁰ Im Sinne des akzentuierten eigenen Gehalts der Treuepflicht im Umgang mit Interessenkonflikten.

⁵⁸¹ BGE 139 III 24 E. 3.4., S. 28 f.

⁵⁸² Vgl. VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 614.

⁵⁸³ Vgl. LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 42 unter Hinweis auf die Behandlung der natürlichen Kausalität als Tatfrage und der adäquaten Kausalität als Rechtsfrage und sodann zum anwendbaren Beweismass in Rn. 50 mit entsprechenden Nachweisen.

⁵⁸⁴ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 48.

⁵⁸⁵ JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 49.

⁵⁸⁶ Vgl. LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 44 f., insbesondere auch zur Abgrenzung von der sog. hypothetischen Kausalität im Kontext von überholenden Kausalitäten.

⁵⁸⁷ KUKO OR-LEHMANN, Art. 754 OR Rn. 28; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 49; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 43.

⁵⁸⁸ BÜHLER, Kausalität, S. 71.

⁵⁸⁹ BGer 4A_61/2009, E. 5.2; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 46 ff.; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 42b; BÜHLER, Kausalität, S. 65 f., bezüglich der dogmatisch zu Recht fragwürdigen Einordnung bei der natürlichen

h.M. können schliesslich insbesondere schweres Selbstverschulden des Geschädigten, schweres Drittverschulden oder höhere Gewalt den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechen⁵⁹⁰.

d. Verschulden

200 Im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR wird für jedes Verschulden gehaftet, also für Vorsatz wie auch Fahrlässigkeit jeden Grades⁵⁹¹. Die Prüfung beschränkt sich hier grundsätzlich auf die subjektive Seite des Verschuldens, d.h. die Urteilsfähigkeit der potenziell haftpflichtigen Personen, da die objektive Seite des Verschuldens mit einer gegebenen Pflichtverletzung schon indiziert ist⁵⁹². Vor diesem Hintergrund ist die mit der Rechtsnatur bzw. der Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR zusammenhängende Frage von weitgehend untergeordneter Bedeutung⁵⁹³. Unbestritten ist nämlich, dass die Pflichtverletzung durch den Kläger zu beweisen ist, was die objektive Seite des Verschuldens üblicherweise mit abdeckt oder dem Beklagten letztlich ohnehin die Exkulpationsmöglichkeit entzieht⁵⁹⁴. Der Vollständigkeit halber sei aber nochmals erwähnt, dass hier von einer vertraglichen Natur von Art. 754 Abs. 1 OR ausgegangen wird⁵⁹⁵, womit das Verschulden – bzw. wie bereits erläutert genauer letztlich die Urteilsfähigkeit – des Beklagten an sich als vermutet zu gelten hat.

Kausalität vgl. *ders.*, S. 68 ff., der eine Einordnung sodann zustimmenderweise vielmehr im Rahmen der Pflichtwidrigkeit beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang sieht, gl.M. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 171; KRAMER, Kausalität, S. 299. Insofern handelt es sich auch beim rechtmässigen Alternativverhalten um eine Frage der Sorgfaltspflichtwidrigkeit (die nicht nur bei der Rechtswidrigkeit, sondern auch beim Verschulden zu beachten ist): Soweit das sorgfaltsgemässe Verhalten ebenso zum schädigenden Erfolg geführt hätte, ist das tatsächlich an den Tag gelegte unsorgfältige Verhalten für den Schaden nicht relevant und bleibt damit unbeachtlich.

⁵⁹⁰ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 59; JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 49.

⁵⁹¹ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 23; JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 50; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 51 ff.

⁵⁹² LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 74. Dies wenigstens, soweit in der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes nicht schon *per se* eine Pflichtverletzung gesehen wird. Andernfalls bedarf es bei der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes einer gesonderten Prüfung der objektiven Seite des Verschuldens, bei der zu klären ist, ob auch eine (objektive) Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 23.

⁵⁹³ Siehe dazu Rn. 111 hiervor.

⁵⁹⁴ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 74.

⁵⁹⁵ Vgl. Rn. 106 ff. und 125 f. i.V.m. Rn. 114.

Die Urteilsfähigkeit wird aber grundsätzlich ohnehin vermutet⁵⁹⁶, weshalb der Regel kein eigener Gehalt zukommt⁵⁹⁷.

e. Anspruchsberechtigung und klageweise Durchsetzung

In der Literatur und Rechtsprechung wird im vorliegenden Zusammenhang statt von Anspruchsberechtigung jeweils auch von Aktivlegitimation gesprochen⁵⁹⁸. Da dieser Begriff hier verwirrend sein kann, wird er nachfolgend vermieden und es wird stattdessen jener der Anspruchsberechtigung verwendet⁵⁹⁹.

Wie bereits erwähnt, ist umstritten, wer Träger des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR ist⁶⁰⁰. Dies ist ausser Konkurs zunächst nach einhelliger Meinung mindestens die Gesellschaft. Bezüglich einer möglichen eigenen Anspruchsberechtigung der Aktionäre sowie im Konkurs der Gläubiger, der Gesellschaft und der durch die Rechtsprechung eingeführten Gläubigergesamtheit, bestehen aber vor dem Hintergrund eines unklaren Gesetzeswortlautes Meinungsdivergenzen. Die hier interessierende Frage der Anspruchsberechtigung ist zunächst unabhängig davon, wer einen Anspruch durchsetzen kann, und grundsätzlich auch unabhängig davon, an wen das Prozessergebnis geleistet werden soll. Jedes Resultat kann nämlich unabhängig von der Frage der Anspruchsberechtigung auch über einen direkt geltend gemachten Anspruch oder eine Prozessstandschaftskonstruktion bzw. allenfalls über eine spezielle Auszahlungsmodalität des Prozessergebnisses erzielt werden⁶⁰¹.

Die Rechtsprechung hat sodann richtigerweise als treibende Feder der bestehenden Meinungsdivergenzen besonders die Einrede- und Einwendungslage

⁵⁹⁶ Vgl. VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, S. 157 ff., 162 f. jeweils m.w.H.; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, Art. 16 ZGB Rn. 2 mit Hinweisen zur entsprechenden Rechtsprechung.

⁵⁹⁷ Beziehungsweise grundsätzlich nur, soweit in der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes nicht schon *per se* eine Pflichtverletzung gesehen wird. Hier wäre dann immerhin die Wirkung dergestalt, dass mit einer gegebenen Verletzung eines absoluten Rechtsgutes die Sorgfaltspflichtverletzung durch den Kläger nicht mehr zu beweisen wäre. Bei einer (im vorliegenden Zusammenhang, in dem es vornehmlich um reine Vermögensschäden geht, auch sekundären) kausalen Verletzung eines absoluten Rechtsgutes wird sodann aber regelmässig auch eine Sorgfaltspflichtverletzung gegeben sein, was auch hier für die Vermutungsregel nur einen äusserst marginalen Anwendungsbereich lässt. Vgl. Fn. 592; siehe weiter auch JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 852 ff.

⁵⁹⁸ Vgl. Rn. 53 hiervor.

⁵⁹⁹ Vgl. Rn. 57 ff. hiervor.

⁶⁰⁰ Vgl. insgesamt zu dieser strittigen Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *persönlicher Hinsicht* Rn. 49, 61, 54 ff., 74 und 89 f. hiervor.

⁶⁰¹ Vgl. Rn. 54 ff. hiervor.

erkannt⁶⁰². Nach dem letzten Stand der Entwicklung der Rechtsprechung sollen demnach insbesondere gegenüber den Gläubigern im Konkurs keine Einreden bzw. Einwendungen bestehen, die auf der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkursöffnung beruhen.⁶⁰³ Einzuschliessen sind hier aber nicht nur die schutzwürdigen Interessen von Gläubigern im Konkurs, sondern auch diejenigen von (Minderheits-)Aktionären in der aufrecht stehenden Gesellschaft: Auch diesen soll nichts entgegengehalten werden können, was lediglich auf der Willensbildung der Gesellschaft und nicht auf ihrer eigenen beruht⁶⁰⁴. Diese Wertung wird schliesslich auch durch die Regelung der Décharge in Art. 758 Abs. 1 OR bestätigt.

204 In Anbetracht des berechtigterweise von der Rechtsprechung verfolgten Resultats ist m.E. auch die Frage der Anspruchsberechtigung aufzulösen. So zeigt sich, dass die mit der modifizierten «Raschein-Praxis» verfolgten Ziele bezüglich der Einrede- und Einwendungslage grundsätzlich auch über die gesamthafte Anwendung⁶⁰⁵ der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* verwirklicht werden können. Die Konstellation entspricht folglich jener eines echten Vertrages zugunsten Dritter. Promittent ist dabei die Organperson, als Promissare stellen sich Aktionäre bzw. Gläubiger dar und als Dritte bzw. Begünstigte gilt die Gesellschaft. Aktionäre – und im Konkurs auch Gläubiger – haben dabei einen eigenen Anspruch auf die Erfüllung der Forderung der Gesellschaft. Die Gesellschaft hat ihrerseits einen Anspruch auf die Erfüllung ihrer Forderung⁶⁰⁶. Die Möglichkeit zur Prozessführung für diesen Anspruch geht mit der Konkursöffnung sodann auf die Konkursverwaltung für die Eintreibung zu Händen der Konkursmasse über⁶⁰⁷. Genauso steht ihr kraft Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR auch die Eintreibung der Ansprüche der Gläubiger (bzw. der Aktionäre) bis zum entsprechenden Verzicht der Konkursverwaltung zu. Nach dem Verzicht können

⁶⁰² Vgl. auch JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 747; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 69 f.

⁶⁰³ Vgl. BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351; BGE 136 III 148 E. 2.5, S. 151; BGE 136 III 107 E. 2.5.2, S. 109; BGE 136 III 322 E. 4.5, S. 332; ferner vgl. Rn. 88 hiavor.

⁶⁰⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen unter Rn. 69 f.

⁶⁰⁵ Ausser wie auch in Konkurs auf der Grundlage von Art. 756 OR bzw. Art. 757 Abs. 1 OR.

⁶⁰⁶ Als Grundlage ist dabei generell Art. 754 Abs. 1 OR zu sehen, was mit der Wortwahl «neben der Gesellschaft» in Art. 756 OR verdeutlicht wird.

⁶⁰⁷ Was für den Anspruch der Gesellschaft grundsätzlich unabhängig von der Regelung in Art. 757 OR ist und letztlich auf Art. 197 Abs. 1 und 240 SchKG basiert. Vgl. zu den divergierenden Meinungen, woraus sich diese Möglichkeit der Prozessführung der Konkursverwaltung ergibt, sodann LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rn. 1161 ff. mit der *conclusio* in Rn. 1170, dass diese auf einer gesetzlichen Vertretung (und insbesondere keiner Prozessstandschaft) der konkursiten Gesellschaft (die selbst aufgrund von Art. 237 f. SchKG keine Prozesse mehr anheben kann und die nach Art. 204 SchKG einer Beschränkung ihrer Verfügungsbefugnis unterliegt) beruht.

diese ihre Ansprüche gemäss Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR alsdann selbst geltend machen.

Art. 757 Abs. 3 OR erhält dabei nach Verzicht der Konkursverwaltung einen Sinn, weil die Gläubiger sich zusätzlich zu ihren eigenen Ansprüchen auch die Ansprüche der Gesellschaft nach Art. 260 SchKG abtreten lassen können. In diesem Fall kommt nicht die Auszahlungsmodalität gemäss Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR zum Tragen, sondern diejenige nach Art. 260 Abs. 2 SchKG. Einem klagenden Gläubiger⁶⁰⁸ ist so nur ein unverhofftes Prozessergebnis bzw. ein *windfall profit*⁶⁰⁹ ermöglicht, soweit er ähnlich der Konkursverwaltung im Interesse aller Gläubiger vorgeht. Der besagte *windfall profit* geht hier also nicht über das hinaus, was mit der Eintreibung der Konkursverwaltung ohnehin hätte erreicht werden können, und ist letztlich auch ein berechtigter Klageanreiz im Sinne der Gläubigergesamtheit. Schliesslich bedarf es so keines besonders gearteten Anspruches der Gläubigergesamtheit. Die im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger tätige Konkursverwaltung muss sich nämlich mit der gesamthafte Geltendmachung der Individualansprüche der Gläubiger sowie der Ansprü-

⁶⁰⁸ Selbst wenn Art. 260 Abs. 1 SchKG Aktionäre nennen würde, wäre mit RASCHEINS Feststellungen faktisch immer noch (wenigstens soweit Altruismus nicht vorausgesetzt werden kann) ausgeschlossen, dass ein Aktionär klagt, weil die Gesellschaft sonst nicht überschuldet wäre, vgl. dazu Rn. 72 hiervor mit den entsprechenden Anmerkungen. Notwendig wäre vielmehr die Aufnahme einer Begünstigung der Aktionäre auch in Art. 260 Abs. 2 SchKG (ähnlich Art. 757 Abs. 3 OR).

⁶⁰⁹ Mit der von BÖCKLI im hiesigen Zusammenhang geprägten Terminologie kann auch aus diesem Blickwinkel von einem «*windfall profit*» gesprochen werden (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 229, 375). Der Profit kann nämlich einem Gläubiger unverhofft erwachsen, da sein individueller Anspruch aufgrund entgegensteher Einreden oder Einwendungen versperrt ist und/oder er ferner im gesamten Umfang seiner Forderung Deckung erhalten kann. Da er aber für die Befriedigung der Forderungen anderer Gläubiger den Weg ebnen kann (sei es direkt durch Ablieferung eines Mehrerlöses in die Masse, vgl. Art. 260 Abs. 2 SchKG, oder durch Eröffnung einer Nachklage der Konkursverwaltung oder nachfolgender Abtretungsgläubiger, vgl. in diesem Zusammenhang die übliche Befristung der Abtretung für den Fall, dass der Abtretungsgläubiger den Anspruch nicht (vollständig) geltend macht, den Entscheid des Kantonsgerichtes Basellandschaft (Aufsichtsbehörde SchKG) vom 2. März 2010 i.S. M. gegen Konkursamt Y. (200 10 109/ZWH), E. 2), handelt er letztlich immer im Interesse der Gläubigergesamtheit. Dies im Gegensatz zum Fall, bei dem ein Gläubiger seinen Individualanspruch nach Art. 757 Abs. 2 OR geltend macht, ohne dass er mehr als seinen eigenen Schaden einklagt (was rationalerweise aus Kostengründen regelmässig zu erwarten ist): Wegen der verschiedenen Forderung und der dabei zugrunde liegenden potenziell anderen bzw. individualisierten Sachlage (und der dem folgend anderen Einrede- und Einwendungslage) ist hier nämlich keine Nachklage oder auch nur Klage auf derselben Grundlage auf vereinfachtem Wege ermöglicht. Gläubiger, die ihren Individualanspruch nach Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen, gehen demnach rationalerweise primär im eigenen Interesse vor, ohne dass die Gläubigergesamtheit direkt etwas davon hat.

che der Gesellschaft weder Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen, die auf der Willensbildung nur einzelner Gläubiger beruhen, noch solche, die sich einzig aus der Willensbildung der Gesellschaft ergeben.

206 Auf die Einrede- und Einwendungslage hat die genannte Konzeption detaillierter betrachtet folgende Auswirkungen: Soweit ein *Gläubiger oder Aktionär klagt*, sind Einreden der beklagten Organperson bezüglich des *Valutaverhältnisses*, also des Verhältnisses zwischen Gesellschaft und klagendem Gläubiger bzw. Aktionär (bzw. allenfalls der Konkursverwaltung), grundsätzlich unzulässig⁶¹⁰. In dieser Klagekonstellation können Einreden und Einwendungen aus dem *Deckungsverhältnis* mit den vorliegenden Klägern, also dem Verhältnis zwischen beklagter Organperson und klagenden Gläubigern bzw. Aktionären (bzw. allenfalls der Konkursverwaltung), aber prinzipiell unbeschränkt vorgebracht werden, soweit gegenüber diesen nicht gültig darauf verzichtet wurde⁶¹¹. Dass sich andersherum die *von der Gesellschaft* beklagte Organperson auf Einreden und Einwendungen aus dem gerade erwähnten *Deckungsverhältnis* berufen kann, ist ausgeschlossen, soweit ihr diese auf der Seite der Aktionäre bzw. Gläubiger nicht gesamthaft gegen alle Aktionäre bzw. Gläubiger zustehen^{612, 613}. Dies ist der Fall, weil das Verständnis der Konzeption in Bezug auf das Verhältnis der jeweiligen Aktionäre bzw. Gläubiger unter sich hier auf individuellen Einzelansprüchen in Alleingläubigerschaft beruht und nicht etwa auf einer Solidar-, übrigen Einzel- oder gemeinschaftlichen Gläubigerschaft⁶¹⁴. Die Handlungen eines einzelnen Aktionäres bzw. Gläubigers haben damit keinen Einfluss auf die Stellung der anderen.

207 Das Verhältnis zwischen dem Anspruch der Gesellschaft und den individuellen Ansprüchen der Aktionäre bzw. Gläubiger ist sodann aber als ungleichberechtigte bzw. übrige Einzelgläubigerschaft zu qualifizieren, da die Gesellschaft einerseits und Aktionäre bzw. Gläubiger andererseits die Leistung parallel und unabhängig, jedoch nur an die Gesellschaft verlangen können⁶¹⁵. Darüber hin-

⁶¹⁰ KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1418, 568.

⁶¹¹ KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1418, 566.

⁶¹² Es gilt ansonsten aber der Grundsatz der Zulässigkeit der entsprechenden Einreden und Einwendungen mit zahlreichen Ausnahmen, vgl. KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1273 ff.

⁶¹³ Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, dass sich die beklagte Organperson gegenüber der klagenden Gesellschaft insbesondere nicht auf Einreden und Einwendungen aus dem *Valutaverhältnis* berufen kann, vgl. KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1322 f., ferner auch Rn. 1329.

⁶¹⁴ Die sich grundsätzlich auf nur einen Anspruch der gesamthaften Gläubiger- bzw. Aktionärschaft beziehen würden, vgl. zu den Begriffen auch KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1423 ff.; HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 2318 ff.

⁶¹⁵ Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1426 ff.

aus haben vor dem Hintergrund einer Unwiderruflichkeit i.w.S. die *Gläubiger* bzw. *Aktionäre* trotz Einzelgläubigerschaft keinen Einfluss auf die Forderung im *Leistungsverhältnis*⁶¹⁶. Sie können so nur über ihren persönlichen Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft disponieren, ohne dass der Anspruch oder die Forderung der Gesellschaft damit berührt würde⁶¹⁷.

Die *Gesellschaft* kann mit Bezug auf das *Leistungsverhältnis* auf der anderen Seite zunächst auf dieselbe Weise unabhängig von der zugrundeliegenden Forderung frei über die eigene Geltendmachung des Anspruches aus Art. 754 Abs. 1 OR verfügen, ohne dass dies jedoch klagenden Gläubigern bzw. Aktionären entgegengehalten werden kann. Mit Bezug auf die zugrunde liegende Forderung ist ihre Dispositionsmöglichkeit im Ausgangspunkt ebenso frei⁶¹⁸. Da die gesetzliche Regelung der Ansprüche der Aktionäre bzw. der Gläubiger aber nach h.M. zwingender Natur ist⁶¹⁹, sollte m.E. ausgeschlossen sein, dass direkte oder indirekte⁶²⁰ Dispositionen der Gesellschaft bezüglich der Forderung selbst *vorgängig* zu deren Entstehen ihre Durchsetzung erschweren oder hindern können⁶²¹. 208

Nachgängig zum Entstehen der Forderung zeigt sich, dass das diesbezügliche Dispositionswirken bei der Aktiengesellschaft faktisch beschränkt ist: Grundsätzlich ist der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführung mit dem Paritätsprinzip allein zuständig für diesbezügliche Dispositionen⁶²². Von Ausnahmen abgesehen, in denen ungetreue und schikanöse Streitführung von (einzelnen) Aktionären erwartet werden muss oder in denen es um einen redlichen und ausgewogenen Vergleich geht, wird es somit unter dem Risiko einer möglichen Eigenhaftung der entscheidenden Organ nach Art. 754 Abs. 1 OR kaum zulässig sein, dass die Durchsetzung der allfällig bestehenden Forderung im Leistungsverhältnis zulasten der Aktionäre erschwert wird. Wegen den bei solchen Fragen oft im Raum stehenden Interessenkonflikten kann sich der Verwaltungsrat bei solchen Entscheiden in der Regel auch nicht auf die BJR berufen⁶²³. Stimmt der Verwaltungsrat in solchen Situationen einem Vergleich zu, so ist we- 209

⁶¹⁶ Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1228 ff., 1232.

⁶¹⁷ KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1419.

⁶¹⁸ KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter, Rn. 1341 ff.

⁶¹⁹ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 62; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 593; SCHNELLER, Fusion, S. 393; GARBARSKI, Responsabilité, S. 195 f.; KRNETA, Verwaltungsrat, Rn. 2064.

⁶²⁰ Womit hier auch bewusste und unbewusste Unterlassungen (gerade in Bezug auf die Verjährung) eingeschlossen sind, vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 167.

⁶²¹ Vgl. die ähnliche Lage in Bezug auf (notgedrungen vorgängige) Freizeichungsklauseln, siehe dazu JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 599 ff.; sodann auch Fn. 39 a.E.

⁶²² Siehe zur Parität auch Rn. 137 hiervor.

⁶²³ Vgl. dazu Rn. 191 hiervor.

nigstens eine *fairness opinion* durchaus sinnvoll. Des Weiteren wird auch einem von der Generalversammlung bestellten, ausserhalb von Interessenkonflikten stehenden Prozessvertreter die Kompetenz zum Abschluss eines Vergleiches zukommen müssen⁶²⁴.

- 210 Es zeigt sich also die Lage, dass mit Bezug auf die dem Leistungsverhältnis zugrunde liegende Forderung für die Gesellschaft in diesem Sinne auch weitgehend Unwiderruflichkeit besteht. Dabei ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass Gläubigern Dispositionen der Gesellschaft bezüglich der Forderung selbst entgegengehalten werden können, da ihr eigener Anspruch erst mit dem Konkurs der Gesellschaft entsteht. Alle vor dem Konkurs ergangenen diesbezüglichen Dispositionen sind damit als «vorgängig» zu betrachten und nach hier vertretener Ansicht ohne Wirkung auf die zugrunde liegende Forderung im Leistungsverhältnis. Klagenden Gläubigern kann also insbesondere nicht eine statutarische Schiedsklausel oder die relative Verjährung der Forderung entgegengehalten werden⁶²⁵. Auch den Aktionären kann ohne deren weiteres Zutun (unter der jetzigen Gesetzeslage) keine statutarische Schiedsklausel entgegengehalten werden⁶²⁶. Dem beklagten Organ bleibt allerdings stets die Verrechnungsmöglichkeit mit Forderungen seinerseits gegen die Gesellschaft⁶²⁷. Im Übrigen kann die beklagte Organperson auch alle persönlichen Einreden gegen den Kläger vorbringen⁶²⁸. Im Wesentlichen entspricht die geschilderte Lage damit in

⁶²⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang zum von der Generalversammlung bestimmten Prozessvertreter auch *de lege lata* und *de lege ferenda* FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 196 f.; siehe Art. 756 Abs. 2 E-OR 2016, ferner zur analogen Regelung in Art. 678 Abs. 5 E-OR 2016 Botschaft Aktienrechtsreform 2016, S. 132.

⁶²⁵ Vgl. BGE 136 III 107 E. 2.5.2, S. 109; BGE 136 III 322 E. 4.5, S. 332.

⁶²⁶ Vgl. zu der diesbezüglichen Rechtslage und den Reformbestrebungen in der laufenden Aktienrechtsreform Rn. 153 hiervor m.w.H.

⁶²⁷ Vgl. BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351. LÖTSCHER, Prozessesstandschaft, Rn. 271 ff. hält ansonsten zutreffend fest, dass diese Verrechnung bei einer Klage eines Gläubigers oder Aktionärs auch innerhalb eines entsprechenden Prozesses aussergerichtlich mit einer Erklärung der beklagten Organperson an die Gesellschaft erfolgen muss.

⁶²⁸ Soweit dies klagende Gläubiger im Konkurs betrifft, besteht hier offenbar eine Abweichung von der momentan bestehenden modifizierten «Raschein-Praxis» (BGE 136 III 148 E. 2.5, S. 151). Es ist aber nicht einzusehen, warum ein Gläubiger durch den Konkurs der Gesellschaft mit seinem eigenen Anspruch plötzlich privilegiert sein und einen entsprechend unerhofftes Prozessergebnis bzw. ein *windfall profit* einfahren können soll (vorab, da er vor dem Hintergrund von Art. 757 Abs. 2 OR regelmässig nur in eigenem Interesse klagen wird, vgl. Fn. 609 a.E.) bzw. mehr Rechte erhalten soll, als er ohne den Konkurs je gehabt hätte, was auch vom Bundesgericht *mutatis mutandis* nicht als das Ziel der «Raschein-Praxis» betrachtet wird, vgl. BGE 136 III 107 E. 2.5.2, S. 109. Dem Gläubiger steht aber frei, mit einer Abtretung nach Art. 260 SchKG den einredefreien Anspruch – dann aber im Interesse der Gläubigergesamtheit – geltend zu machen. Ein allfällig so entstehender *windfall profit* eines Gläubigers wird vorliegend

Bezug auf die Einrede- und Einwendungslage im Ergebnis so der aktuell von der Rechtsprechung verfolgten modifizierten «Raschein-Praxis»⁶²⁹.

Die hier bestehende Konzeption hat auch die Auswirkung⁶³⁰, dass ein Urteil oder ein Vergleich die Aktionäre und Gläubiger sowie die Organperson primär nur insoweit bindet, als diese darin inkludiert sind. Einem von Aktionären und Gläubigern erstrittenen Urteil bezüglich einer beklagten Organperson kommt so für Prozesse von anderen klagenden Aktionären oder Gläubigern bzw. der klagenden Gesellschaft keine *res iudicata*-Wirkung zu⁶³¹. Vielmehr müssen sich die klagenden Aktionäre oder Gläubiger bzw. die klagende Gesellschaft die vor dem Hintergrund dieses Urteils (genau wie auch auf anderer Grundlage) von der Organperson geleisteten Beträge anrechnen lassen⁶³², weil die Forderung der Gesellschaft im Leistungsverhältnis durch Erfüllung⁶³³ im entsprechenden Umfang untergegangen ist. Es besteht für die beklagte Organperson also mit der Leistung auf das vorgängige Urteil eine Einwendung.

Soweit die Gesellschaft sodann ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, sind die Aktionäre oder Gläubiger von einer Nachklage ausgeschlossen, weil die Höhe der Grundforderung des Leistungsverhältnisses damit grundsätzlich als praktisch unumstössliche Tatsache vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 1 ZGB festgelegt wurde. Die Aktionäre oder Gläubiger können damit nur noch im festgelegten Umfang auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Ähnlich der zuvor geschilderten Situation steht der beklagten Organperson für den überschüssenden Betrag sodann eine Einwendung zur Verfügung. Eine eigentliche *res iudicata*-Wirkung (mit der Folge einer entsprechenden prozessrechtlichen Einredemög-

dann als gerechtfertigter Klageanreiz für ein Vorgehen im Interesse der Gläubigergesamtheit verstanden, vgl. Rn. 205 hiervor m.w.H. Vgl. ferner HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 250, der richtigermassen die Bedenken zu möglichen *windfall profits* auf der Seite der Organperson bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 229i in der Situation ausser Konkurs zulasten der Aktionäre zerstreut (was nach dem hiesigem Verständnis auch auf *windfall profits* in der Situation in Konkurs zulasten der Gläubiger zutrifft), weil ein entsprechendes Urteil die Gesellschaft nicht bindet und ihr gegenüber mithin dadurch keine *res iudicata* besteht, vgl. dazu auch Rn. 212 hiernach. Die Organperson kann also nicht zufällig besser gestellt sein – je nachdem, wer sie wie belangt – und entsprechende *windfall profits* bestehen bei der Organperson nicht.

⁶²⁹ Vgl. Rn. 84 hiervor.

⁶³⁰ Vgl. hierzu auch die entsprechenden generellen Anmerkungen in Bezug auf die *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* bei Rn. 70 hiervor.

⁶³¹ Was die Gefahr einer Strohmannprozessführung (mit einem günstigen Ergebnis für die beklagte Organperson) durch einen Aktionär zulasten der anderen eindämmt, vgl. HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 248.

⁶³² Vgl. HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 250.

⁶³³ Vgl. Art. 114 Abs. 1 OR.

lichkeit⁶³⁴) kann am Ende nur zwischen den prozessbeteiligten Aktionären, den Gläubigern und der Gesellschaft einerseits sowie den beklagten Organperson(en) andererseits bestehen, soweit der Entscheid dann rechtskräftig ist.

213 Im Anschluss an das eben Ausgeführte ergibt sich, dass in Bezug auf die Litispandez grundsätzlich keine Sperrwirkung für Parallelprozesse anderer Aktionäre, Gläubiger oder der Gesellschaft besteht bzw. dem folgend der Organperson in Parallelprozessen keine solche (prozessrechtliche) Einrede zukommt. Das Problem der Klagekoordination und der damit einhergehenden Sicherstellung sich nicht widersprechender Urteile ist damit aber nicht so gross, wie zu befürchten ist. Die potenziellen Parallelprozesse schaden primär nämlich der Organperson⁶³⁵, weshalb diese vor allem einen Anreiz hat, diese Situation zu verhindern. Der Gefahr von unzähligen Parallelprozessen mit Aktionären oder Gläubigern kann eine Organperson entgegen, indem sie einerseits auf die Vereinigung der Verfahren nach Art. 125 lit. c ZPO hinwirkt. Andererseits (und sinnvollerweise wohl in Kombination mit Vorherigem) kann sie, soweit die Gesellschaft noch an keinem Prozess beteiligt ist, diese mit einer negativen Feststellungsklage belangen⁶³⁶. Vor dem Hintergrund des Problems der Parallelprozesse und der für die Organperson bestehenden latenten Rechtslage ohne die Klärung mit Involvierung der Gesellschaft sollte das Feststellungsinteresse an sich in der Regel ohne grössere Probleme bejaht werden können⁶³⁷. Gewissermassen als Leitprozess stellt sich am Ende der Prozess der Organperson mit der Gesellschaft dar. Die anderen Prozesse könnten ferner nach Art. 126 Abs. 1 ZPO zur Begünstigung der Klagekoordination ebenfalls sistiert werden, insbesondere wenn eine Vereinigung wegen unterschiedlichem Instanzenstand nicht in Frage kommt.

214 Mit Bezug auf einen (aussergerichtlichen) Vergleich gilt *mutatis mutandis* das eben zum Urteil Erwähnte. Im Ergebnis kann eine Organperson eine potenzielle Forderung also durchaus übersichtlich auch mit Vergleich endgültig erledigen, was ihr in einem Prozess eine entsprechende Einwendung verschafft. Sie muss dazu lediglich die Gesellschaft in den Vergleich einbeziehen⁶³⁸. Tatsächlich ist die Vergleichsmöglichkeit damit für die Organperson nicht sonderlich erschwert⁶³⁹. Auf Seiten der Gesellschaft (und der aktuellen Organperson

⁶³⁴ Vgl. zur Terminologie JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 865.

⁶³⁵ Einstehen muss die Organperson nämlich letztlich für den am höchsten zugesprochenen Betrag in einem der Prozesse, vgl. dazu Rn. 70 hiervor.

⁶³⁶ Auch kann die Organperson einen entsprechenden Vergleich mit der Gesellschaft anstreben, vgl. dazu noch Rn. 213.

⁶³⁷ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 14 Rn. 25 f.

⁶³⁸ Vgl. HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV, S. 250.

⁶³⁹ Entgegen der in Rn. 70 hiervor geäusserten Befürchtung.

nen) müssen für den Abschluss eines Vergleiches dann aber allenfalls gewisse Aspekte berücksichtigt werden⁶⁴⁰.

Eine Einwilligung⁶⁴¹ oder ein Selbstverschulden⁶⁴² kann von der Organperson schliesslich nur der betreffenden Person selbst entgegengehalten werden, erschwert aber generell sonst nicht die Durchsetzung der Forderung für andere Kläger. Der nachträgliche Verzicht in Form der Décharge kann in der Linie der hier vertretenen Konzeption in Übereinstimmung mit Art. 758 Abs. 1 OR zunächst nur den zustimmenden Aktionären und der Gesellschaft entgegengehalten werden. Die Regelung der Décharge hat letztlich einen eigenen Gehalt in dem Sinne, dass gemäss Art. 758 Abs. 2 OR nach Ablauf der sechsmonatigen Verwirkungsfrist die Aktionäre ihrer Ansprüche verlustig gehen. Die Décharge kann den Gläubigern im Konkurs nach strittiger, aber h.M. jedoch nicht entgegengehalten werden, da sie einerseits in Art. 758 Abs. 1 OR nicht erwähnt werden und es sich bei ihnen andererseits nicht um einen nachträglichen, sondern um einen Verzicht im Voraus handelt⁶⁴³. Im Übrigen sei hier der Vollständigkeit halber neben den bisher angesprochenen *abhängigen* Einreden und Einwendungen auch noch erwähnt, dass der Organperson auch *unabhängige* Einreden und Einwendungen mit der hier angenommenen Konzeption genauso wie bei den anderen Theorien zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens erhalten bleiben⁶⁴⁴.⁶⁴⁵ Die Konzeption hat gerade im Gegensatz zur modifizierten «Raschein-Praxis» also keinen Einfluss darauf, dass die Organperson sich nicht im selben Ausmass auf eine Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges (wegen höherer Gewalt oder grobem Drittverschulden) oder ein rechtmässiges Alternativverhalten berufen könnte.

Zusammenfassend sollte m.E. also von folgenden Anspruchsberechtigungen (Qualifikation in *persönlicher Hinsicht*) ausgegangen werden: Der Gesellschaft und den Aktionären generell sowie in Konkurs auch den Gläubigern stehen jeweils auf Grundlage von Art. 754 Abs. 1, Art. 756 und Art. 757 Abs. 1 eigene Ansprüche auf Leistung an die Gesellschaft zu. Die Durchsetzung dieser eigenen Ansprüche nimmt jeder Anspruchsberechtigte grundsätzlich in seinem eigenen Namen vor. Im Konkurs wird die Gesellschaft jedoch gesetzlich zwingend durch die Konkursverwaltung vertreten. Daneben steht im Konkurs der Gesell-

⁶⁴⁰ Vgl. dazu Rn. 209 hiavor.

⁶⁴¹ Siehe Art. 44 Abs. 1 OR.

⁶⁴² Sei dies, dass dieser Umstand beim Vorliegen von Grobhaftigkeit zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges oder in einem leichteren Fall auch nur zu einer Reduktion der Haftung der Organperson nach Art. 44 Abs. 1 OR führt.

⁶⁴³ Vgl. auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 124; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 294.

⁶⁴⁴ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 742.

⁶⁴⁵ Vgl. auch Fn. 167.

schaft auf der Grundlage von Art. 757 Abs. 1 OR die Möglichkeit zur Prozessführung⁶⁴⁶ für die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger zunächst bis zu deren Verzicht einzig der Konkursverwaltung zu. Nach einem solchen Verzicht fällt diese Möglichkeit den Gläubigern und nach dem Wortlaut des Gesetzes auch den Aktionären⁶⁴⁷ wieder zu. Machen sie diese geltend, so profitieren sie von der Auszahlungsregelung nach Art. 757 Abs. 2 OR. Die Einklagung der eigenen Ansprüche wird sich so faktisch auf den Betrag des eigenen Schadens reduzieren, ohne dass die Gläubigergesamtheit davon profitiert. Die entsprechenden Klagen erfolgen damit also im eigenen Interesse, müssen sich aber auch die ihnen persönlich gegenüberstehenden Einreden und Einwendungen anrechnen lassen. Unberührt davon besteht, wie in Art. 757 Abs. 3 OR angemerkt, die Möglichkeit für die Gläubiger, sich die Ansprüche der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG abtreten zu lassen und diese entsprechend (mit einer allfällig günstigeren Einrede- und Einwendungssituation, dann aber auch im Interesse aller Gläubiger) geltend zu machen.

- 217 Nach dem momentanen Stand der Rechtsprechung gemäss der modifizierten «Raschein-Praxis» und der darauf basierenden Lehre wird aber vielmehr von folgender Anspruchsberechtigung und -durchsetzung ausgegangen⁶⁴⁸: Der Anspruch ausser Konkurs steht einzig der Gesellschaft zu und die Aktionäre haben ein Prozessführungsrecht über eine Prozessstandschaft (*Theorie der Prozessstandschaft*). Jeder Aktionär sowie die Gesellschaft selbst kann damit den Anspruch der Gesellschaft selbständig einklagen. In Konkurs wird der Anspruch der Gesellschaft durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst (gemäss der der «Raschein-Praxis» entspringenden *Theorie des einheitlichen Anspruches der Gläubigergesamtheit*). Dieser Anspruch soll gemäss Art. 757 Abs. 1 OR bis zu deren Verzicht zunächst nur von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden können. Nachher steht das Recht zur Geltendmachung des Anspruches der Gläubigergesamtheit nach Massgabe von Art. 757 Abs. 2 OR den Gläubigern und nach h.L. aufgrund des Wortlautes des Gesetzes, aber nicht nach der Meinung des Bundesgerichtes⁶⁴⁹, auch den Aktionären zu⁶⁵⁰. Der Hinweis in Art. 757 Abs. 3 OR auf Art. 260 SchKG bleibt bei diesem Verständnis bedeutungslos. Dem Anspruch der Gläubigergesamtheit

⁶⁴⁶ Es dürfte sich hier um eine Prozessstandschaft handeln.

⁶⁴⁷ Zur diesbezüglich (an sich unabhängig von der verfolgten Konzeption) strittigen Rechtslage vgl. sodann Fn. 650.

⁶⁴⁸ Vgl. dazu Rn. 74 f. hienvor.

⁶⁴⁹ Vgl. BGE 122 III 166 E. 3.a), S. 168 f.

⁶⁵⁰ Vgl. in Bezug auf die entsprechenden Meinungsdivergenzen die die Prozessführungsmöglichkeit der Aktionäre behandelnden Lehrstimmen: GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 757 OR Rn. 21; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 198; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 166; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 36 Rn. 24 Fn. 14.

können in der Folge keine Einreden oder Einwendungen entgegengesetzt werden, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruhen⁶⁵¹.

Schliesslich sei nochmals daran erinnert, dass vorliegend entgegen anderer Stimmen aber in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht die Ansicht vertreten wird, dass Art. 754 Abs. 1 OR nur auf die indirekte Aussenhaftung (Qualifikation in *sachlicher Hinsicht*) Anwendung finden sollte⁶⁵². Will man sich dem nicht anschliessen, so ist im vorliegenden Zusammenhang noch Folgendes zu beachten: Die «Raschein-Praxis» bzw. die diese konkretisierende X-Corporation-/Biber-Holding-Rechtsprechung hat unter anderem zum Inhalt, dass bei einer Konkurrenz von Ansprüchen der indirekten Aussenhaftung mit solchen der direkten denjenigen der indirekten grundsätzlich der Vorzug zu geben ist (Qualifikation in *konzeptioneller Hinsicht*)⁶⁵³. Erklärt wird dies mit einem Wegfall der Aktivlegitimation für die Ansprüche der direkten Aussenhaftung⁶⁵⁴. Dabei kann es richtigerweise aber nicht um den Wegfall der Aktivlegitimation im technisch engen Sinne nach hiesiger Auffassung gehen. Diese kann als Effekt bei Kongruenz des Rechtsbegehrens mit der Anspruchsberechtigung nämlich nur als erfüllt oder dann erfüllt betrachtet, aber nicht als *per se* entzogen angesehen werden. Vielmehr ist der Begriff der Aktivlegitimation in diesem Zusammenhang untechnisch zu verstehen, womit davon auszugehen ist, dass in einem solchen Fall der Konkurrenz im Bereich der direkten Aussenhaftung grundsätzlich zunächst die entsprechende Anspruchsberechtigung und damit erst in der Konsequenz die Aktivlegitimation wegfällt⁶⁵⁵.⁶⁵⁶ Soweit Art. 754 Abs. 1 OR auch auf die direkte Aussenhaftung angewendet werden soll, ist in vorliegendem Zusammenhang also zu beachten, dass im genannten Konkurrenzfall die Anspruchsberechtigung inhaltlich nicht besteht und folglich nichts gefordert werden kann.

f. *Anspruchsverpflichtung*

Art. 754 Abs. 1 OR erwähnt als haftpflichtige Personen die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung oder der Liquidation befassten Personen⁶⁵⁷. Damit sind zunächst die Mitglieder des Verwaltungsrates als *formelle Organe* erfasst⁶⁵⁸. Es fallen daneben mit dem funktional zu verstehenden

⁶⁵¹ Vgl. Rn. 203 hiavor.

⁶⁵² Vgl. Rn. 114 hiavor.

⁶⁵³ Vgl. Rn. 85 hiavor.

⁶⁵⁴ BGE 131 III 306 E. 3.1.2, S. 311; vgl. ferner Rn. 79 ff. hiavor.

⁶⁵⁵ In diesem Sinne sind auch die Ausführungen bei Rn. 82 ff. zu verstehen.

⁶⁵⁶ Siehe zum Ganzen auch Rn. 201 hiavor mit den entsprechenden Verweisen.

⁶⁵⁷ Was grundsätzlich Organpersonen der Geschäftsführung bedeutet.

⁶⁵⁸ Dazu WYTENBACH, Organbegriff, S. 24 f., 61 ff.; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 2 ff.

Gesetzestext aber auch *faktische* und *materielle Organe* als haftpflichtige Personen in den Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR^{659, 660}. Faktische Organe wirken «ohne entsprechende Delegation im Bereich von Organaufgaben und [treffen] tatsächlichen Organen vorbehaltenen Entscheide [...] oder [besorgen] die eigentliche Geschäftsführung [...] und [bestimmen] so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mit[...]»^{661, 662}. Materielle Organe sind dagegen «durch gesellschaftsinternen Akt eingesetzte Person[en] mit üblicherweise reglementarisch umschriebenen, durch Delegation übertragenen Organfunktionen»^{663, 664}.

3. Décharge

- 220 Mit dem Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR verzichtet die Gesellschaft nachträglich zu deren Entstehen auf ihre Ansprüche gegen die verantwortlichen Organe. Die Entlastung gilt basierend auf Art. 758 Abs. 1 OR allerdings nur für bekannt gegebene Tatsachen⁶⁶⁵. Ferner kann diese Décharge nach Art. 758 Abs. 1 OR auch den zustimmenden Aktionären entgegengehalten werden. Die Décharge hat sodann gemäss Art. 758 Abs. 2 OR vor allem die Wirkung, dass die Ansprüche der nicht zustimmenden Aktionäre innert sechs Monaten verirken und mithin untergehen bzw. diesen auch entgegengehalten werden können^{666, 667}. Die Décharge hat nach h.L. schliesslich keinen Einfluss auf die Ansprüche der direkten, sondern nur auf jene der indirekten Aussenhaftung^{668, 669}.

⁶⁵⁹ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 5; BÜHLMANN, Gläubiger als Stakeholder, S. 25; vgl. weiter die bei VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 46 ff. stattdessen verwendete Einteilung in statutarische und faktische Organe.

⁶⁶⁰ Vgl. auch JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 52.

⁶⁶¹ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 5.

⁶⁶² Dazu WYTTENBACH, Organbegriff, S. 25, 239 ff.

⁶⁶³ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 5.

⁶⁶⁴ Dazu WYTTENBACH, Organbegriff, S. 25, 139 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. dazu VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 122; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 758 OR Rn. 3 f.

⁶⁶⁶ Vgl. mit Bezug auf die Wirkung der Décharge auf die Gläubiger in Konkurs Rn. 215 hier-
vor.

⁶⁶⁷ Nach Art. 758 Abs. 2 E-OR 2016 soll die Verwirkungsfrist auf zwölf Monate erhöht werden.

⁶⁶⁸ JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 67; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 758 OR Rn. 4 je m.w.H.

⁶⁶⁹ Zum Ganzen vgl. auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 321 ff.; eingehend JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 248 ff.

4. Verjährung

Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjähren 221 nach Art. 760 Abs. 1 OR relativ innert fünf Jahren und absolut innert zehn Jahren⁶⁷⁰. Das Bundesgericht hält ferner fest, dass im Konkursfall die Verjährung für die Gläubiger nicht vor der Eröffnung des Konkurses zu laufen beginnen kann⁶⁷¹. Gemäss Art. 760 Abs. 2 OR sind in Zusammenhang mit strafbaren Handlungen ferner allenfalls die längeren strafrechtlichen Verjährungsfristen zu beachten. Der Anspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR ist mit der Verjährung bei einer entsprechend erhobenen Einrede schliesslich nicht mehr durchsetzbar, aber nicht – wie etwa bei der Décharge gemäss Art. 758 OR – verwirkt.⁶⁷²

5. Solidarität

Nach Art. 759 Abs. 1 OR besteht in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei 222 mehreren haftpflichtigen Personen sog. differenzierte Solidarität. Solidarisch haftbar sind die haftpflichtigen Personen damit nur insoweit, als ihnen ein Schaden persönlich zurechenbar ist. Für weiteren Schaden müssen sie dagegen im Unterschied zur allgemeinen Regelung im Sinne einer absoluten Solidarität schon im Aussenverhältnis nicht einstehen.⁶⁷³ Die Bestimmung ermöglicht es insbesondere, sinnvoll zwischen der Haftung der Revisionsstelle und jener der geschäftsführenden Organe zu differenzieren⁶⁷⁴. Art. 759 Abs. 2 OR eröffnet einem Kläger sodann die kostenmässig vorteilhafte Einklagung des Gesamtschadens unter richtlicher Festsetzung der individuellen Ersatzpflicht der Beklagten. Der Kläger ist so vom Risiko befreit, Kosten durch das eigentliche Unterliegen seiner Klage gegen einzelne miteingeklagte Organpersonen tragen zu müssen. Seine Gegenpartei wird vielmehr als eine einzige betrachtet.⁶⁷⁵ Der Richter setzt nach Art. 759 Abs. 3 OR schliesslich auch die beim Regress nach den Regeln von Art 148 f. OR im Innenverhältnis geschuldeten Beträge fest⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ Nach Art. 760 Abs. 1 E-OR 2016 soll die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre verkürzt werden.

⁶⁷¹ BGE 136 III 322 E. 4.4, S. 331; KUKO OR-LEHMANN, Art. 760 OR Rn. 3.

⁶⁷² VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 125 ff.; JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 64 ff.

⁶⁷³ JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 71; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 759 OR Rn. 1, 4 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 128.

⁶⁷⁴ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 759 OR Rn. 6.

⁶⁷⁵ Vgl. BGE 122 III 324 E. 7.b), S. 325 f.

⁶⁷⁶ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 130; JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 72.

6. Prozessuales: Zuständigkeit und Kosten

- 223 Der Gerichtsstand bei Klagen aus Ansprüchen nach Art. 754 Abs. 1 OR befindet sich nach dispositiver Anordnung für Binnenverhältnisse in Art. 40 ZPO am Sitz der Gesellschaft oder i.V.m. Art. 15 Abs. 1 OR am Wohnsitz einer beklagten Person. Im internationalen Verhältnis sind die Regeln des Lugano-Übereinkommens (Art. 2 Abs. 1 oder Art. 60 LugÜ) oder auch Art. 151 IPRG zu beachten. Die genannten Gerichtsstände sind nicht zwingend, weshalb grundsätzlich Gerichtsstandsvereinbarungen, Einlassung und Schiedsabreden möglich sind^{677, 678}. Die sachliche Zuständigkeit wird gemäss Art. 4 ZPO sodann vom kantonalen Recht bestimmt⁶⁷⁹.
- 224 Die Kostensituation kann bei Klagen nach Art. 754 Abs. 1 OR oft gravierend sein, da es aufgrund der hohen Schadenssummen zu hohen Streitwerten und damit auch hohen Prozesskosten kommt. Das entsprechende Risiko trägt letztlich der Kläger.⁶⁸⁰ Aus dem Blickwinkel des *Principal-Agent*- und des *Collective Action*-Problems ist dies aber gerade bei der aufrecht stehenden Gesellschaft oft nicht zufriedenstellend, weil die Durchsetzung der Ansprüche damit be- oder verhindert wird⁶⁸¹. Entsprechend sind Reformbestrebungen im Rahmen der laufenden Aktienrechtsreform im Gange, um dieses Problem abzumildern.⁶⁸² Aufgrund der negativen Kommentare und Vernehmlassungsergebnisse wurde das in diesem Kontext diskutierte und in Art. 697j f. VE-OR 2014 enthaltene (vorgängige) Bewilligungsverfahren für eine (Minderheits-)Klage auf Kosten der Gesellschaft zwar nicht mehr in den E-OR 2016 übernommen⁶⁸³, weniger umstritten scheint hier aber die (Wieder-)Einführung der Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 bis E-ZPO 2016. Diese erlaubt es, dass das Gericht bei unterliegenden Klagen in der indirekten Aussenhaftung die Prozesskosten nach sei-

⁶⁷⁷ Wobei die Möglichkeit für statutarische Schiedsklausen unter geltendem Recht noch stark beschränkt ist, vgl. Rn. 153 hiavor.

⁶⁷⁸ Vgl. zum Ganzen auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 133 ff.; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 877 f.

⁶⁷⁹ JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 879.

⁶⁸⁰ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 144; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 107.

⁶⁸¹ Vgl. Rn. 13 hiavor. Die Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR ausser Konkurs wird mithin dann auch unbefriedigend als toter Buchstabe bezeichnet, vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, EXPERT FOCUS 2016, S. 91 (wobei deren Wirkung nicht nur aus den tatsächlich geführten Prozessen und publizierten Entscheiden abgelesen werden darf, da diese ausserhalb dessen auch etwa Vergleiche beeinflussen wird).

⁶⁸² JUCKER, Beweisvereitelung, Rn. 76; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 197 ff.

⁶⁸³ Vgl. FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, S. 199 ff. mit Hinweis auf die diskutierten Alternativen zur Lösung des Kostenproblems auf S. 203 f.

nem Ermessen auch der Gesellschaft auferlegen kann (in diesem Sinne nachträglich).

M.E. wäre eine Regelung gemäss Art. 697j f. VE-OR 2014 zu weit gegriffen. Für den Abbau des *Collective Action*-Problems ginge es nämlich primär nur darum, das überproportional durch den Kläger zu tragende Kostenrisiko abzubauen, aber nicht darum, dieses vollständig zu beseitigen. Im Grunde sollte damit eine Parallelität zwischen dem Kostenrisiko des Klägers und seiner Gewinnchance bzw. seinem Interesse angestrebt werden, wie diese auch bei regulären Klagen (insbesondere auch Klagen der direkten Aussenhaftung) vorliegt. Die Regelung nach Art. 697j f. VE-OR 2014 berücksichtigt die entsprechenden Interessen der Beklagtenseite aber zu wenig, was auch in der Vernehmlassung deutlich zum Ausdruck kam⁶⁸⁴. Die angesprochene Parallelität kann aber über Art. 107 Abs. 1bis E-ZPO 2016 erreicht werden. Problematisch zeigt sich hier allerdings in Bezug auf das *Collective Action*-Problem, dass die Kostensituation für den Kläger nicht vorgängig geklärt ist. Für den Gesichtspunkt des Abbaus der Klagehürden ist damit nämlich noch nicht viel erreicht, da der Kläger aus seiner *ex ante*-Einschätzung das Kostenrisiko weiterhin trägt. M.E. würde es hier – wenn über diesen Weg das *Collective Action*-Problem tatsächlich abgemildert werden soll – an der Gerichtspraxis liegen, klare Leitlinien zu setzen, damit Kläger im Regelfall schon vorgängig mit einer Kostensituation im Sinne der erhöhten Parallelität rechnen dürfen. 225

7. Würdigung: Überflüssigkeit der modifizierten «Raschein-Praxis» mit dem hiesigen Verständnis

Wie gezeigt, ist in Bezug auf die Einrede- und Einwendungssituation in Konkurs die Flucht des Bundesgerichtes in die modifizierte «Raschein-Praxis» obsolet, wenn mit einer entsprechenden Qualifikation des Anspruches nach Art. 754 Abs. 1 OR in *sachlicher Hinsicht* von der hier verstandenen Konzeption der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* ausgegangen wird. Diese führt schliesslich auch ausser Konkurs zu befriedigerenden Resultaten als die Theorie der Prozessstandschaft und ermöglicht eine klarere dogmatische Fundierung. 226

Was bleibt ist der weitere Gehalt der «Raschein-Praxis», der in *konzeptioneller Hinsicht* den Vorrang der indirekten Aussenhaftung gegenüber der direkten Aussenhaftung im Konkurs vorsieht. Der in diesem Zusammenhang vorgenommene Schritt des Bundesgerichtes, die Anspruchsberechtigung der Direktgeschädigten bei einer Konkurrenzsituation wegfallen zu lassen, entbehrt allerdings jeder dogmatischen Fundierung und lässt sich so auch dem Gesetz nicht 227

⁶⁸⁴ Vgl. Botschaft Aktienrechtsreform 2016, S. 30.

entnehmen⁶⁸⁵. Auch wenn dies problemausklammernd bisweilen als «geltendes Richterrecht» bezeichnet wird⁶⁸⁶, so ist der Ansatz prinzipiell nicht haltbar⁶⁸⁷.

228 Nichts einzuwenden ist hingegen gegen das verfolgte Ziel des Vorranges der indirekten gegenüber der direkten Aussenhaftung. Dieser Vorrang ist m.E. aber vielmehr in einem *lex specialis*-Argument zu finden als in einem Wegfall der Anspruchsberechtigung bzw. Aktivlegitimation: Wie erwähnt, ist Art. 754 Abs. 1 OR nach hier vertretener Ansicht nur auf die indirekte Aussenhaftung anwendbar⁶⁸⁸. Bestehen bei einer Person neben diesem Anspruch auch Ansprüche aus der direkten Aussenhaftung (gemäss dem allgemeinen Haftpflichtrecht) und liegt insoweit eine echte Konkurrenz im hier verstandenen Sinne vor⁶⁸⁹, so ist in diesem Fall dem Anspruch nach Art. 754 Abs. 1 OR als *lex specialis* der Vorzug zu geben⁶⁹⁰. Dass die Leistung auf den einen Anspruch direkt in das Vermögen des Klägers und die Leistung auf den anderen Anspruch in das Vermögen der Gesellschaft geht, macht keinen Unterschied. Dies ist der Fall, weil beide Male am Ende eine Vermögenseinbusse des Aktionärs bzw. Gläubigers beseitigt wird.

229 In Konkurs ist damit dasselbe Resultat erreicht wie bei der modifizierten «Raschein-Praxis»: Soweit eine Konkurrenzsituation besteht, ist einem Gläubiger oder Aktionär die Geltendmachung seines Anspruches aus der direkten Aussenhaftung grundsätzlich verwehrt, solange die Konkursverwaltung das Recht zur Prozessführung über den spezielleren Anspruch innehat⁶⁹¹. Soweit das Recht zur Prozessführung nach Verzicht der Konkursverwaltung aufgrund von Art. 757 Abs. 2 OR wieder den Aktionären bzw. Gläubigern zusteht, können sie diesen spezielleren Anspruch sowie ihren eigenen direkten Anspruch wieder geltend machen.

230 Das hiesige Verständnis hat aber auch eine Implikation ausser Konkurs: Soweit eine Konkurrenzsituation besteht, ist der in diesem Fall klagende Aktionär vorrangig auf die Geltendmachung des Anspruches aus der indirekten Aussenhaftung verweisen. Dies erscheint in mehrfacher Hinsicht als sachgerechte Lösung. Zunächst ist mit dem vorliegenden Verständnis der zur *lex specialis*-Wir-

⁶⁸⁵ Vgl. statt vieler KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, S. 22.

⁶⁸⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 220 m.w.H.

⁶⁸⁷ Vgl. VISCHER, AJP 2016, S. 1488.

⁶⁸⁸ Vgl. Rn. 114 hiavor.

⁶⁸⁹ Vgl. Rn. 81 ff., 85 hiavor.

⁶⁹⁰ So auch (aus der Perspektive einer Konkurrenz innerhalb der direkten Aussenhaftung, wenn Art. 754 Abs. 1 OR darauf angewendet wird) JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 242; GARBARSKI, Responsabilité, S. 9 f.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 31; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 74 f.; BÜRGI/NORDMANN, ZK aOR 1936, Art. 753/754 OR Rn. 32, 41; auch DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 12 Fn. 30 a.E.

⁶⁹¹ Vgl. Rn. 85 hiavor.

kung führenden Konkurrenzsituation zu bedenken, dass diese sich als enger darstellt, als vielleicht anzunehmen ist⁶⁹², und es auch jetzt schon praktisch kaum zu Klagen in diesem Bereich kommt⁶⁹³. Sodann ist die an sich einleuchtende Argumentation des Bundesgerichtes für den Vorrang der indirekten vor der direkten Aussenhaftung unabhängig von der Situation ausser und in Konkurs gegeben: Spricht das Bundesgericht nämlich für die Situation in Konkurs an, dass der Vorrang in einer Gleichbehandlung beim Wettlauf um Befriedigung vom begrenzten Vermögenssubstrat der Organpersonen herrührt⁶⁹⁴, so ist zu bedenken, dass ein ähnlicher Wettlauf auch ausser Konkurs entstehen kann⁶⁹⁵. Kostenseitig sollte im Übrigen *de lege ferenda* die Möglichkeit bestehen, die Situation ähnlich der Klage in der direkten Aussenhaftung auszugestalten⁶⁹⁶, was eine Benachteiligung eines auf die indirekte Aussenhaftung verwiesenen Klägers stark mildert. Wirtschaftlich betrachtet verfolgt der Kläger überdies ohnehin eigene Interessen.

Aus der rechtsvergleichenden Betrachtung erschliesst sich vorab mit Blick 231 auf den Grundsatz der «*non recovery for reflective loss*» im eigentlichen Sinne schon eine Priorität der indirekten gegenüber der direkten Aussenhaftung⁶⁹⁷. Zwar greifen im vorliegenden Kontext nicht wie dort das Schadensausgleichsprinzip und das Bereicherungsverbot zur Begründung der Priorität, da die Kläger letztlich wirtschaftlich einen anderen bzw. unabhängigen Schaden geltend machen. Die Erwägungen in Bezug auf die «Erhaltung der Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens» bzw. die Kapitalerhaltung (zugunsten aller Gläubiger) müssen aber auch hier beachtet werden^{698:699}. Reicht das Haftungssubstrat einer Organperson nämlich nicht zur vollen Befriedigung der Ansprüche der indirekten sowie der direkten Aussenhaftung aus, so erhält ein in der direkten Aussenhaftung befriedigter Aktionär im Ergebnis zulasten seiner Mitaktionäre und der Gläubiger eine Ausschüttung, die er sonst nicht hätte erhaltbar machen können⁷⁰⁰.

Kommt der indirekten Aussenhaftung Priorität in dieser Situation zu, so 232 wird zwar das Schadensausgleichsprinzip für den Aktionär beschnitten, aufgrund der abgeleiteten Wirkung des Ersatzes in der indirekten Aussenhaftung partizipiert der Aktionär aber dennoch am erhaltbar gemachten Ersatz. Dieser

⁶⁹² Vgl. Rn. 83 f. hiervor.

⁶⁹³ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 219; KÄLIN, AJP 2016, S. 143.

⁶⁹⁴ BGE 122 III 176 E. 7.c), S. 194.; vgl. auch Rn. 77 ff. hiervor.

⁶⁹⁵ BÄRTSCHI, Kleinaktionär, S. 76 f.

⁶⁹⁶ Vgl. Rn. 225 hiervor.

⁶⁹⁷ KOH, JCLS 2016, S. 387, 390 ff.

⁶⁹⁸ Vgl. DE JONG, EBOLR 2013, S. 101.

⁶⁹⁹ Vgl. zum Ganzen auch Rn. 42 hiervor.

⁷⁰⁰ Vgl. BRANDES, FS Fleck 1988, S. 17; DE WULF, FS Hopt, S. 1555.

beträgt ungleich mehr als die Mitaktionäre (und letztlich auch Gläubiger) erhalten, wenn ein einzelner Aktionär in der direkten Aussenhaftung ausser Konkurs befriedigt wird. Soll somit auch konzeptionell eine gewisse (relative) Gleichbehandlung der Aktionäre im Sinne von Art. 717 Abs. 2 OR sichergestellt werden⁷⁰¹, so ist die Priorität der indirekten Aussenhaftung auch ausser Konkurs angezeigt. Dass der indirekten Aussenhaftung im beschriebenen engen Ausmass generell (also unabhängig von der Situation in oder ausser Konkurs) Priorität zukommt, verdient so m.E. insgesamt den Vorzug.

- 233 Die modifizierte «Raschein-Praxis» zeigt sich so schliesslich mit der Annahme des *lex specialis*-Arguments auch für den Punkt der Erstellung eines Vorranges der indirekten über die direkte Aussenhaftung als nicht erforderlich. Insgesamt ist die modifizierte «Raschein-Praxis» damit überflüssig, da deren Ziele auch über die hier vertretene Konzeption der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* mit dem aufgezeigten Verständnis von Art. 754 Abs. 1 OR als *lex specialis* erreicht werden können. Zusammenfassend sollte der Ausflug des Bundesgerichtes in die «Raschein-Praxis» in der zuvor bereits erwähnten Betrachtung der Rechtslage enden⁷⁰²: Art. 754 Abs. 1 OR sollte (unabhängig von der Situation in Konkurs oder ausser Konkurs) in *sachlicher Hinsicht* auf die indirekte Aussenhaftung beschränkt sein, in *persönlicher Hinsicht* eigene einzelne Ansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger im Sinne der hier vertretenen Konzeption der *Theorie des materiellen Forderungsrechtes* begründen sowie schliesslich in *relativer Hinsicht* als *lex specialis* gegenüber Ansprüchen der direkten Aussenhaftung gelten, womit in *konzeptioneller Hinsicht* in der Konsequenz ein Vorrang der indirekten gegenüber der direkten Aussenhaftung besteht. Dies entspricht, wie dargelegt, einem inhaltlich befriedigenden und auch dogmatisch greifbaren Verständnis, das sich auch relativ eng an den Gesetzestext halten kann.

III. Weitere Haftungstatbestände der indirekten Aussenhaftung

- 234 Im Rahmen einer *lex specialis* zu Art. 754 Abs. 1 OR können sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre und Gläubiger aus Art. 108 Abs. 1 FusG gegen die Organperson vorgehen, soweit diese eine fusionsrechtliche Pflicht verletzt hat⁷⁰³. Die Ordnung ist der aktienrechtlichen Ordnung nachempfunden.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ In dem Sinne auch eingehend auf die Kritik bei DE WULF, FS Hopt, S. 1555, weil es sich letztendlich (auch in Konkurs bei den Gläubigern) um ein Problem der Gleichbehandlung handelt.

⁷⁰² Vgl. Rn. 91 hiervor.

⁷⁰³ MAURENBRECHER/WALLER, BSK FusG, Art. 108 Rn. 11.

⁷⁰⁴ Eingehend dazu JUCHLI, Umstrukturierungen, S. 91 ff., 159 ff.

Neben Art. 754 Abs. 1 OR kann eine Organperson alternativ auch aus einem zwischen der Organperson und der Gesellschaft bestehenden Vertrag belangt werden⁷⁰⁵. Diese Möglichkeit steht jedoch nur der Gesellschaft offen und nicht einem Aktionär oder sogar Gläubiger⁷⁰⁶. Die Gesellschaft kann sich daneben alternativ zu Art. 754 Abs. 1 OR auch auf andere ausservertragliche, haftungsbezügliche Normen zur Geltendmachung eines Schadenersatzes gegen die Organperson berufen. Zugegebenermassen eher theoretisch steht der Gesellschaft damit alternativ auch die Berufung auf Art. 41 Abs. 1 OR offen⁷⁰⁷. Möglich ist zudem eine Haftung der Organperson gegenüber der Gesellschaft aus Vertrauenshaftung oder *culpa in contrahendo*.⁷⁰⁸ 235

Der Vollständigkeit halber sei hier letztlich noch erwähnt, dass, soweit auf der Grundlage von Art. 722 OR Ansprüche aus der direkten Aussenhaftung erfolgreich gegen die Gesellschaft geltend gemacht wurden, die betreffende Organperson mit den erwähnten Grundlagen der indirekten Aussenhaftung in einem nächsten Schritt belangt werden kann⁷⁰⁹. 236

IV. Haftungstatbestände der direkten Aussenhaftung

1. Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR und ff.

Zunächst kann von Seiten einer geschädigten Person von einer Organperson bei Nachweis von Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalität und (jeglichem Grad von) Verschulden aus Art. 41 Abs. 1 OR Ersatz verlangt werden^{710, 711} Art. 41 237

⁷⁰⁵ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Vor Art. 754–761 OR Rn. 5; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 586.

⁷⁰⁶ Der US-amerikanische *derivative suit* ist dagegen als grundsätzlich Klage der Aktionäre zur Geltendmachung jeglicher Ansprüche der Gesellschaft ausgestaltet, vgl. HENN/ALEXANDER, Corporations, S. 1035 ff., was sich auch in anderen Rechtsordnungen so findet, vgl. VENTORUZZO/CONAC/GOTO/MOCK [ET AL.], Comp. Corporate Law, S. 360. Unter Schweizer Recht bzw. Art. 754 Abs. 1 OR kann sich zumindest eine Verantwortlichkeit von (anderen) Organpersonen einstellen, die entsprechende Ansprüche pflichtwidrig nicht durchsetzen. Ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und einer Organperson kann also eine gewisse indirekte Auswirkung auf die Organpflichten unter Art. 754 Abs. 1 OR haben, womit die Aussage in Rn. 134 hiervor durchaus auch differenziert zu betrachten ist.

⁷⁰⁷ GERICKE/WALLER, BSK OR II, Vor Art. 754–761 OR Rn. 5

⁷⁰⁸ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 116; ferner vgl. Rn. 252 ff. hiernach.

⁷⁰⁹ Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 48 und Fn. 177 m.w.H.

⁷¹⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 246. Hier sind unter dem Titel der direkten Aussenhaftung Schadenersatzforderungen hervorgehoben, bei denen die Organperson für ihre (Un-)Tätigkeit in ihrer Organfunktion belangt wird. Die Organperson bleibt sodann aber auch für ihre persönlichen Handlungen und Unterlassungen nach den allgemeinen Haftungsnormen

Abs. 1 OR stellt sich sodann als Grundnorm für die Haftung von widerrechtlichen Schäden in der direkten Aussenhaftung dar, da nach hiesigem Verständnis Art. 754 Abs. 1 OR nicht in diesem Bereich anwendbar ist⁷¹².

238 In Bezug auf das Element der Widerrechtlichkeit sind als Schutznormen im vorliegenden Zusammenhang Art. 152 StGB (Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) und allenfalls auch Art. 155 FinfraG (Kursmanipulation) von besonderem Interesse. Art. 152 StGB stellt von (unter anderem) Organpersonen⁷¹³ getätigte öffentliche und unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung, die geeignet sind, um andere zu vermögensschädigenden Verfügungen zu veranlassen, unter Strafe. Über das Element der Unvollständigkeit soll auch das Unterlassen durch den Tatbestand erfasst sein⁷¹⁴. Für das Delikt ist im subjektiven Tatbestand zudem Vorsatz gefordert⁷¹⁵. Neben dem Bestehen des objektiven Tatbestandes muss nach h.M. zur Begründung der zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein⁷¹⁶. Dies überzeugt, da die betreffende (Schutz-)Norm das Vermögen gerade nur bei Vorliegen des subjektiven Tatbestandes auch tatsächlich schützt⁷¹⁷. Art. 155 FinfraG ist sodann *lex specialis* zu Art. 152 StGB⁷¹⁸. Nach dieser Norm ist die Verbreitung von irreführenden Informationen strafbar, wenn sie wider besseres Wissen mit der Absicht erfolgt, einen Vermögensvorteil durch (Kurs-)Beeinflussung von an einem Handelsplatz in der Schweiz gehandelten Effekten zu erzielen⁷¹⁹.

men wie unter anderem auch Art. 41 Abs. 1 OR haftbar, vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 244.

⁷¹¹ Vgl. eingehend, insbesondere zur Kritik an der Lehre vom Erfolgsunrecht im Rahmen der Widerrechtlichkeit, SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.01 ff., 50.28 ff.

⁷¹² Siehe dazu Rn. 114 hiervor.

⁷¹³ Vgl. dazu etwa WEISSENBERGER, BSK StGB, Art. 152 StGB Rn. 12 f. m.w.H.

⁷¹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 68, mit der Einschränkung in Rn. 69, dass es damit nur um Unterlassungen in *krassen Fällen* gehen kann; WEISSENBERGER, BSK StGB, Art. 152 StGB Rn. 31 f.; a.A. DAENIKER, GesKR 2006, S. 148, der ferner darauf hinweist, dass ein unechtes Unterlassungsdelikt unter Beizug des Gefahrensatzes auch nicht in Frage kommt.

⁷¹⁵ WEISSENBERGER, BSK StGB, Art. 152 StGB Rn. 35.

⁷¹⁶ BGE 133 III 323 E. 5.2.3, S. 333 f.; AEPLI, SJZ 1997, S. 408; DAENIKER, GesKR 2006 S. 147. Für Abstellen bloss auf den objektiven Tatbestand BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 71; VERDE, HAVE 2016, S. 151 ff. m.w.H. zur gegenteiligen h.M.

⁷¹⁷ Vgl. DAENIKER, GesKR 2006 S. 147.

⁷¹⁸ TRIPPEL/URBACH, BSK BEHG, Art. 161bis StGB Rn. 35.

⁷¹⁹ Die Neufassung der Kursmanipulations-Norm in Art. 155 FinfraG bezieht sich im Vergleich zum bisherigen Art. 161bis StGB nicht mehr nur auf börslich gehandelte Effekten. Zur weiteren Erläuterung der bisherigen Tatbestandsvoraussetzung vgl. auch TRIPPEL/URBACH, BSK BEHG, Art. 161bis StGB Rn. 5 ff.

Aufgrund der restriktiven Praxis und des Erfordernisses der Absicht eher nur theoretisch denkbar ist eine Haftung der Organperson im vorliegenden Zusammenhang nach Art. 41 Abs. 2 OR⁷²⁰. Kausalhaftungsnormen wie Art. 56 oder 58 OR verpflichten bei gesellschaftsrechtlichem Konnex weiter die Gesellschaft selbst⁷²¹. Losgelöst davon kann eine Organperson aber auch ausserhalb ihrer Organfunktion privat nach diesen Haftungsnormen in Anspruch genommen werden.

Im Übrigen hat eine Organperson aufgrund der Realitätstheorie nicht auf Basis von Art. 55 Abs. 1 OR als Geschäftsherr der Gesellschaft gegenüber Aktionären oder Gläubigern im Sinne der direkten Aussenhaftung einzustehen, wenn diese abgeleitet oder durch direkte Schädigung der Gesellschaft zu Schaden kommen⁷²². Umgekehrt haftet die Gesellschaft auch nicht als Geschäftsherr im Sinne von Art. 55 Abs. 1 OR für ihre Organpersonen⁷²³.

2. Haftung nach Art. 9 Abs. 3 UWG

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erklärt zunächst die in Art. 2 ff. UWG beschriebenen unlauteren Verhaltensweisen als widerrechtlich. Damit ist nach h.L. eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR gemeint, aber nicht im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR⁷²⁴. Darüber hinaus ist das Lauterkeitsrecht aber auch autonom neben dem allgemeinen Deliktsrecht anwendbar⁷²⁵. Art. 9 Abs. 3 UWG begründet insbesondere einen eigenen Haftungsanspruch einer aus unlauterem Wettbewerb geschädigten Person in der direkten Aussenhaftung gegen eine verschuldetermassen⁷²⁶ fehlbare Organperson⁷²⁷. Dieser besteht grundsätzlich, weil der persönliche Geltungsbereich des UWG all diejenigen Personen erfasst, deren Verhalten sich auf den Wettbewerb auswirkt⁷²⁸. Insofern hier von Tätigkeiten der Organperson innerhalb ihrer Organfunktion gesprochen wird, dürfte regelmässig auch unproble-

⁷²⁰ Vgl. BGE 124 III 297 E. 5.d), S. 302; ferner aber DAENIKER, GesKR 2006, S. 146.

⁷²¹ OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/1, § 20 Rn. 20; WATTER, BSK OR II, Art. 722 OR Rn. 19.

⁷²² HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art. 54/55 ZGB Rn. 7.

⁷²³ Vgl. MÜLLER, CHK, Art. 55 OR Rn. 12; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/1, § 20 Rn. 14 ff.

⁷²⁴ DÉDEYAN, Zeichen, S. 138.

⁷²⁵ JUNG, SHK UWG, Einl. Rn. 11, 13.

⁷²⁶ Was Vorsatz als auch Fahrlässigkeit einschliesst, vgl. RÜETSCHI/ROTH/FRICK, BSK UWG, Art. 9 UWG Rn. 100.

⁷²⁷ JUNG, SHK UWG, Art. 9 UWG Rn. 116 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 961, 1091.

⁷²⁸ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1057.

matisch sein, dass diese in den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen⁷²⁹.

242 Die Generalklausel von Art. 2 UWG enthält zunächst ein allgemeines Täuschungsverbot im Wettbewerb und ein generelles Verbot von unlauteren Wettbewerbsverhalten⁷³⁰. Die Einzeltatbestände von Art. 3 ff. UWG führen die Generalklausel aus⁷³¹. Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist vor allem Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Demnach sind unlauter alle zur Irreführung i.w.S. geeigneten Angaben über wettbewerbsrelevante Verhältnisse⁷³². Der Inhalt und die Bedeutung einer Aussage werden objektiviert aus der Sicht eines Durchschnittsadressaten festgelegt⁷³³. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG soll letztlich vor zu positiven Aussagen von Wettbewerbsteilnehmern selbst bzw. auf diese bezogenen zu positiven Aussagen von Dritten schützen⁷³⁴.

243 Eine Angabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist weit zu verstehen⁷³⁵. Aus einer generellen Perspektive werden alle im Wirtschaftsverkehr verwendeten Zeichen vom UWG erfasst und sind formal auch unter dem Begriff der Angabe grundsätzlich relevant⁷³⁶. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erwähnt inhaltlich sodann in letztlich nicht abschliessender Weise⁷³⁷ verschiedene relevante Gegenstände, auf die sich massgebende Angaben beziehen können. Zunächst geht es dabei in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG um inhaberbezogene Angaben, also Angaben über den Unternehmensträger selbst wie Identität, Eigenschaften, Verhältnisse und Auszeichnungen⁷³⁸. Demnach kann eine die Einhaltung suggerierende Bezugnahme auf einen Verhaltenskodex oder Grundsätze der *Corporate Social Responsibility* unlauter sein, wenn diese tatsächlich nicht eingehalten werden⁷³⁹. Ferner kann die Verwendung von Logos unlauter sein, wenn damit wahrheitswidrig der Eindruck erweckt wird, ein Unternehmen sei etwa Vertreter des Herstellers^{740, 741}.

⁷²⁹ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1062 ff.

⁷³⁰ JUNG, SHK UWG, Art. 2 UWG Rn. 3.

⁷³¹ Vgl. JUNG, SHK UWG, Art. 2 UWG Rn. 5.

⁷³² Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 10.

⁷³³ BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 36 ff., 42 ff.; FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 11.

⁷³⁴ VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 546.

⁷³⁵ Eingehend JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 17 ff.

⁷³⁶ DÉDEYAN, Zeichen, S. 129, 131 f.

⁷³⁷ Grammatikalisch wäre dies vielleicht indiziert, inhaltlich ist die Bestimmung aber grundsätzlich umfassend, vgl. dazu BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 60.

⁷³⁸ FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 19; JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 30.

⁷³⁹ JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Fn. 76; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 12.

⁷⁴⁰ Vgl. SABBADINI, sic! 2000, S. 773.

Weiter erfasst Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG auch leistungsbezogene Angaben. So 244 können insbesondere irreführende Beschaffungs- oder Herkunftsangaben bezüglich einer Ware oder Dienstleistung unlauter sein⁷⁴². Dies bezieht sich mithin auch auf Qualitätszeichen, Gütesiegel oder Auszeichnungen⁷⁴³. Am Ende steht neben den separat in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erwähnten Angaben zum Preis, zum Anlass und zur Natur des Angebots als Auffangtatbestand im eigentlichen Sinne noch die Angabe zu Geschäftsverhältnissen⁷⁴⁴. Bemerkenswert ist schliesslich noch, dass unter den Begriff der Angabe nicht nur aktives Handeln, sondern auch Unterlassungen fallen können, soweit es sich um Verschweigen von objektiv klärungsbedürftigen Tatsachen handelt⁷⁴⁵. Es wird dem folgend mit dem weiten Verständnis des Begriffes der Angabe auch angeführt, dass diesem neben dem Element der Irreführung i.w.S. keine eigenständige Bedeutung zukommen soll⁷⁴⁶.

Unter den Begriff der Irreführung i.w.S. fallen sodann sowohl die Täuschung als auch die Irreführung i.e.S.⁷⁴⁷ Täuschend sind unrichtige Angaben, 245 also solche, die beim massgeblichen Verkehrskreis einen Eindruck hinterlassen, der nicht der Wahrheit entspricht⁷⁴⁸. Demgegenüber ist eine Angabe irreführend, wenn sie (unabhängig von ihrer Richtigkeit) unklar ist⁷⁴⁹.

Nach dem Gesagten ist insbesondere die Verwendung von Qualitäts-, 246 Sicherheits-, Umwelt- und sonstigen Zeichen im Wirtschaftsverkehr nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG unlauter und damit widerrechtlich, wenn sie objektiv irreführend i.w.S. durch den betreffenden Unternehmensträger benutzt werden. Damit ist der Unternehmensträger insbesondere für entstandenen Schaden haftbar, wenn er ein entsprechendes Zeichen verwendet, obwohl er oder seine Produkte die (objektiv vom Adressatenkreis verstandenen) Richtlinien zur Zeichenver-

⁷⁴¹ Der Spezialfall der unzutreffenden Führung von Titeln und Berufsbezeichnungen wird sodann von Art. 3 Abs. 1 lit. c UWG erfasst. In diesem Zusammenhang werden nicht nur die eigentlichen klassischen akademischen Titel und dgl. genannt, sondern etwas auch ISO-Zertifizierungen, vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 41.

⁷⁴² VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1123 ff.; FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 22 ff.

⁷⁴³ JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 33.

⁷⁴⁴ STREULI-YOUSSEF, SIWR V/1, S. 91 ff.; FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 35.

⁷⁴⁵ STREULI-YOUSSEF, SIWR V/1, S. 85 f.; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 16.

⁷⁴⁶ VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 547.

⁷⁴⁷ JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 59 ff.

⁷⁴⁸ FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 14; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 50.

⁷⁴⁹ STREULI-YOUSSEF, SIWR V/1, S. 83; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 51.

gabe nicht erfüllen.⁷⁵⁰ Dies erfasst einschneidendermassen auch die Situation, in der er oder seine Produkte die (objektiv vom Adressatenkreis verstandenen) Richtlinien zur Zeichenvergabe *nicht mehr* erfüllen⁷⁵¹.

247 Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG untersagt ferner aber nicht nur die entsprechend verbotene Begünstigung durch Angaben des Unternehmensträgers selbst, sondern auch jene durch Angaben von Dritten⁷⁵². Im vorliegenden Kontext ist darum fraglich, ob Organpersonen als entsprechende Dritte in Frage kommen. Insbesondere ist hier von Interesse, ob damit Organpersonen in der direkten Aussenhaftung belangt werden können, wenn sie nicht dafür sorgen, dass der Unternehmensträger, dem sie angehören, unzulässigerweise verwendete Zeichen nicht führt.

248 Mehrheitlich wird zunächst davon ausgegangen, dass der Kreis der besagten Dritten weit zu ziehen ist⁷⁵³. Historisch ging es zunächst vor allem darum, mit dem UWG generell und speziell mit der Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG auch Warentests durch Dritte zu erfassen⁷⁵⁴. Gerade mit Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG wird aber auch der Einbezug von durch Dritte erhobene Beiträge in Presseerzeugnissen, Radio und Fernsehen erwähnt, unabhängig von der Organisationsform der Dritten⁷⁵⁵. Die Angaben der Dritten müssen weiter entsprechend der allgemeinen Regel einen Wettbewerbsbezug aufweisen, der aber bereits zu bejahen ist, wenn diese Angaben nicht in einem wettbewerbsfremden Zusammenhang erfolgen⁷⁵⁶. In der verantwortlichkeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur findet Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG soweit ersichtlich kaum Beachtung als Anspruchsgrundlage für die direkte Aussenhaftung⁷⁵⁷. In der Tat könnten potenziell alle zu positiven öffentlichen Äusserungen und fehlenden Richtigstellungen (wenigstens massgeblicher) zu positiver öffentlicher Informationen mit Bezug auf das Unternehmen durch Organpersonen für diese in der direkten Aussenhaftung relevant werden. Das betrifft nicht zuletzt

⁷⁵⁰ DÉDEYAN, Zeichen, S. 132 m.w.H.; TIEFNIG, SV 2016, S. 56.

⁷⁵¹ JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 75.

⁷⁵² BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 29.

⁷⁵³ BGer 4C.170/2006 E. 3.1; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 29; JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Fn. 65; HEIZMANN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 4, Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG Rn. 6; BENGSSON-BÄNZIGER, Konsumentenboykott, S. 387 ff.; SCHMID, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG Rn. 117; Botschaft UWG 1983, S. 1060, 1062, 1065.

⁷⁵⁴ Vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1060, 1065; SCHMID, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG Rn. 117.

⁷⁵⁵ Vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1060, 1062; BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 29.

⁷⁵⁶ BERGER, BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 34.

⁷⁵⁷ Siehe aber immerhin WATTER, BSK OR II, Art. 752 OR Rn. 40a.

auch alle finanzmarktbezogenen Informationen. Insbesondere deckt sich das Problem hier aufgrund des weiten Tatbestandes von Art. 3 Abs. lit. b UWG weitgehend mit der kontrovers geführten Diskussion über den Pflichtcharakter der Regeln zur *Ad-hoc*-Publizität für den Bereich der zu positiven Informationen⁷⁵⁸.

Für den Bereich der vorsätzlichen (und darunter fallen auch eventualvorsätzliche) Falschinformationen besteht sodann praktisch eine vollkommene Überschneidung von Art. 3 Abs. lit. b UWG mit dem vorgehend schon genannten Art. 152 StGB⁷⁵⁹. Die Diskussion bezieht sich im Wesentlichen also darauf, inwieweit fahrlässige Falschinformationen in der direkten Aussenhaftung haftungsrechtliche Konsequenzen für Organpersonen haben können⁷⁶⁰.

Vom Ergebnis her betrachtet ist zunächst zu beachten, dass eine Ausuferung der Haftung für die Organpersonen damit einhergehen könnte⁷⁶¹. Ferner ergibt sich bei genauerer Betrachtung, dass es bei den vom UWG mit dem Einbezug des Dritten anvisierten Situationen prinzipiell um Fälle geht, in denen eine geschädigte Person anderweitig keinen Anspruchsgegner haben könnte. Anders gestaltet es sich aber in Bezug auf Organpersonen: Die Falschinformation ist stets auch dem Unternehmensträger zuzurechnen, womit dieser dafür grundsätzlich auch primär einstehen muss⁷⁶². Die hier interessierende Frage ist entsprechend einzig, ob die Organperson daraus (lediglich) über die indirekte Aussenhaftung belangt werden kann oder Geschädigten gegenüber allenfalls doch aus der direkten Aussenhaftung haften soll. Es ist somit nicht vordergründig die Frage, ob eine Organperson für Falschinformationen einstehen muss, sondern vielmehr, in welchem Modus⁷⁶³. Vor diesem Hintergrund ist es m.E. nicht sinnvoll, Organpersonen, die Falschinformationen im Rahmen ihrer Organfunktion verbreiten, als Dritte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG zu verstehen⁷⁶⁴. Ein anderer Schluss würde im Resultat auch die Wertung der Vertrauens- und Auskunftshaftung untergraben, dass bei fahrlässigen Falschinformationen grundsätzlich nur einzeln adressierte Personen geschützt sein sollen⁷⁶⁵.

⁷⁵⁸ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 70; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 30a; ferner vgl. auch Fn. 498.

⁷⁵⁹ Vgl. hier auch DAENIKER, GesKR 2006, S. 147; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 62 ff.

⁷⁶⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 71 ff.; DAENIKER, GesKR 2006, S. 147.

⁷⁶¹ Vgl. DAENIKER, GesKR 2006, S. 147.

⁷⁶² Vgl. hier auch Rn. 37 (insb. a.E.) hiervor.

⁷⁶³ Vgl. dazu Rn. 22 hiervor.

⁷⁶⁴ Dies schliesst mit einem gewissen Wertungsgegensatz aber nicht aus, dass Organpersonen so ausserhalb ihrer Organfunktion für fahrlässige Angaben nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG einstehen müssten. Hier ist letztlich allerdings nur schwer denkbar, wie diese Personen fahrlässig privat, aber doch wettbewerbsbezogen unter Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG relevante Angaben machen können.

⁷⁶⁵ Vgl. DAENIKER, GesKR 2006, S. 144.

251 Zusammenfassend müssen Organpersonen also bei Falschinformationen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in der direkten Aussenhaftung in der Regel über Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB nur bei Vorsatz eintreten. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist sodann keine Anspruchsgrundlage gegen Organpersonen in der direkten Aussenhaftung⁷⁶⁶. Der Unternehmensträger hat sodann aber gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG für jegliche ihn betreffenden Falschinformationen seiner Organpersonen einzustehen. Die Organperson kann dafür schliesslich in der indirekten Aussenhaftung über Art. 754 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 717 Abs. 1 OR) belangt werden.

3. Vertrauenshaftung i.w.S.

252 Unter dem Begriff der Vertrauenshaftung i.w.S. werden verschiedene von der Rechtsprechung entwickelte Haftungen für treuwidrig enttäushtes, berechtigtes Vertrauen zusammengefasst⁷⁶⁷. Die *culpa in contrahendo*, die Haftung für falschen Rat und falsche Auskunft, die Haftung für enttäushtes Konzernvertrauen sowie ähnliche Tatbestände im Sinne einer Vertrauenshaftung i.e.S. werden unter ihr subsumiert⁷⁶⁸. Die Vertrauenshaftung setzt generell eine rechtliche Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus, wobei der Schädiger berechtigtes bzw. schutzwürdiges Vertrauen beim Geschädigten weckt, aufgrund dessen der Geschädigte gutgläubig eine Disposition trifft, das Vertrauen allerdings treuwidrig und verschuldetermassen vom Schädiger enttäuscht wird, was in der Folge kausal zu einem Schaden des Geschädigten führt⁷⁶⁹. Ferner ist eine Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit des Eingehens eines Vertrages, der das entsprechende Risiko enttäushten Vertrauens absichert, verlangt⁷⁷⁰. Die Vertrauenshaftung kommt als Haftungsgrundlage gegen eine Organperson in der direkten Aussenhaftung generell in Betracht⁷⁷¹. Der Anwendungsbereich ist hier allerdings vor allem aufgrund der verlangten Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit des Eingehens eines risikoabsichernden Vertrages⁷⁷² und der gebotenen Strenge in Bezug auf die Voraussetzungen der Haftungsgrundlage⁷⁷³ begrüssenswerterweise limitiert.

⁷⁶⁶ Im Ergebnis wohl a.A. WATTER, BSK OR II, Art. 752 OR Rn. 40a.

⁷⁶⁷ Vgl. LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 116; kritisch wegen der Konturenlosigkeit der Vertrauenshaftung SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03.

⁷⁶⁸ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 116; HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 1712 f., 1724, 1731, 1741.

⁷⁶⁹ Vgl. HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 1738.

⁷⁷⁰ BGE 133 III 449 E. 4.1, S. 451 f.; BGer 4A_306/2009 E. 5.1.

⁷⁷¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 238 ff.

⁷⁷² GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 49; LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Vor Art. 754–760 OR Rn. 116; BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 426.

⁷⁷³ BGE 134 III 390 E. 4.3.3., S. 398.

Im hier interessierenden Zusammenhang dürfte es (mind. mit der neueren, 253 strengeren Rechtsprechung) allein über eine generelle Verwendung von Zeichen und allgemeinen Hinweisen oft nicht unproblematisch sein, die nötige Sonderverbindung zu begründen, damit der Unternehmensträger aus Vertrauenshaftung haftbar werden kann. Zwar ist zwischen dem Ansprecher und der geschädigten Person kein direkter Kontakt erforderlich, allerdings muss «die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan [haben], für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen.»⁷⁷⁴ Dies lässt für eine Haftung des Unternehmensträgers aus Vertrauenshaftung hier noch einen gewissen Raum^{775, 776}

Umso zweifelhafter ist aber, ob die Vertrauenshaftung im vorliegenden Zu- 254 sammenhang gegen eine Organperson in der direkten Aussenhaftung mangels Sonderverbindung überhaupt geltend gemacht werden kann. Soweit es hier vor allem um Informationen des Unternehmensträgers geht, sind diese nicht ohne weiteres der (stillschweigenden) Organperson normativ zuzurechnen⁷⁷⁷.

Normativ zurechenbar bleibt letztlich also vor allem noch explizites Verhal- 255 ten der Organperson, was üblicherweise aber vorsätzliches Handeln indiziert⁷⁷⁸. Wird sodann einer Subsidiarität (i.w.S.) der Vertrauenshaftung⁷⁷⁹ gefolgt, ist deren Anwendungsbereich im vorliegenden Zusammenhang für die direkte Aussenhaftung stark beschränkt, da bei vorsätzlicher Schädigung in der Regel andere Haftungsgrundlagen greifen⁷⁸⁰.

⁷⁷⁴ BGE 130 III 345 E. 2.2, S. 350.

⁷⁷⁵ Weniger restriktiv (allerdings unter der ursprünglichen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung) wohl DÉDEYAN, Zeichen, S. 269 f. Vgl. sodann auch BGE 142 III 84 E. 3.4, S. 89 f., der ISO-Zertifikaten die prinzipielle Eignung zur Begründung einer relevanten Sonderverbindung nicht abspricht. *In casu* konnte der Kläger vor allem aber nicht darlegen, welches Vertrauen über das (generelle) Zertifikat inhaltlich konkret geweckt und enttäuscht wurde, vgl. zudem auch noch Fn. 781. Vgl. zum Ganzen ferner auch VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 817 ff.; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 904 ff.

⁷⁷⁶ Generell dürfte es sodann gerade in Bezug auf mit entsprechenden Hinweisen kundgetane Unternehmenszertifizierungen unzumutbar sein, einen risikoabsichernden Vertrag abzuschliessen, weshalb dieses Erfodernis hier keine Haftungshürde zugunsten des Unternehmensträgers darstellen wird. Vgl. dazu nämlich auch VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 846, der letztlich ebenso betont, dass Ratings (genau wie nach hiesigem Verständnis Zertifizierungen generell) gerade die Aufgabe zukomme, die Marktgegenseite von einer zusätzlichen Absicherung zu entlasten.

⁷⁷⁷ Vgl. im Ergebnis auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 61.

⁷⁷⁸ Ist doch auch ein Eventualvorsatz darin eingeschlossen, vgl. Rn. 249 hiervor.

⁷⁷⁹ Vgl. dazu HUGUENIN, OR AT&BT, Rn. 1734, 1737.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu insbesondere Rn. 249 hiervor, geht es bei der Vertrauenshaftung im Kern doch auch um die Ersatzfähigkeit fahrlässig zugefügter reiner Vermögensschäden, vgl. dazu auch SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03.

256 Letztlich wird sodann aber die verlangte Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit des Eingehens eines risikoabsichernden Vertrages den Weg für eine Anrufung der Vertrauenshaftung in diesen Fällen (abgesehen vom Fall der *culpa in contrahendo*, bei der ein entsprechender Vertrag meistens nicht besteht, weil dieser gerade ausgehandelt werden soll) regelmässig versperren⁷⁸¹. Wenigstens in den Fällen, in denen eine Person im Vertrauen auf ein Zeichen oder einen Hinweis mit dem Unternehmensträger eine vertragliche Verbindung eingeht, kann nämlich die entsprechend erhoffte Leistungserwartung in der Regel auch in den Vertrag aufgenommen und die Person damit entsprechend abgesichert werden.

4. Der Vollständigkeit halber: Haftung aus weiteren Haftungsgrundlagen

257 Im aktienrechtlichen Zusammenhang ist insbesondere die Haftung von Organpersonen nach Art. 52 Abs. 2 AHVG für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge⁷⁸² von Bedeutung. Obwohl dies dem Gesetzestext so nicht zu entnehmen ist, hat die Rechtsprechung diese Haftung extensiv subsidiär auf die Organpersonen ausgedehnt und in konstanter Praxis für diese eine Kausalhaftung im eigentlichen Sinne bei Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen eingeführt⁷⁸³.

258 Ferner können geschäftsführende Organe auch in bestimmten Bereichen für Steuerschulden der juristischen Person haften⁷⁸⁴. Abschliessend sei hier auch noch erwähnt, dass die Einhaltung besonders bedeutender Organpflichten auch strafbewährt ist, was letztlich über Art. 41 Abs. 1 OR auch zu einer zivilrechtlichen Haftung führt⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Vgl. BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 426; im unter Fn. 775 erwähnten BGE 142 III 84 kam es schliesslich nicht dazu, dass das Bundesgericht diese Frage überhaupt noch ansprach, weil bereits das Vorliegen eines berechtigten Vertrauens als nicht erwiesen erachtet wurde.

⁷⁸² Wobei sich dies aufgrund von Verweisen nicht nur auf die AHV-Beiträge beschränkt, vgl. dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, Fn. 371; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 280.

⁷⁸³ BGE 132 III 523 E. 4.5 und 4.6, S. 529 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 156a; BÜHLMANN, Gläubiger als Stakeholder, S. 39 f.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 280 ff.

⁷⁸⁴ Vgl. dazu BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, S. 87 f.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung, Rn. 287 ff.

⁷⁸⁵ Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 1017 ff.

B. Unternehmenszertifizierungen und Managementstandards

I. Vorbemerkungen

Wurde bisher die Basis der Haftung von geschäftsführenden Organpersonen angesprochen, soll im Nachfolgenden ein Überblick über den Gegenstand bzw. Anlass der in dieser Arbeit genauer zu betrachtenden Haftungskonstellation gegeben werden. Dabei ist das Augenmerk zunächst auf das Phänomen der Zertifizierung zu richten. Im Speziellen soll dabei auch zur Sprache kommen, was unter einer Unternehmenszertifizierung zu verstehen ist. Als damit einhergehende notwendige Grundlage wird im Anschluss darauf eingegangen, was Managementstandards sind und wie sie in die Zertifizierungsthematik einzubetten sind. 259

II. Zertifizierungen im Allgemeinen und Unternehmenszertifizierungen im Besonderen

1. Grundlegendes

a. Zertifizierungen im Allgemeinen

aa. Eine Definition

Unter einer Zertifizierung ist ein Verfahren zu verstehen, in dem ein unabhängiger Dritter die Konformität eines Zertifizierungsgegenstandes – sei dies ein Produkt, eine Dienstleistung, ein Verfahren oder dgl. – mit einem bestimmten Standard durch ein schriftliches Zeugnis bzw. Zertifikat bestätigt^{786, 787}. Wie es vor allem bei Ratings üblich ist, lässt sich dabei unterscheiden, ob der unabhängige Dritte selbst tätig wird oder ob er vom Träger oder den Adressaten des Zertifizierungsgegenstandes beauftragt wird⁷⁸⁸. Im hier interessierenden Rahmen von Unternehmenszertifizierungen geht es, bedingt durch den nötigen Zugang zu detaillierten Informationen des Unternehmens, allerdings immer um Trägeraufträge, weshalb anderweitigen Zertifizierungsformen im Folgenden keine weitere Aufmerksamkeit geschenkt wird. 260

⁷⁸⁶ VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 8.

⁷⁸⁷ Es handelt sich damit im Ausgangspunkt um eine denkbar weite Definition, sind doch etwa auch notarielle Beurkundungen davon nicht ausgeschlossen. Primär soll es hier aber nun um technische Zertifizierungen gehen, siehe ferner die Abgrenzungen bei VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 13.

⁷⁸⁸ Vgl. zu Initiativ- und Auftragsratings und zum entsprechenden *Issuer-pay*- bzw. *Investor-pay*-Modell bei Ratings VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 34 ff.; 174 ff. Die hier betrachteten Zertifizierungen führen ferner sodann nicht zu einer Bewertung im Sinne einer graduellen Abstufung der Einhaltung eines Standards, sondern sprechen nur ein binäres System an, nach dem das Zertifikat die Einhaltung eines Standards entweder bestätigt oder nicht.

261 Zertifizierungen können sodann öffentliche und/oder private Interessen verfolgen⁷⁸⁹. Der Zertifizierer als spezieller Dritter nimmt die Funktion eines Informationsintermediärs wahr, der die Informationskomplexität und letztlich die Transaktionskosten üblicherweise zugunsten aller Marktteilnehmer reduziert⁷⁹⁰. Zu beachten ist, dass das Zertifikat als primär internes Dokument zwischen Zertifizierungsauftraggeber und Zertifizierungsstelle nicht mit einem sich darauf abstützenden Kennzeichen bzw. Konformitätszeichen, das primär Dritten die erfolgreiche Zertifizierung anzeigen soll, zu verwechseln ist⁷⁹¹.

bb. Zertifizierungen im Kontext des Produktesicherheitsrechts der EU

262 Auf Zertifizierungen basierende Konformitätszeichen haben zunächst weitere Bekanntheit über die Produktesicherheitsgesetzgebung erlangt. Insbesondere das CE-Zeichen, das für das Inverkehrbringen von Gütern in der EU vorgeschrieben ist⁷⁹², ist auch hierzulande ein Begriff und findet sich auf unzähligen Produkten. Zu beachten ist dabei zunächst, dass solche (und auch andere) Kennzeichen nicht nur auf einer Fremdbewertung beruhen müssen, wie es der hier verstandene und vorher definierte Begriff der Zertifizierung impliziert⁷⁹³. Vielmehr kann eine entsprechende Konformitätsbewertung mit abschliessender Konformitätserklärung des Herstellers, die die Führung eines Konformitätszeichens ermöglicht, auch durch Eigenbewertungen zustande kommen.

263 Eigenbewertungsverfahren entsprechen letztlich der Betonung der Eigenverantwortung der Hersteller im Rahmen des von der EU verfolgten sog. «*New and Global Approach*» bzw. mit dem seit 2008 unter dem Namen «*New Legislative Framework*» verfolgten Rechtsrahmen⁷⁹⁴ im harmonisierten Bereich der Produktesicherheit⁷⁹⁵:

⁷⁸⁹ Vgl. VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 8.

⁷⁹⁰ VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 79 ff., 846; ferner vgl. auch DÉDEYAN, Zeichen, S. 276.

⁷⁹¹ Vgl. dazu auch Rn. 277 f. hiernach.

⁷⁹² Vgl. HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 40.

⁷⁹³ Beim hier verstandenen Begriff der Zertifizierung geht es sogar um eine qualifizierte Form der Fremdbewertung, nämlich um ein sog. *third party assessment* durch eine neutrale Dritte Stelle und nicht (bloss) ein *second party assessment* durch den (Produkt-)Abnehmer des Lieferanten, vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 41 ff.

⁷⁹⁴ Basierend auf «Beschluss Nr. 768/2008/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses 93/465/EWG des Rates» und auf der «Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates».

⁷⁹⁵ Im nicht-harmonisierten Bereich, also ausserhalb der Produktesicherheit, gilt das «Cassis-de-Dijon-Prinzip», vgl. VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 29 f.

Der «*Global Approach*» legt dabei mit dem CE-Kennzeichen zunächst einen Rahmen für die Konformitätsbewertung (bzw. die entsprechenden Verfahren) und die darauf basierende Produktkennzeichnung fest, damit Produkte europaweit ohne weitere Zulassungsverfahren in Verwirklichung der Warenfreiheit (Art. 34 AEUV) verkehrsfähig sind⁷⁹⁶. Im Grundsatz besteht mit den Konformitätsbewertungsverfahren keine Präventivkontrolle für das Inverkehrbringen von Gütern und die Hersteller sind selbst verantwortlich für die Einhaltung der entsprechenden (harmonisierten) Regeln. Als Gegengewicht zur fehlenden Präventivkontrolle prüfen die zuständigen Marktüberwachungsbehörden der einzelnen Länder allerdings dennoch nachgängig und stichprobenartig die Einhaltung der massgebenden Normen⁷⁹⁷. Ausnahmsweise ist bei gewissen (besonders gefährlichen) Produkten zudem auch eine Präventivkontrolle mit einer zwingenden Fremdbewertung im Sinne der hier verstandenen Zertifizierung vorgeschrieben. Diese Fremdbewertung wird in der Regel nicht von staatlichen, sondern von privaten Anbietern mit einer entsprechenden staatlichen Ermächtigung⁷⁹⁸ vorgenommen⁷⁹⁹. 264

Das im Einzelfall anwendbare Konformitätsbewertungsverfahren regelt die jeweils für das Produkt massgebende anwendbare sektorielle Gesetzgebung. Im Sinne einer Vorlage für den Gesetzgeber der sektoriellen Gesetzgebung hat der Europäische Rat acht solcher Verfahrenstypen, sog. Module, vorgezeichnet⁸⁰⁰. Der Gesetzgeber kann auch mehrere gleichwertige Module vorsehen, wobei dem betreffenden Hersteller in der Regel die Wahl überlassen ist, nach welchem Modul er für die Konformitätsbewertung vorgehen will⁸⁰¹. Gewisse Module sehen dabei Zertifizierungen (sei dies auf Produkt- oder Prozessebene, als Fertigungs- oder Endkontrolle) zur erfolgreichen Durchführung der Konformitätsbewertung vor, d.h. sie sind Grundlage, damit ein Hersteller eine Konformitätserklärung abgeben und entsprechend das CE-Zeichen an seinem Produkt anbringen kann⁸⁰². 265

⁷⁹⁶ Vorbehalten bleibt freilich das sog. «Schutzklauselverfahren» zur Beseitigung der Vermutungswirkung des CE-Kennzeichens im Rahmen von Art. 36 AEUV, vgl. DIMITROPOULOS, *Zertifizierung*, S. 120.

⁷⁹⁷ VON BÜREN, *Akkreditierte Zertifizierung*, S. 33 f.

⁷⁹⁸ Die in der EU entsprechend akkreditierten Organisationen sind sog. «benannte Stellen», weil sie von den nationalen Akkreditierern benannt werden müssen, vgl. HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 20; Botschaft THG 1995, S. 608.

⁷⁹⁹ VON BÜREN, *Akkreditierte Zertifizierung*, S. 32.

⁸⁰⁰ Siehe Anhang II des Beschlusses Nr. 768/2008/EG (entsprechend bekannt als «Modulbeschluss»). Die Gesetzgebung deckt sich sodann auch tatsächlich mit den «Vorlagen» des Modulbeschlusses, vgl. HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 37.

⁸⁰¹ HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 36.

⁸⁰² Vgl. VON BÜREN, *Akkreditierte Zertifizierung*, S. 33; sodann die Grafik bei HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 36.

266 Die die Produkteanforderungen beschreibende Gesetzgebung ist rudimentär gehalten mit dem Ziel, internationalen Strömungen in der technischen Normung zur Vermeidung von technischen Handelshemmnissen möglichst harmonisiert Rechnung tragen zu können. Die Konkretisierung der Anforderungen ist (privatrechtlich organisierten) europäischen Normenorganisationen (insb. CEN, CENELEC, ETSI) überlassen. Die entsprechenden Normen haben zwar keinen obligatorischen Charakter, bei deren Einhaltung profitiert der Hersteller aber von einer Vermutung der Gesetzes- bzw. Richtlinienkonformität.⁸⁰³ Im Gegensatz zur «alten» Herangehensweise, bei der die Gesetze selbst die Produkthanforderungen im Detail regelten, stellt diese spezielle Gesetzgebungsmethodik den «*New Approach*» dar⁸⁰⁴.

cc. Nachvollzug und Grundordnung des Zertifizierungswesens der Schweiz

267 Die Schweiz hat die Herangehensweise der EU bzw. des EWR im Produktsicherheitsrecht zum Abbau von technischen Handelshemmnissen teils staatsvertraglich im Rahmen der Bilateralen I von 1999 übernommen⁸⁰⁵ und andererseits auch teilweise autonom nachvollzogen^{806, 807}. Rechtsgrundlagen sind neben den Staatsverträgen bzw. zu deren Umsetzung die horizontalen Rahmenordnungen des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) und des Bundesgesetzes über die Produktsicherheit (PrSG)⁸⁰⁸. Art. 5 PrSG implementiert dabei den «*New Approach*» mit der entsprechenden Vermutungswirkung in Abs. 2 für gemäss Art. 6 Abs. 1 PrSG bezeichnete Normen⁸⁰⁹. Ferner sind gemäss der anwendbaren sektoriellen Gesetzgebung obligatorische Zertifizierungen bei gewissen Produkten mit besonderem Schädigungspotenzial Bedingung für das Inverkehrbringen^{810, 811}.

⁸⁰³ Vgl. HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 17, 47.

⁸⁰⁴ VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 31.

⁸⁰⁵ Über sog. *Mutual Recognition Agreements* (MRAs) mit der EG und den Staaten der EFTA, vgl. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.946.526.81) sowie Anhang I des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), abgeschlossen in Stockholm am 4. Januar 1960 (SR 0.632.31).

⁸⁰⁶ Das gilt insbesondere auch für das mit Art. 16a THG im Jahr 2010 einseitig eingeführte «Cassis-de-Dijon-Prinzip».

⁸⁰⁷ Vgl. VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 36 ff.

⁸⁰⁸ VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 64 f.

⁸⁰⁹ HESS, SHK PrSG, Art. 5 PrSG Rn. 1.

⁸¹⁰ Vgl. VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 66 f.

⁸¹¹ Zur Vermeidung von Missverständnissen hat die Produktsicherheitsgesetzgebung primär eine öffentlich-rechtliche Dimension und nur am Rande eine zivil- bzw. haftpflichtrechtliche. Diese wird vielmehr durch das Produktheftpflichtgesetz (PrHG) dominiert, wobei

Auf einer generelleren Ebene regelt Art. 18 THG (auf den im Übrigen Art. 5 268 Abs. 1 PrSG verweist), durch wen ein gesetzlich vorgesehener Prüfbericht oder Konformitätsnachweis durch Dritte erfolgen kann, damit diese von Behörden anerkenubar sind⁸¹². Gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. a THG handelt es sich dabei vor- dringlich um in der Schweiz akkreditierte Stellen. Art. 10 Abs. 1 THG beauf- tragt sodann grundlegend den Bundesrat, die entsprechende Akkreditierung de- taillierter zu regeln. Dabei beschränkt sich seine diesbezügliche Kompetenz nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich nicht nur auf die Akkreditierung von Stellen zur Bewertung der Konformität von (mithin wesentlichen, vor allem aus der Sicht des Produktsicherheitsrechts) Produkten, sondern auch auf Stellen zur Bewertung «gleichartiger Tätigkeiten hinsichtlich Personen, Dienstleistungen oder Verfahren.»⁸¹³ Dem Auftrag nach Art. 10 THG ist der Bundesrat mit der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (AkkBV) nachgekommen.

Auf das Produktsicherheitsrecht zurückgehend bildet letztlich also die 269 Gesetzgebung gegen technische Handelshemmnisse mit ihrer Ausführungs- gesetzgebung in Form der AkkBV die gesetzliche Grundordnung für das Zertifi- zierungswesen in der Schweiz. Mit diesem Hintergrund ist auf die Begriffs- bestimmung nochmals genauer zurückzukommen.

dd. Weitere Begriffsbestimmung

Nach dem Gesagten erschliesst sich, dass nicht jede Zertifizierung in rechtlicher 270 Hinsicht gleich bewertet werden kann. Grundlegend ist damit der Unterschied zwischen einer *Zertifizierung* durch eine *akkreditierte* und einer solchen durch eine *nicht akkreditierte Stelle*. *Gesetzlich geregelte Zertifizierungen*, d.h. solche, bei denen für die Vergabe eines Zertifikates gesetzliche Voraussetzungen be- stehen, können grundsätzlich basierend auf Art. 18 THG nämlich nur von ent- sprechend akkreditierten Stellen durchgeführt werden.

es nur für den Bereich der Frage unter Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG, ob ein «Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr ge- bracht wurde, nicht erkannt werden konnte», Überschneidungen namentlich auch mit der Vermutungswirkung von Art. 5 Abs. 2 PrSG geben kann, vgl. FURRER, Normung, S. 16. Als konkretes Beispiel für den erwähnten «*New and Global Approach*» vgl. ferner das Regime für die Zulässigkeit der Inverkehrsetzung von Medizinalprodukten, nach dem ge- mäss Art. 45 f. HMG i. V.m. Art. 4 MepV unter Verweis auf EU-Recht einerseits *Fremdbe- wertung* (d.h. Drittkontrolle) und andererseits auch *Eigenbewertung* (d.h. Selbstkontrolle) vorgesehen ist (wobei namentlich etwa über Art. 6 MepV noch zusätzliche Meldepflich- ten bestehen können). Art. 4 Abs. 2 MepV setzt dabei ferner die erwähnte Vermutungs- wirkung von Art. 5 Abs. 2 PrSG sektoriell in einem erweiterten Umfang um.

⁸¹² Vgl. ZIRLICK/STADELHOFER, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 18 THG Rn. 1.

⁸¹³ Vgl. auch ZIRLICK/STADELHOFER, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 10 THG Rn. 6.

- 271 Für die Vergabe der notwendigen Akkreditierung ist in der Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 1 AkkBV die dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) unterstehende Schweizerische Akkreditierungsstelle (SAS) zuständig. Die Anforderungen für eine Akkreditierung einer sich dafür interessierenden Stelle regelt Art. 7 AkkBV. Art. 7 Abs. 1 AkkBV verweist dabei grundlegend auf entsprechende internationale Normen und Grundsätze gemäss Anhang 2 der AkkBV. Für die Akkreditierung von Produktezertifizierern ist damit gemäss Anhang 2 lit. h AkkBV die Norm SN EN ISO/IEC 17065 und für die Akkreditierung von Managementsystemen gemäss Anhang 2 lit. f AkkBV die Norm SN EN ISO/IEC 17021 massgebend⁸¹⁴. Als zentrale Erfordernisse für eine Akkreditierung erweisen sich demnach die organisatorische und finanzielle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie eine genügende fachliche Kompetenz der Stelle und ihres Personals⁸¹⁵.
- 272 *Gesetzlich nicht geregelte Zertifizierungen* können sodann bis zur Unlauterkeitsgrenze, namentlich von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, von jeglichen Stellen erbracht werden⁸¹⁶. In Bezug auf gesetzlich nicht geregelte und in diesem Sinne private Zertifizierungen besteht damit eine grosse Vielfalt, wobei die normsetzende Stelle teils direkt das Zertifikat selbst vergibt und teils eine Zertifizierung durch (allenfalls unabhängige) Dritte oder sogar akkreditierte Stellen vorgesehen ist. Dem privatrechtlichen Gestaltungsspielraum sind dabei kaum Grenzen gesetzt.
- 273 Bei gesetzlich geregelter Zertifizierung handelt es sich mit dem Gesagten somit immer auch um eine akkreditierte Zertifizierung. Gesetzlich nicht geregelte Zertifizierung ist dagegen nicht mit nicht akkreditierter Zertifizierung gleichzusetzen. So können, wie gerade erwähnt, gesetzlich nicht geregelte Zertifizierungen sowohl durch akkreditierte als auch durch nicht akkreditierte Stellen erfolgen. Zu beachten ist ferner das Begriffspaar *der (gesetzlich) freiwilligen und der (gesetzlich) obligatorischen Zertifizierungen*. Grundsätzlich handelt es sich bei gesetzlich nicht geregelten Zertifizierungen immer um (gesetzlich) freiwillige Zertifizierungen⁸¹⁷. Gesetzlich geregelte Zertifizierungen können weiterhin

⁸¹⁴ Es handelt sich hier offenbar um dynamische Verweise auf die Normen, vgl. dazu auch Fn. 477.

⁸¹⁵ Siehe dazu Ziff. 4.2, 5.1.1, 5.2 und 6.1.2 SN EN ISO/IEC 17065:2012 bzw. Ziff. 4.2, 5.2, 6.1.1 und 7.1.1 ff. SN EN ISO/IEC 17021-1:2015. Vgl. ansonsten BGE 138 II 134 E. 4.3.4, S. 143 m.w.H.

⁸¹⁶ Vgl. hier auch ETTLER, Kommentar USG, Art. 43a USG Rn. 26.

⁸¹⁷ VAUTIER EIGENMANN sieht Zertifizierungen als obligatorisch an, soweit mind. eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung dazu besteht, womit sie einen Teil der allein vom Gesetz her (und in diesem Sinne gesetzlich) freiwilligen Zertifizierungen unter dem Begriff der «obligatorischen Zertifizierungen» begreift, vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 56, 63 ff.

aber obligatorisch oder auch freiwillig sein. Letztere Form findet sich insbesondere im Landwirtschaftsrecht. So muss kein Hersteller etwa ein Label für «bio», «öko» oder dgl.⁸¹⁸, ein Geflügelhaltungssiegel⁸¹⁹ oder ein «Alp»- oder «Berg»-Zertifikat⁸²⁰ an seine Nahrungsmittel bzw. Produkte anbringen.⁸²¹ Soweit ein Hersteller aber freiwillig seine Produkte entsprechend kennzeichnen will, hat er sich mit der betreffenden Zertifizierung obligatorisch an die gesetzlich vorgezeichneten Vorgaben zu halten. Ferner ist eine obligatorische Zertifizierung in diesem Sinne auch immer eine akkreditierte Zertifizierung.

ee. Zertifizierungsverfahren

Art. 5 Abs. 1 lit. b THG bestimmt für den gesetzlich geregelten Zertifizierungsbereich mit Bezug auf Zertifizierungsverfahren zunächst, dass diese in formeller Hinsicht grundsätzlich von privaten Stellen geführt werden und als privatrechtliche Tätigkeit ausgestaltet sein sollen⁸²². Grundlage für eine Zertifizierung, und damit im Wesentlichen auch für das entsprechende Verfahren, ist also ein privatrechtlicher Vertrag zwischen der Zertifizierungsstelle bzw. dem Zertifizierungsbeauftragten und dem Zertifizierungsantragssteller bzw. -auftraggeber⁸²³. 274

Für den gesetzlich geregelten Zertifizierungsbereich sieht Art. 5 Abs. 1 lit. a THG auch vor, dass Zertifizierungsauftraggeber für Konformitätsbewertungen 275

⁸¹⁸ Siehe Bio-Verordnung (auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 und Art. 15 LwG sowie Art. 21 Abs. 4 LMG), insb. Art. 2 Abs. 1 und 2 Bio-Verordnung.

⁸¹⁹ Siehe Geflügelkennzeichnungsverordnung (GKZV) (auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 und 15 LwG), insb. Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 GKZV.

⁸²⁰ Siehe Berg- und Alp-Verordnung (BAIV) (auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 LwG), insb. Art. 2 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 BAIV.

⁸²¹ Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, dass für das Inverkehrbringen von Produkten mit geschützten Ursprungsbezeichnungen (GUB) und geografischen Angaben (GGA) ebenfalls eine entsprechende freiwillige Zertifizierung gemäss der GUB/GGA-Verordnung (auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 LwG) vorgesehen ist. Der Regelungsrahmen enthält hier aber einige Besonderheiten, was bereits damit beginnt, dass GUB und GGA im Ausgangspunkt (allerdings bloss hier) an sich keine Qualitäts- sondern regionale Herkunftsangaben sind. Vgl. ansonsten eingehend VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 102 ff. und S. 34 mit Bezug auf den auch für die Schweiz wesentlichen entsprechenden Regelungsrahmen der EU.

⁸²² VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 58.

⁸²³ Vgl. Botschaft THG 1995, S. 594; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 296; VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 190 ff. Letztere qualifiziert den Vertrag im Übrigen als werkvertragähnlichen Innominatkontrakt (insbesondere, weil durch allfällige dauerhafte Überwachung und Zertifikatserneuerung ein für einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR atypisches Dauervertragsverhältnis vorliegt), wobei ein entsprechender privatrechtlicher Vertrag auch Grundlage für (ausnahmsweise) Zertifizierungen durch öffentlich-rechtlich organisierte Stellen ist.

zwischen gewissen Verfahrenstypen wählen können⁸²⁴. Für dieses aus der EU stammende Modulsystem orientiert sich die schweizerische sektorielle Gesetzgebung sodann inhaltlich an den EU-Modulen mit den entsprechenden verfahrensmässigen Vorgaben⁸²⁵. Schliesslich enthalten für den akkreditierten Zertifizierungsbereich auch die AkkBV und insbesondere die darin in Anhang 2 verwiesenen Normen Vorgaben zum Zertifizierungsverfahren⁸²⁶.

- 276 Der Ablauf des Zertifizierungsverfahrens lässt sich in der Regel in die Phase des Antrags, der Bewertung bzw. Untersuchung und des Entscheides (sowie zusätzlich allenfalls Streitbeilegung) einteilen⁸²⁷. Am erfolgreichen Ende des Zertifizierungsverfahrens mit einem positiven Entscheid wird dem Zertifizierungsauftraggeber vom Zertifizierungsbeauftragten sodann ein entsprechendes Zertifikat ausgestellt. Es sei hier noch angemerkt, dass u.a. die Untersuchung der Einhaltung von Managementsystemen über sog. «Audits» erfolgt⁸²⁸, die hier im Übrigen (über die Zeit mit unterschiedlicher Intensität) auch fortgesetzt werden müssen, wenn die Zertifizierung aufrechterhalten werden soll⁸²⁹.

ff. Zertifikat: Inhalt und Hinweisung (u.a. mit Kennzeichnung)

- 277 Mit der oben genannten Definition der Zertifizierung ist das Zertifikat letztlich die Bestätigung der Konformität des Untersuchungsgegenstandes mit einer Norm durch eine zertifizierende bzw. entsprechend beauftragte Stelle⁸³⁰. Das Zertifikat bestätigt als Schriftstück mithin das negativ ausfallende Resultat bei der Untersuchung von Normabweichungen und ist mit Bezug auf den Untersuchungsgegenstand und die zugrundegelegte Norm an den Zertifizierungsauftraggeber gerichtet⁸³¹.
- 278 Zur Tragung einer erfolgten Zertifizierung nach aussen kann in jeglicher Form, sei es in Wort, Text, Symbolen oder ähnlichem, durch den Zertifizie-

⁸²⁴ ZIRLICK/STADELHOFFER, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 5 THG Rn. 3.

⁸²⁵ VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 58 f., 73; vgl. ansonsten auch Rn. 265 hier-
vor.

⁸²⁶ Vgl. VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 59; ferner Rn. 271 hiervor.

⁸²⁷ Vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 299 ff.; VON BÜREN, Akkreditierte Zerti-
fizierung, S. 59 f.

⁸²⁸ Vgl. Ziff. 4.4 (insb. auch note 1) SN EN ISO/IEC 17000:2004; darüber hinaus auch
Ziff. 3.13 SN EN ISO/IEC 9000:2015; die Norm SN EN ISO 19011 enthält im Übrigen
eine (empfehlungsmässige) Anleitung in Bezug auf die (interne und externe) Auditierung
von Managementsystemen.

⁸²⁹ MOSER, AJP 1997, S. 186; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 304 ff.; GROB, Qua-
litätsmanagement, S. 35; ferner auch RUSSEGGER, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 269.

⁸³⁰ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 313, im Übrigen mit einer Diskussion der
Rechtsnatur des Zertifikats in Rn. 316 ff.

⁸³¹ Vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 303, 314.

rungsauftraggeber auf das Zertifikat hingewiesen werden. Der zulässige Rahmen wird hier zunächst nur durch Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG abgegrenzt. Der Zertifizierungsauftraggeber erhält darüber hinaus aber auch aufgrund von öffentlich-rechtlichen Kennzeichenregelungen oder auf privatrechtlichem Wege über die Verwendungsmöglichkeiten von Marken das Recht, bisweilen teilweise auch die Pflicht⁸³², auf eine erfolgte Zertifizierung mit fremden Symbolen (bzw. solchen, an denen fremde Rechte bestehen) hinzuweisen⁸³³. Diese qualifizierten Hinweissymbole bzw. -kennzeichen lassen die Öffentlichkeit noch stärker in eine entsprechend erfolgreiche Zertifizierung vertrauen⁸³⁴. Als speziell für dieses Bedürfnis vorgesehenes Medium besteht im privatrechtlichen Bereich aufgrund von Art. 21 MSchG das Institut der Garantiemarke, dessen sich jeder bedienen kann, der die entsprechenden reglementarischen Bedingungen etwa im Sinne einer Zertifizierung erfüllt⁸³⁵. Die Garantiemarke wird in diesem Sinne auch als Gewährleistungszeichen verstanden⁸³⁶.

b. Gegenstand von Zertifizierungen: Unternehmenszertifizierungen im Besonderen

Mit einem Zertifikat wird entsprechend dem Gesagten letztlich die fehlende Differenz des Ist-Zustandes eines vorgelegten Untersuchungsgegenstandes mit einem in einem Standard bzw. einer Norm festgelegten Soll-Zustand durch einen Zertifizierer schriftlich bekundet⁸³⁷. War bisher vor allem die Rede davon, in welchen Rahmen sich Zertifizierungen einbetten, wie sie zustande kommen und wie die abschliessende Bestätigung entsteht und zum Tragen kommt, so verdient nun der Untersuchungsgegenstand eine noch genauere Betrachtung. Der für diese Arbeit zentrale Begriff der Unternehmenszertifizierung erschliesst sich in der Folge aus einer entsprechend besonderen Art von Untersuchungsgegenstand. 279

Wie Art. 10 Abs. 1 THG und Art. 1 Abs. 1 lit. a AkkBV grundsätzlich indizieren, kommt (in nicht abschliessender Weise) zunächst eine Zertifizierung von Produkten (i.e.S.), Dienstleistungen, Personen und Verfahren bzw. Systemen in Betracht⁸³⁸. Diese Liste macht zunächst in Bezug auf die Zertifizierungsgegenstände einen unsystematischen Eindruck, der auch mit Blick auf die in lit. f–h des Anhang 2 AkkBV genannten ISO-Normen nicht beseitigt wird. Ein 280

⁸³² VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 74.

⁸³³ DÉDEYAN, Zeichen, S. 239 ff.; VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 111.

⁸³⁴ Vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 321.

⁸³⁵ HOLZER, SHK MSchG, Art. 21 MSchG, Rn. 8; DÉDEYAN, Zeichen, S. 245.

⁸³⁶ Vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 322 ff.

⁸³⁷ Vgl. auch RUSSEGGER, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 269.

⁸³⁸ Vgl. auch VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 8.

Blick in die für die weit verbreiteten ISO-Normen für Zertifizierungen massgeblichen Definitionsnormen SN EN ISO/IEC 17000:2004 und SN EN ISO 9000:2015 kann m.E. aber dabei helfen, eine gewisse Struktur zu erkennen.

281 Zunächst ist ein «Produkt» in Ziff. 3.4.2 SN EN ISO 9000:2005 (der Vorläuferversion von SN EN ISO 9000:2015) wie in Ziff. 3.3 SN EN ISO/IEC 17000:2004 als «Ergebnis eines Prozesses» definiert. Ziff. 3.7.6 SN EN ISO 9000:2015 beschreibt den Begriff «Produkt» sodann neu als Sachgut, um damit in Ziff. 3.7.7 SN EN ISO 9000:2015 «Dienstleistungen» ihrer Wichtigkeit entsprechend besonders hervorheben zu können⁸³⁹. Anstelle des Begriffes «Produkt» wird nun «Output» in Ziff. 3.7.5 SN EN ISO 9000:2015 im Sinne eines Oberbegriffes als «Ergebnis eines Prozesses» definiert. Der Begriff «Produkt» hat insofern also mit dem neusten Update der ISO-9000-Norm eine Wandlung von einer Bedeutung i.w.S. hin zu einer Bedeutung i.e.S. erfahren.

282 Als «Prozess» wird sodann nach Ziff. 3.4.1 SN EN ISO 9000:2015 ein Komplex bzw. Satz in Wechselbeziehung oder Wechselwirkung stehender Tätigkeiten (in diesem Sinne Tätigkeits-Sätze) angesehen, die Input in Output transformieren. Dies ist ein weites Verständnis des Begriffes «Prozess», der nach Ziff. 3.4.2 SN EN ISO 9000:2015 weiterhin nicht im Gegensatz zum Begriff «Projekt» steht, sondern diesen umfasst⁸⁴⁰. Ein «Verfahren» ist sodann nach Ziff. 3.4.5 SN EN ISO 9000:2015 bzw. Ziff. 3.2 SN EN ISO/IEC 17000:2004 eine Tätigkeit oder ein Prozess nach einem vorgezeichneten Ablauf bzw. eine in Art und Weise festgelegte Ausführung. Bei einem «System» handelt es sich nach Ziff. 3.5.1 SN EN ISO 9000:2015 schliesslich um einen Komplex von miteinander in Wechselbeziehung oder in Wechselwirkung stehenden Elementen, zu denen insbesondere Prozesse zu zählen sind⁸⁴¹.

283 Mit diesem Begriffsraaster zeigt sich vorab auffallend, dass alle eingangs erwähnten Zertifizierungsgegenstände auf Tätigkeiten beruhen, bei denen zunächst die *Kompetenzen* der involvierten Personen der Bezugspunkt für Anforderungen sind⁸⁴². Die Zertifizierung von Personen erschöpft sich dabei in diesem Punkt. Die anderen genannten Zertifizierungsgegenstände beruhen sodann aber alle weiter auf Prozessen. Diese *Prozesse* sind ein weiterer Bezugspunkt bei Zertifizierungen, wobei als Referenzgrössen (vorgezeichnete) Verfah-

⁸³⁹ Vgl. GARSCHA, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 27.

⁸⁴⁰ Siehe aus betriebswirtschaftlicher Sicht zum engeren Begriff des Prozesses als repetitive Handlungsform im Gegensatz zu einem Projekt etwa CACHON/TERWIESCH; Matching, S. 80; POSLUSCHNY, Prozessmanagement, S. 14. Managementstandards erfassen so grundlegend das gesamte *Operations Management*, vgl. CACHON/TERWIESCH; Matching, S. 3 f.

⁸⁴¹ Siehe hier auch GARSCHA, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 27.

⁸⁴² Vgl. Ziff. 3.2 und 3.6 SN EN ISO/IEC 17024:2012.

ren dienen. Dies trifft letztlich auch auf Systeme zu, wobei hier der Bezugspunkt entsprechend ein ganzer *Prozesskomplex* ist.⁸⁴³ Schliesslich ergeben sich als Bezugspunkt bei Produkten i.e.S. auch deren *physische und funktionale Eigenschaften*.

M.E. ist mit dieser Betrachtung zwischen einem formellen und einem materiellen Zertifizierungsgegenstand zu unterscheiden. Formell mag der entsprechende Zertifizierungsgegenstand zwar, wie oben erwähnt, eine Person, ein Produkt, eine Dienstleistung, ein Verfahren, ein System oder dgl. sein. Materiell werden aber letztlich nur persönliche Kompetenzen, organisatorische Prozesse (und Prozesskomplexe) oder physische und funktionale Eigenschaften als Zertifizierungsgegenstände untersucht. Dabei ist zu beachten, dass einzelne formelle Zertifizierungsgegenstände durchaus mehrere materielle Untersuchungsgegenstände vereinigen können. So können bei einem Produkt die Kompetenz der herstellenden Personen, der Herstellungsprozess (je nach dem auch innerhalb eines gewissen Systems) und schliesslich physische und funktionale Eigenschaften geprüft werden⁸⁴⁴. Bei Dienstleistungen entfällt Letzteres wiederum üblicherweise⁸⁴⁵. 284

Ist der formelle Zertifizierungsgegenstand schliesslich ein Unternehmen, so geht es in materieller Hinsicht um *Prozesse* eines Unternehmens. Unternehmenszertifizierungen haben so materiell das *Managementprozesssystem* bzw. den *-prozesskomplex* zur Leistungsbereitstellung einer Unternehmung zum Gegenstand⁸⁴⁶. Soll-Standards bzw. Soll-Normen für die formellen Zertifizierungsgegenstände nehmen für ihre Anforderungen Bezug auf die materiellen Untersuchungsgegenstände. Im Bereich der Unternehmenszertifizierungen geben entsprechend sog. Managementsysteme bzw. Managementstandards Soll-Anforderungen in Bezug auf den organisatorischen Prozesskomplex eines Unternehmens vor. Diese Managementstandards sollen nach einem kurzen Überblick zu den Rechtsverhältnissen aus Zertifizierungen sogleich noch etwas genauer beleuchtet werden⁸⁴⁷. 285

⁸⁴³ Entsprechend wird die Prozessorientierung seit dem Jahr 2000 als zentraler Ansatz in der grundlegenden Qualitätsmanagement-Norm ISO 9001 betrachtet, vgl. SZABO, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 3; PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S.62; BRUGGER-GEHARDT, ISO 9001:2015, S. 9 ff.; ZECH, Qualitätsmanagement, S. 8 f.

⁸⁴⁴ Siehe hier sodann auch die Herangehensweise im Produktsicherheitsrecht: Im Einklang mit dem moderneren, ganzheitlichen Ansatz ist der materielle Untersuchungsgegenstand nicht notgedrungen die Prüfung der physischen und funktionalen Eigenschaften des Produktes, sondern das Qualitätsmanagementsystem, vgl. Modul D, E und H von Anhang II des Beschluss Nr. 768/2008/EG; dazu auch HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 37 ff.

⁸⁴⁵ Vgl. MERTEN/RUSSEGGER, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 234.

⁸⁴⁶ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 81 f.

⁸⁴⁷ Vgl. dazu Rn. 293 ff. hiernach.

2. Zertifizierungsdreieck

- 286 Über eine Zertifizierung entsteht grundsätzlich ein Dreiecksverhältnis. Dabei stehen sich zunächst der Zertifizierungsverwender und die Zertifizierungsstelle gegenüber. Ihr Verhältnis basiert primär auf einem Vertrag, soweit es sich beim Zertifizierungsverwender um den -auftraggeber handelt⁸⁴⁸. Im Weiteren tritt die Position des Dritten hinzu. In der Regel handelt es sich beim Vertrag zwischen der Zertifizierungsstelle und dem Zertifizierungsauftraggeber nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR. Einem Dritten werden keine vertraglichen Ansprüche vermittelt; letztlich aus dem Grund, dass die Dritten im Vertrag zwischen der Zertifizierungsstelle und dem Zertifizierungsauftraggeber vorraussichtlich nicht genügend bestimmt sein werden^{849, 850}. Die Position des Dritten wird aber durch eine Zertifizierung geprägt, soweit er allgemein oder im Speziellen mit entsprechenden Zeichen auf ein Zertifikat hingewiesen wurde^{851, 852}. Dies kann im Rahmen des Konsens nach Art. 1 Abs. 1 OR und dem auf Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB basierenden Vertrauensprinzip zunächst auf die Leistungsdefinition in einem Vertrag zwischen dem Zertifizierungsverwender und dem Dritten Einfluss haben und im Hinblick darauf auch bei der *culpa in contrahendo*⁸⁵³. Ein individueller Hinweis auf eine Zertifizierung kann im Rahmen der Vertrauenshaftung schliesslich relevant werden⁸⁵⁴.
- 287 Ferner kann der generell nach aussen an Dritte getragene Hinweis auf eine Zertifizierung die Einstufung des Zertifizierungsverwenders in einen höheren Verkehrskreis mit Bezug auf dessen Sorgfaltspflicht zur Folge haben, wenn die Zertifizierung wie gerade bei Unternehmenszertifizierungen allenfalls erhöhte Kenntnisse suggeriert⁸⁵⁵. Der Hinweis nach aussen auf eine Zertifizierung führt

⁸⁴⁸ Vgl. dazu Rn. 274 hiervor.

⁸⁴⁹ Vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 646, 641, nach eingehender Analyse ab Rn. 619 ff., generell ihre Ausführung allerdings im Hinblick auf Ansprüche aus einem Vertrag zugunsten Dritter gegen die Zertifizierungsstelle.

⁸⁵⁰ Zum weiter als Anspruchsgrundlage allenfalls beizuziehenden Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter sowie der Drittschadensliquidation vgl. die hier entsprechend geltenden Ausführungen und Hinweise in Fn. 863.

⁸⁵¹ Vgl. dazu Rn. 278 hiervor sowie VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 522 ff.

⁸⁵² Zu beachten ist hier ferner auch, dass Zertifizierungsstellen auch Register – etwa mit managementzertifizierten Unternehmen – führen und ein Hinweis so auch nicht direkt über das Unternehmen, sondern indirekt erfolgen kann, vgl. JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 19. Siehe in diesem Zusammenhang ferner etwa auch www.sqs.ch/de/Zertifizierte-Unternehmen (zuletzt besucht am 31. Dezember 2016).

⁸⁵³ Vgl. dazu VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 494 ff.; DÉDEYAN, Zeichen, S. 225 ff.; SPINDLER, Unternehmensorganisationspflichten, S. 815.

⁸⁵⁴ Siehe dazu Rn. 253 hiervor.

⁸⁵⁵ Siehe dazu m.w.H. auch Rn. 160 hiervor.

hier zu einer erhöhten Sorgfaltspflicht, da diesem Umstand *Verkehrskreisrelevanz* zukommt.⁸⁵⁶ Keinen Einfluss hat diesbezüglich, ob der Hinweis wahrheitsgemäss ist oder nicht, da es sich im letzteren Fall entsprechend um Übernahmeverschulden handelt⁸⁵⁷. Das Haftungsrisiko für den Zertifizierungsverwender ist somit durch den Hinweis auf die Zertifizierung aus dieser Perspektive generell erhöht⁸⁵⁸.

Ein spezifisches Haftungsrisiko kann sich für den Zertifizierungsverwender sodann einstellen, wenn der generell nach aussen an Dritte getragene Hinweis auf eine Zertifizierung unwahr ist. Er kann dadurch namentlich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (für grundsätzlich jedes Verschulden) oder Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB (bei Vorsatz) haftbar werden^{859,860}. Wahrscheinlich eher ausnahmsweise kann er mit Bezug auf eine Unternehmenszertifizierung ausserdem allenfalls auch aus Vertrauenshaftung haftbar werden⁸⁶¹. 288

Die letzte Seite des Zertifizierungsdreiecks bildet schliesslich das Verhältnis zwischen der Zertifizierungsstelle und dem Dritten. Im Vordergrund steht hier, inwiefern der Dritte die Zertifizierungsstelle für einen erlittenen Schaden haftbar machen kann. Ein dafür zweckdienlicher echter Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR aus dem Vertragsverhältnis der Zertifizierungsstelle mit dem Zertifizierungsauftraggeber mit Ansprüchen des Dritten gegen die Zertifizierungsstelle wird dabei regelmässig nicht vorliegen^{862,863}. Dies ist nicht zuletzt auch daher der Fall, weil die Zertifizierungsstelle die Belangung durch Dritte im Zertifizierungsvertrag üblichermassen ausschliesst⁸⁶⁴. Grund- 289

⁸⁵⁶ Im Ergebnis gleich MOSER, AJP 1997, S. 187 f.; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 491 f.

⁸⁵⁷ Vgl. dazu auch Rn. 159 hiavor.

⁸⁵⁸ Vgl. auch SPINDLER, Unternehmensorganisationspflichten, S. 816.

⁸⁵⁹ Je nach Auffassung auch auf der Grundlage von Art. 55 OR oder i.V.m. Art. 722 OR.

⁸⁶⁰ Vgl. dazu Rn. 241 ff. und 238 hiavor.

⁸⁶¹ DÉDEYAN, Zeichen, S. 269 und 274 ff., dessen Ausführungen aber auf der Rechtslage beruhen, dass für eine Vertrauenshaftung noch keine Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit des Eingehens eines risikoabsichernden Vertrages von der Rechtsprechung gefordert war, wodurch der Weg für eine Anrufung der Vertrauenshaftung nun aber erschwert sein dürfte; vgl. hierzu ansonsten auch Rn. 252 ff. m.w.H. und VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 813 ff. und 859.

⁸⁶² Vgl. die Hinweise bei Fn. 849.

⁸⁶³ Ein Anspruch auf der Grundlage eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter oder die Geltendmachung eines Drittschadens im Rahmen einer Drittschadensliquidation wird, soweit die Rechtsinstitute überhaupt anerkannt werden, vor allem wohl auch wegen der fehlenden gemeinsamen Interessenslage von Zertifizierungsauftraggeber und Drittem scheitern, vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 660 ff., insb. 665; für Ratings VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 889 ff., insb. Rn. 892 f.

⁸⁶⁴ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 647.

sätzlich kommt hier erfolgsversprechender wiederum Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in Betracht⁸⁶⁵. Der Tatbestand kann nämlich nicht nur durch den Unternehmensträger selbst, sondern auch durch Dritte, hier die Zertifizierungsstelle, im Sinne einer Drittbegünstigung erfüllt werden⁸⁶⁶. Dass seine Angabe allenfalls indirekt, nämlich über die Hinweise des Zeichenverwenders verbreitet wird, sollte die Erfüllung des Tatbestandes letztlich grundsätzlich nicht verhindern⁸⁶⁷.

290 Hier bildet die Vertrauenshaftung im Übrigen eine mögliche Grundlage für eine Haftung der Zertifizierungsstelle gegenüber Dritten⁸⁶⁸. VAUTIER EIGENMANN vertritt diesbezüglich allerdings eine restriktive Meinung, da das Zertifikat an einen ungemein weiteren Personenkreis als etwa eine Expertise gerichtet sei und die Zertifizierungsstelle mit diesen Dritten in der Regel weder direkt noch indirekt überhaupt einen nennenswerten Kontakt habe, der die Annahme einer Sonderverbindung rechtfertige⁸⁶⁹. Das Bundesgericht wies in diesem Zusammenhang auch in Bezug auf eine Unternehmenszertifizierung in ähnlich restriktiver Haltung jüngst darauf hin (ohne sich mit Lehrmeinungen auseinanderzusetzen), dass ein ISO-Zertifikat für sich allein noch kein Vertrauen bilde⁸⁷⁰. Es betonte dabei die strengen Voraussetzungen für eine Vertrauenshaftung und wies letztlich die Beschwerde in der Sache ab, weil die Beschwerdeführerin den Inhalt des geltendgemachten Vertrauens nicht genügend nachweisen konnte⁸⁷¹.

291 M.E. ist diese restriktive Haltung in Bezug auf eine Vertrauenshaftung der Zertifizierungsstelle angemessen, insbesondere soweit es sich um trägerinitiierte Zertifizierungen handelt. Die Zertifizierung erfolgt hier nämlich primär im Interesse des Unternehmensträgers, um sein Produkt (i.w.S.) vermarkten zu können, indem *seine* Kommunikation mit Lieferanten und Abnehmern erleichtert

⁸⁶⁵ Je nach Auffassung wiederum auch auf der Grundlage von Art. 55 OR oder i.V.m. Art. 722 OR.

⁸⁶⁶ Vgl. VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 762 sowie Rn. 247 ff. hiervor.

⁸⁶⁷ Vgl. JUNG, SHK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rn. 19. Dies muss umso mehr gelten, weil die Zertifizierungsstellen davon ausgehen müssen, dass eine entsprechende Zertifizierung an die Öffentlichkeit getragen wird; auch im Fall, dass im Zertifizierungshinweis auch die Zertifizierungsstelle genannt ist, was insbesondere beim Hinweiskennzeichen auf Unternehmenszertifizierungen nach ISO 9000 oder ISO 14000 nicht unüblich ist. Ferner weisen die Zertifizierungsstellen bisweilen auch selbst auf erfolgte Zertifizierungen hin, vgl. hierzu auch Fn. 852 (mit der entsprechenden Problematik mit umgekehrten Vorzeichen).

⁸⁶⁸ VASELLA, Ratingagenturen, Rn. 813 ff. und 859; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 904 ff.; vgl. auch Rn. 252 ff. m.w.H.

⁸⁶⁹ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 942.

⁸⁷⁰ BGE 142 III 84 E. 3.5, S. 90.

⁸⁷¹ BGE 142 III 84 E. 3.3, S. 88.

wird⁸⁷². Adressat einer entsprechenden Haftung sollte demnach hier mindestens primär also auch der Träger des Zertifizierungsgegenstandes sein.

Der in diesem Abschnitt vorgenommene Überblick über die Verhältnisse im Zertifizierungsdreieck zeigt zunächst, dass haftungsmässig die Position des Trägers des Zertifizierungsgegenstandes, mithin der Unternehmensträger, hervorsticht. In der vorliegenden Arbeit ist das Augenmerk aber nicht primär auf besagtes Dreieck, sondern auf die Haftungssituation der Organpersonen des Unternehmensträgers gelegt. Dem Dreieck ist dazu gewissermassen ein vierter Bezugspunkt beizufügen, der das Schema bildlich in die dritte Dimension zu einem Tetraeder erhebt. Von besonderem Interesse sind dabei die Verhältnisse von Dritten sowie des Unternehmensträgers zu den besagten Organpersonen. Weniger von Bedeutung ist schliesslich das Verhältnis zwischen der Zertifizierungsstelle und der Organperson persönlich, da dazu kaum direkte Pflichten innerhalb von deren Organstellung bestehen bzw. ihr solche kaum auferlegt werden. Das letztgenannte Verhältnis wird daher im Folgenden auch nicht mehr weiter angesprochen. 292

III. Managementstandards

1. Hintergrund und Relevanz von Managementstandards

Wie bereits erwähnt, ist nun nochmals auf Managementstandards im Sinne von Soll-Anforderungen in Bezug auf den organisatorischen Prozesskomplex eines Unternehmens zurückzukommen. Managementstandards haben ihren Hintergrund zunächst im Qualitätsmanagement. Qualitätsmanagement ist aus der Sicht des *Operations Management*, das sich mit der Leistungsbereitstellung eines Unternehmens befasst, die Weiterentwicklung der Qualitätssicherung von der blossen (Produkt-)Endkontrolle hin zur Fertigungskontrolle und schliesslich zur unternehmensweiten Produktqualitätsausrichtung auch ausserhalb der eigentlichen Produktion. So hat sich die Qualitätssicherung über die Entwicklungsstufen bzw. die entsprechenden Beiträge im Bereich des *Operations Management* zur Leistungserstellung von Unternehmen herausgebildet⁸⁷³. Der Ursprung förmlicher Kontrollen lag dabei zunächst darin, dass durch die arbeitsteilige Vorgehensweise der industrialisierten Massenproduktion der Blick der an den einzelnen Arbeitsschritten beteiligten Arbeiter für das funktionsfähige Endprodukt ver- 293

⁸⁷² Wobei die Zertifizierungsstelle letztlich auch nur schwer abschätzen kann, welchen Inhalt die betreffende Kommunikation enthalten wird, vgl. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 942.

⁸⁷³ Vgl. dazu HEIZER/RENDER; Operations Management, S. 41.

wischt war. Dem sollte mit entsprechenden Endkontrollen entgegengewirkt werden, womit der zielbewusst organisierte Betriebsablauf geboren war.⁸⁷⁴

294 Der industrielle Massenproduktionsprozess bedingte dabei auch eine Austauschbarkeit und mithin eine Standardisierung der Teile des massenweise produzierten Einheitsproduktes⁸⁷⁵. Exakt normierte Soll-Vorgaben basierend auf einheitlichen Messgrößen und entsprechender Messtechnik waren dazu unabdingbar⁸⁷⁶. Letztlich war damit auch der technische Standard als schriftlich dokumentierte Soll-Norm geschaffen⁸⁷⁷. Das Kontrollbedürfnis war ferner bald nicht mehr nur auf das Endprodukt beschränkt⁸⁷⁸. Statistische Kontrollverfahren wurden sodann vermehrt eingesetzt, um die Effizienz der Prüfungen zu steigern, was in der Gesamtheit bis in den zweiten Weltkrieg hinein eine entsprechend immer verfeinerte Qualitätslenkung unter Einbezug des Herstellungsprozesses zur Folge hatte⁸⁷⁹.

295 Mit den gewachsenen (Qualitäts-)Anforderungen des Militärs in den USA⁸⁸⁰ wurde die nunmehr auf Fehlervermeidung statt blosser Fehlerentdeckung gerichtete Qualitätslenkung bis zum Ende des zweiten Weltkrieges zu den Grundlagen

⁸⁷⁴ GROB, Qualitätsmanagement, S. 3.

⁸⁷⁵ ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 20 f.

⁸⁷⁶ ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 25 f.

⁸⁷⁷ Entsprechend umfassende internationale Harmonisierungsanstrengungen wurden etwa 1926 auch mit der «International Federation of the National Standardizing Associations» unternommen, eine der Vorläuferorganisationen der ISO, vgl. KUERT, Founding of ISO, S. 15. Die sektorielle IEC bestand demgegenüber schon seit 1906, *ders.*, S. 16.

⁸⁷⁸ Vgl. INJAC, Entwicklung, S. 17. Das Kontrollbedürfnis war dabei durchaus auch zunehmend regulatorischer Natur zum Schutze der Verbraucher. In diese Entwicklungsstufe fällt im Übrigen auch die Geburt der ursprünglich auf die Fertigungskontrolle ausgerichteten gesetzlichen Standards wie *Good Manufacturing Practice* (GMP) und *Good Laboratory Practice* (GLP), wie sie sich vorab in der Lebensmittel-, Kosmetik- und Pharmaindustrie entwickelt haben. Heute besteht in diversen Ländern eine fast unüberschaubare Menge an entsprechenden *Good Practice*-Standards (etwa GCP, GVP, GDP, GTP, GHP; zusammengefasst auch als GxP bezeichnet, speziell der Begriff GMP wird ferner noch mit Zusätzen zur Unterscheidung der Herkunftsländer versehen, sodass z.B. cGMP, EU GMP oder PIC/S GMP verwendet wird), die für diverse Industrien und Tätigkeitsbereiche Qualitätssysteme (detailliert und/oder als Generalklauseln) vorschreiben. Diese *Good Practice*-Standards (soweit es sich tatsächlich um einen *Good-Practice*-Standard im vorliegenden Sinne handelt) sind im Übrigen nicht mit *Best Practice*-Standards oder Mindeststandards zu verwechseln, denn sie zielen auf den gesetzlichen Standard, vgl. dazu auch Rn. 168 hiervor und Rn. 346 hiernach.

⁸⁷⁹ GROB, Qualitätsmanagement, S. 4.; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 30, wobei im Zuge der vor allem mit der sog. *Statistical Process Control* (SPC) ab den 1930er-Jahren erreichten eigentlichen Qualitätslenkung ergänzend das PDCA-Modell (Plan-Do-Check-Act-Modell) zur Verbesserung der Herstellungsprozesse entwickelt wurde.

⁸⁸⁰ Die mitunter auch oberhalb dessen standen, was der Markt selbst hervorgebracht hätte, vgl. INJAC, Entwicklung, S. 17.

eines eigentlichen Qualitätsmanagements weiterentwickelt⁸⁸¹. Es ging darum, Qualitätskonzepte nicht mehr nur im Produktionsprozess, sondern unternehmensweit im Sinne eines *Total Quality Management* (TQM) anzuwenden⁸⁸². Es handelte sich letztlich um eine horizontale Ausdehnung der Qualitätssicherung auf das gesamte Unternehmen.

Daneben erstreckten sich die Anforderungen des Militärs bei seinen Beschaffungen mit grösserer Komplexität der Güter auch nicht mehr bloss auf das Endprodukt, sondern erfassten zunehmend auch die Organisation der Produktion der Zulieferer⁸⁸³. Die Qualitätssicherungsbestrebungen verschoben sich damit vom Abnehmer auch auf den Lieferanten⁸⁸⁴ und es ist hier eine entsprechende vertikale Ausdehnung der Qualitätssicherung zu beobachten. Dazu wurden zunächst beim Militär, später aber auch in der Industrie die entsprechenden Anforderungen ab den 1950er Jahren in standardisierte Beilagen für Beschaffungsverträge gegossen, die ihrem Format nach an den schon länger für technische Soll-Spezifikationen bestehenden Normen angelehnt waren⁸⁸⁵.⁸⁸⁶ Der Lieferant hatte dabei gewisse, in Audits darzulegende, organisatorische Vor-

⁸⁸¹ INJAC, Entwicklung, S. 18.

⁸⁸² Vgl. HILL/HILL; Operations Management, S. 542 ff.; GROB, Qualitätsmanagement, S. 5. Hier ergeben sich auch inhaltliche *Unterschiede zwischen Managementstandards allgemein und den Good Practice-Standards* die unter anderem in der Lebensmittel-, Kosmetik- und Pharmaindustrie mit den Kürzeln GMP, GLP und dgl. verbreitet sind (nebst dem, dass es sich bei Letzteren grundsätzlich um gesetzliche Standards handelt): Zunächst ist das Ziel der *Good Practice*-Standards auf die Verbrauchersicherheit ausgerichtet, wobei das Ziel von Managementstandards weiter geht (so ist SN EN ISO 9001:2015 z.B. auf Qualität im Sinne von Leistungszufriedenheit diverser Anspruchsgruppen gerichtet). Die *Good Practice*-Standards sind sodann primär auf die Fertigungs- oder spezifische Verfahrenskontrolle gerichtet, beanspruchen aber nicht Vorgaben für das gesamte Unternehmen bzw. die gesamte Unternehmensorganisation und alle Unternehmensbereiche. Die vorgegebenen Qualitätssysteme wenden sich zwar auch an die Leitung des Unternehmens, aber letztlich *nicht in der gesamten Breite* der Unternehmensorganisation. Daneben nehmen diese Qualitätssysteme aber auch Elemente auf, die dem Qualitätsmanagement entnommen sind. So enthalten die Standards etwa *nicht mehr nur statische Vorgaben (zur Qualitätssicherung im klassischen Sinne), sondern integrieren nun auch Anforderungen an Verbesserungsprozesse* für eine dynamische Entwicklung der Qualität (vgl. hier zum Entwicklungszusammenhang im Bereich des Qualitätsmanagements auch Rn. 297). Die von GMP, GLP und ähnlichen Standards vorgeschriebenen *Qualitätssysteme wachsen materiell daher zusehends von Qualitätssicherungs- zu Qualitätsmanagement-Systemen heran* (vgl. dazu weiter auch Rn. 334 hiernach und Fn. 978).

⁸⁸³ ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 21.

⁸⁸⁴ Vgl. GROB, Qualitätsmanagement, S. 4.

⁸⁸⁵ Diese Beilagen wiesen alsbald den Zug eigentlicher Regelwerke auf, sodass zunächst für die US-Armee der Standard MIL-Q 9858, später für die NATO-Streitkräfte der Standard AQAP und sodann im Vereinigten Königreich der Standard DEF STANS bekannt waren, vgl. ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 22 f. mit entsprechendem Hinweis auf weitere Stan-

kehrungen zu treffen, damit seine Qualitätsfähigkeit in Bezug auf die nachgefragten Güter als genügend erachtet wurde.⁸⁸⁷

297 Hatte damit das US Militär zunächst insbesondere einen Anteil an der vertikalen Ausdehnung der Qualitätssicherung, so entwickelten sich das zuvor genannte, breiter sowie nicht nur statisch verstandene Qualitätsmanagement und damit auch die eigentliche horizontale Ausdehnung der Qualitätssicherung nach dem zweiten Weltkrieg (wenn auch unter Beteiligung der US-Streitkräfte) vorwiegend ausserhalb der USA weiter. So beschloss General DOUGLAS MACARTHUR, die entsprechenden Erkenntnisse für den Wiederaufbau in Japan nutzbar zu machen, und beauftragte zunächst HOMER SARASOHN und später JOSEPH JURAN und WILLIAM EDWARDS DEMING als Berater, um das entsprechende Qualitätsmanagement in der Industrie zu implementieren⁸⁸⁸. Im dafür empfänglichen Japan wurde der TQM-Ansatz in der Folge weiterentwickelt und namentlich im *Toyota Production System* (TPS) unter Prägung von OHNO TAIICHI angesichts der (im Nachkriegs-Japan nachhaltig gegebenen⁸⁸⁹) Situation der Ressourcenknappheit mit einem «no waste»-Ansatz verbunden⁸⁹⁰. Eine zentrale Stellung erhielt dabei schliesslich auch die Auffassung, dass es sich bei Qualität um einen rollenden Prozess im Sinne der ständigen Verbesserung und nicht um die Sicherung eines absoluten Status handelt⁸⁹¹.⁸⁹²

298 Mit den Erfolgen in Japan fand das breiter gerichtete *Qualitätsmanagement* auf Grundlage des TPS unter dem Begriff «*Lean Manufacturing*» bzw. «*Lean Production*» international weiteres Gehör⁸⁹³. Die erste Veröffentlichung der

dards, die der Normenreihe ISO 9000 als Vorläufer dienten, bzw. auch solche, bei denen wiederum die ISO 9000-Normenreihe selbst als Vorlage diente.

⁸⁸⁶ Vgl. ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 254; SZABO, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 3.

⁸⁸⁷ BRÜCKNER, Qualitätsmanagement, S. 23; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 22.

⁸⁸⁸ ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 254; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 32.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu auch die Ausführungen bei CACHON/TERWIESCH, Matching, S. 223 und ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 254.

⁸⁹⁰ CACHON/TERWIESCH, Matching, S. 222 ff.; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 33.

⁸⁹¹ Was im Japanischen mit KAIZEN bezeichnet wird, vgl. ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung, S. 256. In der Form des PDCA-Modells war KAIZEN schon aus der statistischen Qualitätslenkung des Herstellungsprozesses bekannt, sollte jedoch nunmehr über die Grenzen der Statistik hinaus breiter (massgeblich basierend auf DEMING) als Managementzyklus verstanden werden, vgl. ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 34; vgl. sodann Fn. 879.

⁸⁹² Vgl. detaillierter zum TPS auch ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 33 f.

⁸⁹³ Vgl. dazu ZECH, Qualitätsmanagement, S. 2 f.; INJAC, Entwicklung, S. 18 ff., ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 34, wobei die Ansätze des «*Lean Manufacturing*» seither wiederum auf weitere Bereiche verbreitert wurden, vgl. etwa RIES, Lean Startup, S. 6, 86 ff., 186 f.

Normenreihe ISO 9000 im Jahr 1987 fiel schliesslich in den Zeitraum, in dem nicht nur die entsprechende horizontale Verbreiterung des Qualitätsansatzes, sondern auch die vertikale Verbreiterung im zuvor genannten Sinne⁸⁹⁴ im Hinblick auf die heutige «*Mass Customization*»-Ära allgemein grösseres Gewicht erlangten^{895, 896}

Anforderungen wie die der ISO-9000-Normenreihe finden sich zwar auch in anderen Modellbestrebungen für entsprechende Qualitätsmanagementsysteme⁸⁹⁷, die genannte Normenreihe erfreute sich aber innert kürzester Zeit nach ihrer Einführung – insbesondere auch wegen ihrer Tauglichkeit für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) – einer enormen Verbreitung und kann in diesem Sinne als weltweit etablierter Standard betrachtet werden⁸⁹⁸. Qualität ist hier in einem relativen Sinne an den gestellten Anforderungen zu verstehen und zielt auf eine zufriedenstellende Nutzungsqualität der Unternehmensprodukte für den Kunden ab⁸⁹⁹. Über die Qualität von Produkten i.e.S. hinaus wird auch die Qualität von Dienstleistungen von der ISO-9000-Normenreihe erfasst, womit gesamthaft das Management der Qualität von Produkten i.w.S. angesprochen ist^{900, 901}

Ist hier die Rede von der ISO-9000-Normenreihe, so ist damit das Normensemble angesprochen, in dem das Qualitätsmanagementsystem vorgezeichnet ist⁹⁰². Die eigentliche Anforderungsnorm und Zertifizierungsgrundlage ist dabei die Norm SN EN ISO 9001:2015⁹⁰³. Ferner enthalten die schon erwähnte Norm SN EN ISO 9000:2015 wesentliche Begriffe und Definitionen und die Norm SN EN ISO 9004:2009 schliesslich Richtlinien im Sinne von Empfehlungen für eine über die Forderungen von SN EN ISO 9001:2015 hinausgehende

⁸⁹⁴ Siehe dazu Rn. 296.

⁸⁹⁵ Vgl. HEIZER/RENDER; Operations Management, S. 41.

⁸⁹⁶ Vgl. ISO, Survey 2015, Exec Summary, S. 1; ferner SCHEIBER/GLAUSER/DRECHSEL, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. V: Demnach sind heute rund eine Million Organisationen ISO 9001 zertifiziert.

⁸⁹⁷ Vgl. FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, Konzepte, S. 162 ff.; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 34; es geht hier vor allem um entsprechende Qualitätspreise, vgl. dazu auch HILL/HILL; Operations Management, S. 546 ff.

⁸⁹⁸ FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, Konzepte, S. 164; WAGNER, Ausgestaltung, S. 181; HILL/HILL; Operations Management, S. 546.

⁸⁹⁹ Vgl. Ziff. 3.6.2 SN EN ISO/IEC 9000:2015; GROB, Qualitätsmanagement, S. 10; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 209.

⁹⁰⁰ Vgl. MOSER, AJP 1997, S. 186 sowie Rn. 281 hiervor.

⁹⁰¹ Eingehend zum Begriff der Qualität vgl. etwa auch ZECH, Qualitätsmanagement, S. 23 ff.

⁹⁰² Vgl. BRÜCKNER, Qualitätsmanagement, S. 25.

⁹⁰³ DRECHSEL, Zertifizierung, S. 353; ferner auch GROB, Qualitätsmanagement, S. 37.

Umsetzung des Qualitätsmanagementsystems in Richtung *Business Excellence*^{904, 905}

301 Managementsysteme generell erfassen aber nicht nur die (Produkte-)Qualität (wenngleich ihr Ursprung hier zu sehen ist), sondern auch weitere Perspektiven wie Umwelt, Arbeitssicherheit, Informationssicherheit, Hygiene, Gesundheitsschutz und dgl. Entsprechend führt auch etwa die International Organization for Standardization (ISO) weitere Managementstandards mit z.B. den Perspektiven Umwelt⁹⁰⁶, IT-Sicherheit⁹⁰⁷, Arbeitssichersicherheit⁹⁰⁸, Korruptionsverhinderung⁹⁰⁹ u.w.m. sowie (teilweise ergänzende) branchenspezifische Spezialstandards wie etwa für Automobilproduktion⁹¹⁰, Medizinalprodukteherstellung⁹¹¹ oder Lebensmittelerzeugung^{912, 913}. Die ISO-9000-Normenreihe ist hier als Basis bzw. Grundnorm zu begreifen, auf deren Vorbild die anderen Managementstandards aufgebaut wurden⁹¹⁴.

302 Ein Managementstandard allein deckt damit regelmässig nicht alle Managementbestrebungen einer Organisation ab, sondern nur einzelne Perspektiven und letztlich nur einen Teil des gesamten Managementsystems. Um einen Weg zu einer ganzheitlicheren Erfassung des Managementsystems mit den entsprechenden Standards zu öffnen, fördert die ISO sodann die kombinierte Anwendung verschiedener Standards in einem sog. integrierten Managementsystem⁹¹⁵. Dies wird neuerdings vor allem auch dadurch angestrebt, dass die Standards für Managementsysteme innerhalb der ISO der gleichen sog. «*High Level Structure*» folgen sollen, d.h. dass Standards grundsätzlich nach derselben (Titel-)Struktur aufgebaut sind und dieselben Definitionen verwenden⁹¹⁶. Dieser Struktur folgte zunächst der Standard für IT-Managemensysteme SN EN ISO/

⁹⁰⁴ Entsprechende weitergehende Postulate sind zertifizierbar vor allem mit dem EFQM-Modell der *European Foundation for Quality Management* aufgenommen, vgl. ZECH, Qualitätsmanagement, S. 14 ff.

⁹⁰⁵ Vgl. Wagner, *Ausgestaltung*, S. 181.

⁹⁰⁶ SN EN ISO 14001:2015.

⁹⁰⁷ SN EN ISO/IEC 27001:2013.

⁹⁰⁸ Zurzeit in Arbeit als Standard ISO 45001.

⁹⁰⁹ ISO 37001:2016.

⁹¹⁰ SN ISO/TS 16949:2009.

⁹¹¹ SN EN ISO 13485:2016.

⁹¹² SN EN ISO 22000:2005.

⁹¹³ TETTÉ, *Qualitätsmanagement*, Vorwort.

⁹¹⁴ Vgl. BRÜCKNER, *Qualitätsmanagement*, S. 24.

⁹¹⁵ HORTENSIUS, *ISO Focus+* February 2013, S. 43.

⁹¹⁶ Vgl. Annex SL der ISO/IEC Directives, Part 1, Consolidated ISO Supplement, 2016; SZABO, *Praxisbuch ISO 9001:2015*, S. 5 f. Die ISO/IEC Directives sind im Übrigen die Grundlagendokumente zur Arbeitsweise der ISO und der Internatioal Electrotechnical Commission (IEC), abrufbar auf der ISO-Webseite, vgl. dazu <<http://www.iso.org/iso/stan>

IEC 27001:2013 und sie wurde mit der neusten Aktualisierung schliesslich auch bei SN EN ISO 9001:2015 für Qualitätsmanagementsysteme und bei SN EN ISO 14001:2015 für Umweltmanagementsysteme eingeführt⁹¹⁷.

Wegen seiner zentralen Stellung ist für die vorliegende Arbeit zunächst der Qualitätsmanagementstandard SN EN ISO 9001:2015 von Interesse, findet dieser nicht zuletzt auch im Rahmen der Module des europäischen Produktsicherheitsrechts Beachtung⁹¹⁸. Der Umweltmanagementstandard SN EN ISO 14001:2015 verdient bei einer Auswahl ferner Beachtung, weil er für Managementsysteme im Bereich des Umweltschutzes in der Schweiz als potenzielle Grundlage dienen könnte und in der EU mit der EMAS-III-Verordnung tatsächlich über eine parallele Ausführung von SN EN ISO 14001:2015 Verwendung findet für eine freiwillige, gesetzliche Zertifizierung⁹¹⁹. Im Übrigen handelt es sich im Kontext von Managementstandards nämlich regelmässig nur um nicht gesetzliche Zertifizierungen. Ferner ergeben sich gerade im Umweltbereich auch weitläufige Haftungsrisiken. Schliesslich erlaubt es der Beizug von SN EN ISO 14001:2015 neben SN EN ISO 9001:2015 auch, Managementstandards in Bezug auf ein integriertes Managementsystem zu betrachten.

2. Inhalt der (hier besonders interessierenden) Managementstandards SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015

Wurde im letzten Abschnitt die Entwicklung des Phänomens der Managementstandards in einem breiten Kontext betrachtet, so ist nun der eigentliche Inhalt der hier interessierenden Standards genauer zu beleuchten. Dabei sollen weniger die einzelnen Bestimmungen im Vordergrund stehen⁹²⁰ als vielmehr die generellen normativen Aussagen, die den Standards entnommen werden können. Im nächsten Abschnitt soll darauf basierend das Wesen dieser Standards nachvollzogen werden, insbesondere mit Blick auf die vorliegend interessierende Haftung von Organpersonen.

dards_development/processes_and_procedures/iso_iec_directives_and_iso_supplement.htm» (zuletzt besucht am 31. Dezember 2016).

⁹¹⁷ TETTÉ, Qualitätsmanagement, Vorwort.

⁹¹⁸ Vgl. Modul D, E und H von Anhang II des Beschluss Nr. 768/2008/EG und HESS, SHK PrSG, Art. 4 PrSG Rn. 37 ff.

⁹¹⁹ Vgl. ETLER, Kommentar USG, Art. 43a USG Rn. 29; ENSTHALER, Qualitätsmanagement, S. 147 ff.; ferner auch BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 1 f. und auf S. 4 mit Hinweis, dass EMAS die Anforderungen der Norm ISO 14001 als Grundlage umfasst.

⁹²⁰ Hierzu kann auf die umfangreiche Fachliteratur zum Thema verwiesen werden, wie insbesondere auch KOUBEK, ANNI (HRSG.), Praxisbuch ISO 9001:2015; BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme; BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015; HINSCH, Neue ISO 9001:2015; TETTÉ, Qualitätsmanagement.

- 305 Wer bei SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 ein umfassendes Handbuch mit klaren Handlungsanweisungen an Managementpersonen erwartet, der hat weit gefehlt. Tatsächlich beschäftigen sich SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 auf 20 bzw. 17 Seiten – wie für Managementstandards typisch – vielmehr in allgemeiner Form mit dem, *was* zu regeln ist, als damit, *wie* dies zu tun ist⁹²¹.
- 306 Nach Ziff. 5.1 SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 hat das «*Top Management*» die Grundverantwortung für die tatsächliche Einhaltung des Managementsystems und muss entsprechend insbesondere für die Bereitstellung der dafür notwendigen Ressourcen sorgen sowie dessen Werte vorleben und in die Unternehmenskultur integrieren⁹²². Dem folgend ist es gemäss Ziff. 5.2.1 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 SN EN ISO 14001:2015 auch seine Aufgabe, die auf die Organisation abgestimmte strategische Grundausrichtung in der betreffenden Dimension des jeweiligen Standards zu bestimmen⁹²³. Diese Strategie soll nach Ziff. 5.2.2 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 SN EN ISO 14001:2015 entsprechend verständlich dokumentiert und sodann intern, aber soweit nötig auch extern, kommuniziert werden⁹²⁴. Gemäss Ziff. 5.3 SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 soll das «*Top Management*» die Verantwortlichkeiten in Bezug auf die Standards mit entsprechender Dokumentation und Kommunikation verteilen⁹²⁵.
- 307 Personen des «*Top Managements*» sollten vor dem Hintergrund der Definition in Ziff. 3.1.1 SN EN ISO 9000:2015 bzw. Ziff. 3.1.5 SN EN ISO 14001:2015 grundsätzlich als Organpersonen verstanden werden dürfen, sind damit doch die grundlegenden Entscheidungsträger einer Organisation gemeint⁹²⁶. Der Hinweis in Note 2 von Ziff. 3.1.1 SN EN ISO 9000:2015 bzw. Ziff. 3.1.5 SN EN ISO 14001:2015, dass mit «*Top Management*» bei einem nur in einzelnen Bereichen der Organisation eingeführten Standard in diesem Sinne nur die weitgehend entscheidungsbefugte Divisionsleitung gemeint ist, sollte nichts an diesem Verständnis ändern.

⁹²¹ BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015, S. 3.

⁹²² Vgl. HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 32 f.; PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 62 ff.

⁹²³ Vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 71 f.; BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015, S. 42; BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 13 f.

⁹²⁴ Vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 73 f.; BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 13

⁹²⁵ Vgl. HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 37 f.; PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 74 f.; BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015, S. 44 f.

⁹²⁶ Vgl. dazu auch zum entsprechenden Organbegriff Rn. 219 hiervor und sodann PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 67.

In den restlichen Bestimmungen der Standards fehlen weiter konkrete Handlungs- oder Zielanweisungen an die Adresse von Organpersonen, während sich an die Adresse der Organisation, wenn überhaupt, nur äusserst allgemein gehaltene Zielanweisungen finden⁹²⁷. Vielmehr ist die Idee der Standards, dass jede Organisation mittels der entsprechenden internen Dokumentation⁹²⁸ (in früheren Versionen der Standards auch in eigentlichen Handbüchern⁹²⁹) die notwendigen Vorgaben in den von den Standards angesprochenen Kategorien selbst macht⁹³⁰. Jede Organisation kann dabei schon im Ausgangspunkt den Geltungsbereich ihres Managementsystems selbst bestimmen⁹³¹. Ausschlüsse von einzelnen Bestimmungen der Standards sind zur Erlangung eines Zertifikats dagegen nicht möglich⁹³². 308

Ein zentrales Element in den Standards ist sodann die Prozessorientierung⁹³³.⁹³⁴ Hier wird (bereits auf struktureller Ebene⁹³⁵) die *kontinuierliche Verbesserung* im Sinne des PDCA-Zyklus als wesentliches Anliegen betont⁹³⁶.⁹³⁷ Damit handelt es sich nicht um einen statischen Ansatz, bei dem durch einmalige Aufsetzung von Prozessen gemäss den Standards die Arbeit getan und die Anforderungen erfüllt wären. Es bedarf für die Einhaltung der Standards 309

⁹²⁷ BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 11.

⁹²⁸ Vgl. Ziff. 4.4.2 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 4.4 SN EN ISO 14001:2015

⁹²⁹ Vgl. GROB, Qualitätsmanagement, S. 34 f.

⁹³⁰ BRUGGER-GEHARDT, ISO 9001:2015, S. 4.

⁹³¹ Ziff. 4.3 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 4.3 SN EN ISO 14001:2015. Das Zertifikat ist dann entsprechend auch auf den gewählten Geltungsbereich eingeschränkt, vgl. GARSCHA, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 43; BRUGGER-GEHARDT, ISO 9001:2015, S. 4.

⁹³² GARSCHA, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 42.

⁹³³ Ziff. 0.3 SN EN ISO 9001:2015. Ziff. 4.4.1 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 4.4 SN EN ISO 14001:2015 schreibt der Organisation bzw. dem Unternehmen so auch als eigentliche Verpflichtung grundlegend vor, entsprechende Prozesse nach Massgabe der Vorgaben in den Standards einzurichten.

⁹³⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 843.

⁹³⁵ Vgl. Ziff. 0.3.2 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 0.4 SN EN ISO 14001:2015. So ist der Hauptteil (entsprechend der *High Level Structure*, siehe dazu Rn. 302 hiervor) der beiden Standards in Ziff. 6 mit «Planung» i.S.v. *Plan*, in Ziff. 7 und 8 mit «Unterstützung» bzw. «Betrieb» i.S.v. *Do*, in Ziff. 9 mit «Leistungsbewertung» i.S.v. *Check* und in Ziff. 10 mit «Verbesserung» i.S.v. *Act* gegliedert. Im Übrigen nimmt Ziff. 5 unter dem Titel «Führung» Bezug auf die zentralen Verantwortlichkeiten in der Unternehmung, um die sich das organisationsweite PDCA-Modell bewegt. Ziff. 4 nimmt unter dem Titel «Kontext der Organisation» sodann Bezug auf die kontext- und stakeholderabhängige Vorgehensweise bezüglich der Einführung und des Betriebes des Managementsystems. Ziff. 1 bis 3 enthalten schliesslich normative Grundlagen für die Benützung des entsprechenden Standards, ohne dass darin eigentliche Vorgaben für das Managementsystem festgehalten sind.

⁹³⁶ Siehe hierzu auch Fn. 879 und 891.

⁹³⁷ ZECH, Qualitätsmanagement, S. 8 f.

vielmehr kontinuierlicher dynamischer Verbesserungsanstrengungen. Darin eingebettet findet sich sodann auch ein gewisses *Transparenzgebot*⁹³⁸. Die Standards weisen damit in Bezug auf die Organisation einer Unternehmung ein gewisses *qualitatives Methodenelement* auf.

310 Auf weite Strecken geben die Standards darüber hinaus als Anforderungen nur vor, was bzw. welche Facetten in organisatorischer Hinsicht beim Aufbau und Betrieb der organisatorischen Unternehmensprozesse im Hinblick auf Produktequalität bzw. Umweltschutz Beachtung finden soll⁹³⁹, ohne jedoch, wie erwähnt, absolute Zielvorgaben zu setzen oder eine konkrete Vorgehensweise zu umschreiben. Vielmehr soll durch die Beachtung einer Vielzahl bzw. *Breite von Facetten* bei der Implementierung der Prozessstruktur in einem Unternehmen die grundsätzlich verbesserte Qualitäts- bzw. Umweltschutzfähigkeit des Unternehmens im Ausgangspunkt ermöglicht werden⁹⁴⁰. Die Standards weisen so in Bezug auf die Organisation einer Unternehmung auch ein gewisses *quantitatives Methodenelement* auf.

311 Die Standards sehen sodann in Bezug auf die Organisation einer Unternehmung Strukturanforderungen vor, die die gerade erläuterten Gehalte der kontinuierlichen Verbesserung und der Facettenbreite ermöglichen sollen. Die Strukturanforderungen sind aber nicht derart formeller Natur, dass zwingend etwa eine eigentliche Audit-Abteilung einzuführen wäre. Vielmehr geben die Standards materiell vor, dass eine Organisation interne Auditprogramme aufzusetzen hat⁹⁴¹. Die gewählte Struktur muss nur dazu geeignet sein, die Prozessanforderungen zu erfüllen, ohne dass dafür konkrete, formelle Vorgaben bestehen. So bleibt es auch in Bezug auf die Struktur dabei, dass gewissermassen nur das *Was*, nicht aber das *Wer* geregelt ist.

312 Zur Verbesserung der Qualitäts- bzw. Umweltschutzfähigkeit eines Unternehmens geben SN EN ISO 9000:2015 und SN EN ISO 14001:2015 sodann m.E. im Bereich des *Wie* als eigentlichen Gehalt lediglich eine Methode der Prozessorientierung vor, die eine Facettenbreite und einen relativen Verbesserungsansatz aufnimmt. Die so im Ausgangspunkt und auch über die Zeit weiterhin verbesserte Qualitäts- bzw. Umweltschutzfähigkeit eines Unternehmens soll letztlich mit einer Zertifizierung nach aussen hin mit der Absicht der Vertrauens-

⁹³⁸ Ziff. 5.2.2 lit. b und c SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 SN EN ISO 14001:2015. Die Tragweite der Transparenzverpflichtung ist aber stark relativiert, vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 42.

⁹³⁹ Im Vergleich zu den Vorversionen der Standards wurde hier insbesondere das risiko-basierte Denken nunmehr als Vorgabe aufgenommen, vgl. Ziff. 0.3.3 SN EN ISO 9001:2015; dazu auch BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015, S. 19 f.

⁹⁴⁰ Vgl. JACOB, Qualitätsmanagement, S. 113 f.; ZOLLONDZ, Entwicklung, S. 22; BIERI, ST 9/2010, S. 684.

⁹⁴¹ Ziff. 9.2.2 lit. a SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 9.2.2. Abs. 1 SN EN ISO 14001:2015.

bildung dokumentiert werden können, wenn die Organisationsstruktur die unter den genannten Gehalten ausgeführten Anforderungen von SN EN ISO 9000:2015 und SN EN ISO 14001:2015 genügend widerspiegelt. Es erschliesst sich hier allerdings, dass damit keine Aussage über die konkrete Qualität der Produkte oder konkrete Umweltleistungen des Unternehmens verbunden ist.⁹⁴²

3. Managementstandards als Standards besonderer Art

Managementstandards sind mit dem Gesagten nicht Standards im herkömmlichen Sinne, die wie etwa Produktstandards eine Beschaffenheit eines Outputs als Soll-Anforderung vorgeben. Es handelt sich vielmehr um Metastandards, die Anforderungen an die aufzubauenden Systeme und Einzelprozesse darlegen.⁹⁴³ SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 legen dabei die Anforderungen vorwiegend auf materielle Weise fest, ohne dass greifbare Handlungsanweisungen auf den ersten Blick ersichtlich sind. Konkrete Handlungsanweisungen finden sich grundsätzlich nur in der internen Dokumentation der jeweiligen Unternehmung. Die Aussagekraft eines entsprechenden Zertifikates kann dadurch zunächst limitiert erscheinen. 313

M.E. lassen sich unabhängig von der konkreten Umsetzung trotzdem allgemeine Aussagen machen, die letztlich auch dem entsprechenden Zertifikat zugeschrieben werden können. So erlangt eine *Organisation* zunächst im Ausgangspunkt durch Einführung eines *breit abgestützten* entsprechenden Managementsystems im Resultat mindestens ein erhöhtes Potenzial bzw. grundsätzlich *erhöhte Fähigkeiten* in Bezug auf ihre Produktequalität bzw. ihr umweltschützendes Verhalten⁹⁴⁴. Mit SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 geht daneben, ebenfalls als zentraler Bestandteil, ein *relativer Verbesserungsansatz* für die Organisation einher, der diese Fähigkeit unterstreicht⁹⁴⁵. 314

Zwar enthalten die Standards aus sich heraus (d.h. ohne Bezug interner, individueller Dokumentation) praktisch keine greifbaren Handlungs- und Zielanweisungen, jedoch können sie als *Methodenanweisungen* verstanden werden⁹⁴⁶, 315

⁹⁴² VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 210. Die Begriffe «Managementsystem» bzw. «Unternehmens-zertifizierung» können in diesem Zusammenhang entsprechend irreführend sein, weil nicht wie bei einem Produkt zwingend entsprechende absolut erhöhte Soll-Vorgaben in der jeweiligen Perspektive (Qualität, Umweltschutz und dgl.) für die Erlangung eines Zertifikats erfüllt sein müssen, sondern nur das entsprechende Potenzial dafür geschaffen ist, vgl. *dies.*, Rn. 83.

⁹⁴³ FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, Konzepte, S. 162.

⁹⁴⁴ Vgl. Rn. 310 hiervor.

⁹⁴⁵ Vgl. Rn. 309 hiervor.

⁹⁴⁶ Bzw. ist bisweilen von «Verfahrensnormen» die Rede, wobei darunter nicht eigentliche

die im Ausgangspunkt und kontinuierlich einen erhöhten Effort und damit auch ein erhöhtes Mass an Sorgfalt bei der Zielverfolgung in der betreffenden Perspektive des jeweiligen Managementsystems indizieren. Damit einher geht die Beobachtung, dass Unternehmen diese Standards aus ökonomischer Sicht einführen, um ihr betreffendes (Haftungs-)Risiko zu minimieren⁹⁴⁷.

- 316 *Organpersonen* werden von SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 zunächst nicht greifbar mit Aufgaben adressiert. Auf Grundlage der vorangehenden Punkte kristallisiert sich aber eine Verantwortung für die Umsetzung einer Organisationsstruktur gemäss dem Schema der Standards heraus. Dabei besteht an die Organpersonen die Forderung, ihr Unternehmen mit funktionsfähigen Prozessen und den dazu notwendigen Institutionen zu organisieren, die die in den Standards genannten Bereiche bzw. Ansprüche in der Breite abdecken. Das Ziel soll es dabei sein, die Organisation risikogewichtet am effektivsten verstärkt zu befähigen. Sodann sollen die Prozesse nicht nur im Sinne einer statischen, einmaligen Verbesserung organisiert sein, sondern eine stetige dynamische, risikogewichtete Verbesserung beinhalten. Abgerundet wird dies von einer organisatorisch sicherzustellenden Transparenz. Im Kern vermitteln SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 an Organpersonen damit eine *Organisationspflicht*, die methodisch auf eine qualitativ erhöhte *Breite* und eine gewisse *Tiefe* abzielt.

Handlungsnormen verstanden werden dürfen und diese Bezeichnung darum hier vermieden wird, vgl. JACOB, Qualitätsmanagement, S. 109.

⁹⁴⁷ Vgl. DRECHSEL, Zertifizierung, S. 352; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 664; GROB, Qualitätsmanagement, S. 41.

§ 3 Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen

A. Vorbemerkungen

Im ersten Teil dieser Arbeit wurden die Grundlagen zum einen im Hinblick auf die Verantwortlichkeit von geschäftsführenden Organpersonen und zum anderen im Hinblick auf die Thematik von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen gelegt. Nun sollen die Erkenntnisse im folgenden Teil zur Beantwortung der in der vorliegenden Arbeit interessierenden Frage nach der Relevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für die Haftungssituation von geschäftsführenden Organpersonen zusammengeführt werden. Wie eingangs dieser Arbeit dargelegt, lässt sich die Haftungssituation dieser Organpersonen allerdings nicht losgelöst von jener des Unternehmensträgers betrachten⁹⁴⁸. Deshalb soll zunächst auf die Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für den Unternehmensträger eingegangen werden, bevor die eigentliche Frage der Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für Organpersonen des Unternehmensträgers beleuchtet wird. 317

Die Betrachtung schliesst zunächst an das Verständnis von Managementstandards als Drittstandards i.S.v. *Soft Law* an, wonach diese ausserhalb des Gesetzes stehen und ihnen auf absolute Weise *per se* keine unmittelbare Wirkung zukommt⁹⁴⁹. Eine Wirkung kann sich allerdings zum einen auf unmittelbare Weise auf relativem Weg ergeben, namentlich durch einen vertraglichen Einbezug⁹⁵⁰. Ferner – und hierauf wurde auch das Gewicht der Untersuchung bisher gelegt – kann sich eine Wirkung auf mittelbare Weise ergeben. Namentlich können entsprechende *Soft Law*-Regeln über das Mass der anzuwendenden Sorgfalt mittelbare Geltung erhalten⁹⁵¹. Eine Wirkung auf mittelbare Weise stellt sich weiter auch über den Hinweis auf eine Zertifizierung eines Managementstandards ein: Nebst den damit allfällig zu beachtenden Spezialtatbeständen von insbesondere Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB, Art. 3 Abs. 1 lit. b 318

⁹⁴⁸ Vgl. Rn. 23 f. hiervor.

⁹⁴⁹ Vgl. insb. Rn. 127, 171, 174 hiervor und Fn. 477.

⁹⁵⁰ Vgl. insb. Rn. 286 hiervor. Dies beschränkt sich allerdings grundsätzlich auf den Unternehmensträger, weil die Organpflichten in der indirekten Aussenhaftung grundsätzlich keiner vertraglichen Vereinbarung zugänglich sind, siehe Rn. 134 hiervor.

⁹⁵¹ Vgl. insb. Rn. 167 ff. hiervor.

UWG sowie der Vertrauenshaftung i.w.S. können sich für den Unternehmensträger im Hinblick auf das Mass der Sorgfalt erhöhte Pflichten aus einer Verkehrskreisrelevanz dieses Umstandes ergeben⁹⁵².

319 Mit dem Gesagten unterscheidet sich die Wirkung von Managementstandards insbesondere auch danach, ob ein Hinweis auf eine Zertifizierung durch den Unternehmensträger besteht oder nicht. Ferner ist fraglich, ob ein nur intern eingeführter Managementstandard im Gegensatz zu einem nicht eingeführten, externen Managementstandard allfällig andere Wirkungen zeitigt. Dies ergänzt sodann die Gliederung in diesem Teil, wobei mit «zertifiziertem Managementstandard» die nach aussen hingewiesene Zertifizierung gemeint ist, die den Regelfall darstellt. Mit (bloss) «intern eingeführtem Managementstandard» ist sodann die interne Einführung eines Managementstandards ohne externen Hinweis gemeint. In diesem Sinne werden «extern eingeführte Managementstandards», also solche Managementstandards, die nicht zertifiziert sind, aber auf deren Einführung – etwa mit (interner) Auditierung – extern hingewiesen wird, in der Folge nicht separat erwähnt. Dies ist der Fall, weil es sich m.E. hier dieselben Probleme wie bei zertifizierten Managementstandards behandelt werden – mit dem Unterschied, dass die Angabe gegebenenfalls einen geringer ausfallenden Vertrauenswert hat, ohne dass sich allein dadurch schon in den betrachteten Konstellationen andere rechtliche Konsequenzen ergeben würden.

320 Damit ergibt sich für diesen Teil der Arbeit folgende Struktur: Grundlegend wird jeweils die mittelbare und dann die unmittelbare Wirkung von Managementstandards zunächst mit Blick auf die Haftung des Unternehmensträgers und in einem zweiten Schritt dann mit Blick auf die Haftung der Organpersonen untersucht. Innerhalb dieser vier Abschnitte werden einfürend sodann jeweils unter dem Titel «Nicht eingeführter Managementstandard» die Wirkungen von Managementstandards unabhängig von deren Einführung betrachtet. Dem schliesst sich zur Abrundung der Abschnitte zum einen unter dem Titel «Intern eingeführter Managementstandard» und zum anderen unter dem Titel «Zertifizierter Managementstandard» die Beleuchtung der spezifischen Wirkungen an, die sich in diesen Konstellationen zusätzlich ergeben können.

321 Weiterhin wird eine Untersuchung der Beispielstandards SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 durchgeführt. Der Übersichtlichkeit halber und dem Beispielcharakter Rechnung tragend wird nicht weiter auf die Vorläuferversionen eingegangen. Stattdessen werden inhaltliche Ausführungen, soweit sinnvoll, anhand der aktuellen, mehrheitlich aber noch wenig zertifizierten Standards vorgenommen⁹⁵³. Soweit im Nachfolgenden sodann die Bezeich-

⁹⁵² Vgl. insb. Rn. 237 ff., 286 ff. und 287 hiavor.

⁹⁵³ Vgl. dazu ISO, Survey 2015, Exec Summary, S. 1.

nung SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 verwendet wird, erfolgt der Hinweis pauschal auf die Normen, ohne spezielle Bezugnahme auf eine bestimmte Version.

B. Fallbeispiele

I. Vorbemerkungen

Zur Veranschaulichung seien den weiteren Ausführungen noch zwei Fallbeispiele vorangestellt, die die in dieser Arbeit diskutierten Problematiken verdeutlichen sollten. Zum einen ist dies der Fall der Explosion auf der für BP Plc. ölfördernden Plattform «Deepwater Horizon» im Golf von Mexiko am 20. April 2010 mit der Konsequenz gravierender Umweltschäden. Zum anderen geht es um den VW-Abgasskandal, bei dem VW durch Nachrüstungen an Fahrzeugen und Bussen, Verkaufsstops und den entstandenen Imageschaden Millionen verlor. Wenig wurde bisher dem Umstand Aufmerksamkeit geschenkt, dass BP nach SN EN ISO 14001 bzw. VW nach SN EN ISO 9001 zertifiziert waren und sind. Es werden derzeit sodann Millionen-Klagen gegen Organpersonen aus Verantwortlichkeit angestrengt oder zumindest geprüft. Aus diesem kurzen Abriss lässt sich schon erahnen, weshalb die Fälle hier von Interesse sein können. Im Weiteren soll dies noch etwas genauer ausgeführt werden. 322

II. *In re: BP p.l.c. Securities Litigation*, MDL No. 2185

Am 20. April 2010 kam es auf der Ölplattform Deepwater Horizon zu einer Explosion, die am 22. April 2010 zum Untergang der Plattform führte. Die Plattform war im Eigentum des Transocean Konzerns, der diese im Auftrag von Leasingnehmer BP im Golf von Mexiko für explorative Tiefseebohrungen zur Erdölgewinnung betrieb⁹⁵⁴. Die Konsequenz der Explosion war neben den unmittelbaren Personenschäden bzw. Todesfolgen beim Personal der Plattform die grösste Ölpest in der Geschichte der Erdölförderungsindustrie, wobei bis zur endgültigen Versiegelung des Bohrloches am 19. September 2010 rund 780'000 m³ Rohöl ins Meer und die Umwelt gelangten.⁹⁵⁵ 323

⁹⁵⁴ Der einfacheren Lesbarkeit halber werden hier im Folgenden nicht die Bezeichnungen der genauen involvierten Entitäten verwendet, sondern die Entitäten von BP und Transocean jeweils als Gruppe angesprochen.

⁹⁵⁵ Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 13. Februar 2012, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No.4:10-MD-2185), Doc. 324, S. 1; USCG Report Deepwater Horizon 2011, S. 33; National Commission BP Deepwater Horizon, Report to the President 2011, S. 1 ff., 55.

- 324 Der Unfall führte zu umfangreichen Untersuchungen und unzähligen verwaltungs-, straf- und zivilrechtlichen Verfahren auf internationaler Ebene, vor allem jedoch in den USA, gegen unter anderem Entitäten von BP und Transocean sowie einige von deren Organpersonen. BP schätzt die durch sie zu übernehmenden Gesamtkosten am Desaster auf rund USD 62 Milliarden⁹⁵⁶. In einem *Multidistrict Litigation Proceeding* (MDL)⁹⁵⁷ unter der Bezeichnung *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* mit der Kennnummer MDL No.4:10-MD-2185, einem beim Bundesgericht des *Southern District of Texas* hängigen Verfahren, wollen sodann mehrere Investoren unter anderem Entitäten von BP und Transocean sowie ANTHONY HAYWARD (der damalige CEO des BP Konzerns) wegen irreführender Äusserungen über die Sicherheitsvorkehrungen und -systeme auf der «Deepwater Horizon» und das Ausmass der Katastrophe belangen⁹⁵⁸. Die Investoren haben kurz nach dem Unglück *American Depository Shares* von BP im Vertrauen auf die zu positiven Schilderungen erworben. Sie argumentieren, dass sie die (aktienartigen) Wertpapiere – hätten sie vom später erfahrenen Ausmass und den Umständen der Katastrophe von vornherein gewusst – nicht erworben hätten und dass sie über den Kurssturz nach Bekanntwerden der tatsächliche Lage zu Schaden gekommen sind.⁹⁵⁹ Das zuständige Bundesgericht des *Southern District of Texas* hat in dem Fall am 13. Februar 2017 einen Vergleich in Höhe von USD 175 Millionen bestätigt⁹⁶⁰.
- 325 Es geht hier um eine direkte Aussenhaftung in Bezug auf die eingeklagten Organpersonen. Die BP-Betriebe im Golf von Mexiko sind seit 2000, wie die

⁹⁵⁶ Vgl. BP p.l.c., Q3 2016 Results, S. 13.

⁹⁵⁷ Es handelt sich bei MDL um eine besondere Art der Verfahrensvereinigung von Klagen (individuelle und *class actions*) im *pre-trial*-Stadium an einem Gericht nach 28 U.S.C. § 1407, vgl. dazu (gerade auch im Vergleich zu *class actions*) ausführlich REARDON, *Collective Redress Mechanisms*, S. 346 ff.

⁹⁵⁸ Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 13. Februar 2012, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No.4:10-MD-2185), Doc. 324, S. 3 ff., 35 ff., 72 ff., 81 ff.

⁹⁵⁹ Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 13. Februar 2012, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No.4:10-MD-2185), Doc. 324, S. 5 ff.; Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 6. Februar 2013, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), Doc. 536, S. 2 f.

⁹⁶⁰ Stipulation and Agreement of Settlement, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), vom 15. September 2016, S. 13 f. Das *Final Approval Hearing* fand am 13. Februar 2017 statt, vgl. Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 4. November 2016, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), Doc. 1444, S. 5; Order Granting Motion for Final Approval of Class Action Settlement and Motion for Attorneys' Fees and Expenses and Final Judgment vom 13. Februar 2017, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No.4:10-MD-2185), Doc. 1512.

meisten zur BP Gruppe gehörenden Operationen, nach SN EN ISO 14001 zertifiziert⁹⁶¹, worauf BP auch entsprechend hinweist⁹⁶². Umfangreiche Untersuchungen sowie Feststellungen in Gerichtsverfahren legen nahe, dass die entsprechenden Prozesse nicht eingehalten wurden bzw. teilweise gar nicht vorgesehen waren und dies HAYWARD auch bewusst war bzw. zumindest hätte bewusst sein müssen⁹⁶³. Obwohl dies, soweit ersichtlich und zugänglich, im Verfahren *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* nicht angesprochen wurde, hat das hingewiesene Zertifikat auf ähnliche Weise wie die dargelegten Argumente der Kläger Haftungsrelevanz, die HAYWARD hätte zugehalten werden können. Hätte er umgekehrt öffentlich angegeben, dass BP nicht mehr der SN EN ISO 14001-Zertifizierung entspricht, wäre die Argumentation der Kläger mindestens erschwert gewesen.⁹⁶⁴

III. VW-Abgasskandal

Am 18. September 2015 wurde bekannt, dass die Volkswagen AG seit 2009 in rund elf Millionen ihrer Dieselfahrzeuge Software verwendete, um deren Abgas-

⁹⁶¹ Wobei es sich um die jeweils aktuell gültigen Versionen handelt. Im Sinne des Beispiels wird hier aber dennoch nur auf die (wohl bei BP noch nicht zertifizierte) hier schon angesprochene Norm SN EN ISO 14001:2015 eingegangen, um die Übersicht nicht unnötig zu verkomplizieren, zumal sich die Kernaussagen im Vergleich zu den Vorläuferversionen kaum geändert haben.

⁹⁶² Vgl. BP p.l.c., Environmental Statement 2010–2012, S. 8; BP p.l.c., BP Sustainability Report 2015, S. 25.

⁹⁶³ Siehe dazu insbesondere National Commission BP Deepwater Horizon, Report to the President 2011, S. 115 ff.; Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 13. Februar 2012, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), Doc. 324, S. 99 ff.

⁹⁶⁴ Bezüglich dem Umstand, dass der Bezug zur Schweiz und dem Schweizer Recht doch vom Golf von Mexiko etwas weit her geholt sein könnte, sei daran erinnert, dass die Holding-Gesellschaft der Transocean Gruppe mit der Transocean AG seit 2008 ihren Sitz in der Schweiz hat. Auf deren Organpersonen ist wenigstens in der indirekten Aussenhaftung primär auch Schweizer Recht anwendbar, vgl. Art. 155 lit. g IPRG sowie ferner auch Art. 159 IPRG. Die Rechtsgrundlagen für die deliktischen Ansprüche im Verfahren *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* entstammen sodann kodifiziertem US-bundesstaatlichem (hier insb. auch Sec. 10(b) Exchange Act 1934 und SEC Rule 10b-5) und US-gliedstaatlichem Wertpapierregulierungsrecht sowie gliedstaatlichem *common law*, vgl. Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 6. Februar 2013, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), Doc. 536, S. 2 f.; Memorandum and Order of the United States District Court for the Southern District of Texas vom 13. Februar 2012, *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* (MDL No. 4:10-MD-2185), Doc. 324, S. 5; vgl. sodann die entsprechende Regel zum anwendbaren Recht in Art. 133 Abs. 2 IPRG.

werte in Tests zu beschönigen⁹⁶⁵. Die Volkswagen AG sieht sich infolgedessen Strafzahlungen, Haftungen für Gesundheitsschäden und vor allem unzähligen Gewährleistungsansprüchen von Käufern solcher Fahrzeuge gegenüber und hat in diesem Zusammenhang Rückstellungen im Umfang von EUR 16.3 Milliarden gebildet⁹⁶⁶. Das genaue Ausmass der Affäre und vor allem die Anhaltspunkte für eine Verantwortlichkeit der Organpersonen sind jedoch noch nicht vollständig aufgedeckt⁹⁶⁷. Bislang wurde die Volkswagen AG von Investoren mit Schadenersatzforderungen im Umfang von insgesamt EUR 7.3 Milliarden angegangen⁹⁶⁸. Die Volkswagen AG und ihre Operationen sind unter anderem grundsätzlich nach SN EN ISO 9001 zertifiziert⁹⁶⁹.

327 Für die Organpersonen der Volkswagen AG kann hier neben einer direkten Aussenhaftung insbesondere eine indirekte Aussenhaftung relevant werden. Dies gilt, weil die Volkswagen AG selbst Schäden Dritter bzw. Gewährleistungsansprüche von Kunden aufgrund der Abgasmanipulationen begleichen muss. Die ISO-9001-Zertifizierung indiziert sodann, dass die Volkswagen AG befähigt ist, Produktfehler möglichst zu vermeiden, bzw. dass sie über Prozesse verfügt, die Produktfehler wenigstens innert einer angemessenen Zeitspanne mit entsprechend korrigierenden Massnahmen zu Tage bringen. Soweit Organpersonen damit hätten rechnen müssen, dass die unternehmensinternen Prozesse dies nicht mehr gewährleisten und der Unternehmung der nun entsprechend entstandene Schaden erwachsen kann, steht mindestens eine Haftungsrelevanz der ISO-9001-Zertifizierung für die Organpersonen im Raum.

328 Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang ferner, dass entsprechende Hinweise offenbar schon länger vorhanden waren⁹⁷⁰ und eine diesbezügliche völlige Ahnungslosigkeit der Vorstände der Volkswagen AG schwer vorstellbar ist. Des Weiteren konnten Kunden speziell aufgrund der ISO-9001-Zertifizierung verstärkt davon ausgehen, dass sich entsprechende Gerüchte in Bezug auf die Volkswagen AG kaum bewahrheiten dürften. Inwieweit gerichtliche Verfahren auf eine indirekte Aussenhaftung der Organpersonen abzielen könnten, ist zum jetzigen Zeitpunkt allerdings noch offen. Von Investoren wird in Deutschland

⁹⁶⁵ Vgl. Beschluss vom 30. November 2016 Beschwerdekammer BStGer (BB.2016.192 u.a.), Sachverhalt: B, S. 2 ff.

⁹⁶⁶ Vgl. Volkswagen AG, Annual Report 2015, S. 53, 183.

⁹⁶⁷ Vgl. o.A., Volkswagen, in: faz.net (Frankfurter Allgemeine Zeitung) vom 16. Mai 2016.

⁹⁶⁸ Volkswagen AG, Interim Report January–September 2016, S. 7, 23.

⁹⁶⁹ Vgl. Volkswagen AG, Annual Report 2015, S. 152.

⁹⁷⁰ Siehe dazu unter anderem auch KAMANN, Betrüger-Technik, in: Welt N24 vom 22. September 2015; MESSING, Abgas-Manipulation, in: NRZ vom 27. September 2015; Vorlagebeschluss des Landgerichtes Braunschweig vom 10. August 2016 i.S. Volkswagen AG (5 OH 62/16), Titel III.

momentan vorab ein Musterklageverfahren⁹⁷¹ am Landgericht Braunschweig im Gesamtvolumen von knapp EUR 4 Milliarden gegen die Volkswagen AG durchgeführt⁹⁷², bisher aber nicht gegen Organpersonen. Soweit ersichtlich sind inhaltliche Informationen zur Möglichkeit der Belangung von Organpersonen in der indirekten Aussenhaftung nicht öffentlich zugänglich und bleiben so vielmehr spekulativer Natur.

C. Haftungsrelevanz für den Unternehmensträger

I. Unmittelbare Wirkung

1. Nicht eingeführter Managementstandard

a. *Gesetzlich unmittelbar wirkender Standard im Sinne eines Mindeststandards oder gesetzlichen Standards*

aa. *Vorbemerkung*

Zunächst ist fraglich, ob Managementstandards insbesondere nach SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 nicht auf Grundlage einer entsprechenden *Erga-omnes*-Anordnung im Gesetz ohnehin, d.h. unabhängig vom Grad der Einführung, für den Unternehmensträger verpflichtend sind. Dies kann sich einerseits durch einen formellen Verweis auf die betreffende Norm im Gesetz ergeben, andererseits aber auch materiell, indem das Gesetz die Anforderungen von SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 inhaltlich inkludiert. 329

bb. *Formelle Verweise auf die Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 im Gesetz*

Mit Blick auf formelle Verweise im Gesetz auf SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 zeigt sich, dass – soweit ersichtlich – im Schweizer Landesrecht nur Art. 14 lit. b TGV, Art. 41 Abs. 2bis lit. b VTS und Art. 4 Abs. 3 lit. a VDSZ konkret auf SN EN ISO 9001 hinweisen. Entsprechende Bestimmungen, die auf SN EN ISO 14001 Bezug nehmen, scheinen hingegen gänzlich zu fehlen. 330

⁹⁷¹ Vgl. dazu Näheres etwa bei GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, S. 90 ff., 163 ff.

⁹⁷² Vgl. Vorlagebeschluss des Landgerichtes Braunschweig vom 10. August 2016 i.S. Volkswagen AG (5 OH 62/16); Pressemitteilung OLG Braunschweig vom 8. August 2016; Pressemitteilung OLG Braunschweig vom 10. September 2018. Am 26. November 2018 fand nunmehr der 4. Verhandlungstag in dem Kapitalanleger-Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht Braunschweig statt (als Musterklägerin dient Deko Investment GmbH und auf der beklagten Seite ist neben der Volkswagen AG auch die Porsche Automobil Holding SE einbezogen), vgl. Pressemitteilung OLG Braunschweig vom 26. November 2018.

Bei Art. 14 lit. b TGV und Art. 41 Abs. 2bis lit. b VTS handelt es sich aber im Sinne des Modulsystems im Produktsicherheitsrecht nicht um eine zwingende Anordnung in zweifacher Hinsicht. Einerseits wird SN EN ISO 9001 nur als Beispielnorm genannt, um eine systematische innerbetriebliche Qualitätskontrolle nachzuweisen. Der Nachweis kann folglich auch auf andere Weise bzw. auch unter Bezugnahme auf eine andere Norm erfolgen. Andererseits besteht in den gesetzlichen Grundlagen auch allgemein die Möglichkeit, die Anforderungen zu erfüllen, indem das Produkt von dritter Seite mit einer Endkontrolle geprüft wird⁹⁷³. Ein Hersteller hat damit keine allgemeine Verpflichtung (nur einen Anreiz), ein entsprechendes Qualitätsmanagementsystem zu führen.

331 In Bezug auf Art. 4 Abs. 3 lit. a VDSZ ist zunächst interessant, dass dieser in den Bereich der Datenschutzzertifizierung gehört, die auf Grundlage von Art. 11 DSGVO die offenbar einzige gesetzlich geregelte Zertifizierung für Managementsysteme im Schweizer Recht darstellt. Datenschutzzertifizierungen sind mit Art. 11 Abs. 1 DSGVO freiwilliger Natur. Sie bringen dem Zertifizierten aber den Vorteil, dass er dadurch einerseits auf Grundlage von Art. 11 Abs. 5 lit. f DSGVO von einer Registrierung von Datensammlungen nach Massgabe von Art. 11 Abs. 2 bzw. 3 DSGVO beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) befreit ist und dass er andererseits ein Qualitätszeichen zu Marketingzwecken verwenden kann⁹⁷⁴. Art. 4 Abs. 3 VDSZ erteilt in der Folge dem EDÖB den Auftrag, vor allem SN EN ISO 9001 (neben SN EN ISO/IEC 27001)⁹⁷⁵ bei der Erarbeitung von Richtlinien über die Mindestanforderungen an das Datenschutzmanagementsystem zu berücksichtigen.

332 Die aktuellen diesbezüglichen Richtlinien des EDÖB setzen gemäss Ziff. 4 die Einführung eines Managementsystems nach SN EN ISO/IEC 27001 des Unternehmensträgers voraus⁹⁷⁶, wobei damit grundsätzlich SN EN ISO 9001 mitumfasst ist. Soweit es sich damit nicht um den gleich zu behandelnden Fall der gesetzlich materiellen Inkludierung des Standards handelt, haben Datenbearbeiter aufgrund der Freiwilligkeit der Zertifizierung grundsätzlich wiederum keine allgemeine Verpflichtung (nur einen Anreiz), ein entsprechendes Managementsystem zu führen.

333 Über formelle Verweise auf SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 findet damit keine (unabhängig vom Grad der Einführung beim jeweiligen Unternehmensträger) unmittelbare Anwendung der Anforderungen dieser Management-

⁹⁷³ Vgl. Art. 13 Abs. 2 TGV und Art. 41 Abs. 5 VTS.

⁹⁷⁴ VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung, S. 18.

⁹⁷⁵ Wobei die Verweise auf die Normen seit dem 1. November 2016 nunmehr als dynamisch zu verstehen sind, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. September 2016, Datenschutzzertifizierungen, vgl. ferner auch Fn. 477.

⁹⁷⁶ Vgl. Richtlinien DSMS 2014, S. 3138 f.

standards statt. Ferner ist auch nicht bekannt, dass das Gesetz ausserhalb von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 Managementstandards für entsprechend unabhängig vom Grad der Einführung als allgemein anwendbar erklären würde.

*cc. Materielle Inkludierung der Anforderungen der Managementstandards
SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 in den gesetzlichen Vorgaben*

In Bezug auf eine materielle Inkludierung der Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 in den gesetzlichen Vorgaben stellt sich eine Einzelfallbetrachtung als uferlos dar. Vielmehr sei darum der Blick allgemein darauf gerichtet, dass das Gesetz Unternehmensträgern zwingend Anforderungen auferlegt, die SN EN ISO 9001 (weniger SN EN ISO 14001) mindestens nahekommen. Dies tut das Gesetz aber nur in begrenztem Rahmen, soweit Unternehmensträger einerseits Leistungserbringer gewichtiger öffentlicher Aufgaben sind⁹⁷⁷, oder aber ausnahmsweise, wenn diese besonders gefährliche Operationen betreiben^{978, 979}. Abgesehen von diesen Spezialfällen

⁹⁷⁷ Siehe etwa für den *Gesundheitsbereich* Art. 46 Abs. 6 sowie Art. 58 KVG und die Ausführungsbestimmungen von Art. 77 Abs. 1 KVV für Leistungserbringer im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung (vgl. hierzu auch PALLY, *Arzthaftung*, S. 340 ff.); Art. 10 QS-MammoV; Art. 13, 14 Abs. 1 und 2, 16 lit. d, 17 lit. b, 18 lit. b und 34 lit. b Transplantationsverordnung. Im *Revisionsbereich* vgl. Art. 5 ASV-RAB. In Bezug auf den Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen vgl. etwa Art. 34 Abs. 2 LGV sowie Art. 9 Abs. 3 FrSV. Vgl. im *Hochschulbereich* sodann etwa die offene Formulierung in Art. 27 HFKG, konkreter dann Art. 10a ETH-G und für *Medizinalberufe* schliesslich Art. 1 Abs. 1 ff. MedBG. Im Kontext von Unternehmensträgern als Leistungserbringer öffentlicher Aufgaben erschliesst sich die Auferlegung von Qualitätsmanagementanforderungen insofern konzeptionell in gleicher Weise wie die vertragliche vertikale Ausdehnung des eigenen Qualitätsmanagements auf Lieferanten, vgl. dazu Rn. 296 ff. hiervor bzw. Rn. 337 hiernach. Für Beschaffungen des Bundes mit entsprechenden eigentlichen Verträgen verweist Art. 9 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 bzw. Anhang 3 VöB auch explizit auf den Einbezug eines Qualitätsmanagements bei der Prüfung der Eignung eines Lieferanten.

⁹⁷⁸ Siehe etwa für den *Kernenergiebereich* Art. 7 lit. a, 25, 28 lit. a bzw. Anhang 3, 31, 45 lit. h, 54 Abs. 5 lit. c KEV. Vgl. für den *Heilmittelbereich* sodann insb. Art. 3, 7, 12 und insb. auch 38 AMBV. Siehe sodann etwa auch Art. 10, 16 f. und Anhang 2 der Verordnung über mikrobiologische Laboratorien. Im vorliegenden Zusammenhang ist ferner zu erwähnen, dass die von GMP, GLP und ähnlichen (gesetzlichen) *Good-Practice-Standards* speziell im Heil- und Lebensmittelbereich (vgl. *Arzneimittelherstellung (GMP) und -handell-vertrieb (GDP)*): Art. 7 Abs. 1 und 2 sowie Art. 37 Abs. 1 f. und 3 HMG jeweils i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 3 sowie Art. 15 Abs. 1 lit. c jeweils i.V.m. Anhang 1 AMBV, Art. 22 Abs. 2 HMG sowie Art. 29 Abs. 1 und 2 HMG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang 2 AMBV; *klinische Versuche (GCP, unter anderem auch relevant im Zusammenhang mit Zulassungen zur erstmaligen Inverkehrsetzung von Arzneimitteln nach Art. 9 Abs. 1 HMG)*): Art. 10 Abs. 1 lit. a und Art. 11 Abs. 1 lit. h, Art. 54 Abs. 3, 6 und 7

knüpft das Gesetz grundsätzlich auf Basis von Freiwilligkeit an die Einführung von Managementstandards wie insbesondere SN EN ISO 9001 nur Vorteile bzw. Erleichterungen, die schliesslich gerade damit begründet werden, dass ein Unternehmensträger durch die Befolgung der Normen erhöhten Anforderungen gerecht wird⁹⁸⁰.

335 Die Rechtsordnung scheint damit generell davon auszugehen, dass es sich bei den Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 um ein «Mehr» im Sinne eines Zusatzes handelt, sei dies, weil spezielle Situationen dies erfordern oder weil mit dem freiwilligen «Mehr» anderweitige Erleichterungen gewährt werden können. Dass gerade beim Letzteren für die entsprechenden Vorteile bzw. Erleichterungen regelmässig eine Zertifizierung und nicht die blosser Einführung eines Managementstandards verlangt wird, dürfte mehr beweistechnische Gründe haben keine materielle Wertung zugrunde haben. Damit steht der Rückschluss offen, dass die Rechtsordnung generell aus einer materiellen Perspektive in der entsprechenden *Normbefolgung* (unabhängig von einer Zertifizierung) das Gerechwerden an höhere Anforderungen erblickt. Die Anforderungen der Norm SN EN ISO 9001 bzw. der auf ihr basierenden Norm SN EN ISO 14001 dürften damit aus

HMG und Art. 10 Abs. 1 lit. c HFG jeweils i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 39 Abs. 4, Art. 40 Abs. 4, Art. 41 Abs. 5, Art. 42 Abs. 4 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 2 KlinV, Art. 32 Abs. 1 lit. d KlinV; *nicht-klinische Prüfungen (GLP, unter anderem auch relevant im Zusammenhang mit Zulassungen zur erstmaligen Inverkehrsetzung von Arzneimitteln nach Art. 9 Abs. 1 HMG)*: Art. 10 Abs. 1 lit. a und Art. 11 Abs. 1 lit. g HMG, Art. 5 Abs. 2 lit. a ChemG, Art. 26 Abs. 3, 38 Abs. 3 USG jeweils i.V.m. Art. 1 ff. GLPV, 39 Abs. 1 USG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 VAM; *Lebensmittelverarbeitung (GHP und GMP)*: Art. 7 Abs. 4, Art. 10 Abs. 2, Art. 18 lit. d, Art. 44 Abs. 1 LMG i.V.m. Art. 76 und 77 LGV) vorgeschriebenen Qualitätssysteme einige Vorgaben von SN EN ISO 9001:2015 weitestgehend bereits aufnehmen (siehe grundsätzlich zu dieser Annäherung auch Fn. 882; der Vollständigkeit halber sei hier bzgl. *Medizinalprodukten* noch erwähnt, dass das erstmalige Inverkehrsetzen mit dem sog. «*New and Global Approach*» der Produktesicherheitsgesetzgebung vorab über Art. 4 MepV reguliert wird, vgl. dazu Rn. 264 ff. und 267 hiervor sowie Fn. 811 a.E., sodass Qualitätsmanagement-Standards stärker in den Fokus rücken als GxP-Standards).

⁹⁷⁹ Kaum als Managementsystem, sondern eher als Einzelanforderungen im Sinne der Qualitätssicherung zu bezeichnen, sind sodann etwa die Bestimmungen in Art. 18 ff. Röntgenverordnung sowie Art. 30 und 31 Abs. 4 bzw. Anhang 4 VrSQ zu betrachten. Das Gesetz sieht noch an vielen anderen Stellen Qualitätssicherheitsvorgaben vor, was aber nicht unbedingt die Betreuung eines Managementsystems im Sinne von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 beinhalten muss.

⁹⁸⁰ Vgl. Rn. 330, 332 hiervor sowie zum Modulsystem im Produktsicherheitsrecht Rn. 265 hiervor. Vgl. ferner aber etwa auch für den Hochschulbereich Art. 28 Abs. 2 HFKG bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäss Art. 30 Abs. 1 HFKG; vgl. sodann auch etwa Art. 2 PÄV.

einer generellen Betrachtung über dem allgemeinen gesetzlichen Standard liegen. Andernfalls würde einem marketingmässigen Vorteil einer Zertifizierung jeglicher Sinn abhandenkommen bzw. wäre generell ein entsprechender Hinweis auf die Zertifizierung wohl mindestens mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG nicht unproblematisch.

Im Ergebnis dieser Betrachtung zeigt sich, dass das Gesetz die Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 – abgesehen von den genannten Spezialfällen – nicht auf generelle Art und Weise inkludiert. Inwiefern der Sorgfaltsbegriff die Anforderungen von SN EN ISO 9001 bzw. SN EN ISO 14001 inkludiert, ist nach dem hiesigen Verständnis schliesslich eine Frage der mittelbaren Wirkung der Managementstandards und wird entsprechend auch dort behandelt⁹⁸¹. 336

b. Vertraglich unmittelbar wirkender Standard

Wenig überraschend können die Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen zwischen dem Unternehmensträger und Dritten sein. Dies ist durchaus nicht unüblich – sogar der Ursprung der Managementstandards, ermöglicht es doch, das eigene Qualitätsmanagement vertraglich vertikal auf die Lieferanten auszudehnen⁹⁸². 337

In der Regel wird hier aber nicht nur die blosser Befolgung der Anforderungen der Managementstandards durch den Lieferanten vertraglich vorgesehen. Vielmehr wird diese Pflicht in einer eigentlichen Qualitätsmanagement- bzw. Managementsystemvereinbarung (QS- bzw. MS-Vereinbarung) durch entsprechend sichernde Absprachen ergänzt, die die tatsächliche Umsetzung des Managementsystems belegen sollen⁹⁸³. In Frage kommt bezüglich des Modus, dass der Lieferant im Sinne kontinuierlicher Berichterstattung die Garantie der Einhaltung von Managementstandards wiederholt. Als nächste Stufe kann der Abnehmer dem Lieferanten regelmässige Auditierungen durch ihn selbst auferlegen, mit dem Zweck, sich über die kontinuierliche Befolgung der Standards zu vergewissern⁹⁸⁴. Sodann kann der Vertragspartner vom Lieferanten auch verlangen, dass dieser kontinuierlich eine entsprechende Zertifizierung durch eine dritte Stelle aufrechterhält⁹⁸⁵. In Bezug auf die dritte Stelle können wiederum Anforderungen gestellt werden, wie beispielsweise eine Akkreditierung. Allenfalls 338

⁹⁸¹ Vgl. dazu Rn. 343 ff. hiernach.

⁹⁸² Vgl. Rn. 296 ff. hiervor.

⁹⁸³ GROB, Qualitätsmanagement, S. 149 ff.

⁹⁸⁴ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 43.

⁹⁸⁵ VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 44 ff.

können die einzelnen vorgenannten Stufen schliesslich auch kombiniert werden.⁹⁸⁶

- 339 Eine MS-Vereinbarung erhöht letztlich im Grundsatz das Einstandsrisiko des Lieferanten, da es bereits aus dem Zusatz an Pflichten vermehrt Ansatzpunkte für eine Haftung gibt⁹⁸⁷. Es ist letztlich das eigentliche Ziel einer MS-Vereinbarung, das Einstandsrisiko des Lieferanten zu vergrössern, um über das damit im Ausgangspunkt vergrösserte Haftungsrisiko einen Anreiz für eine möglichst fehlerfreie Belieferung zu setzen⁹⁸⁸. Insgesamt kann aber mit einer sinnvollen Anwendung des betreffenden Managementsystems das Eintrittsrisiko derart reduziert werden, dass mindestens keine Erhöhung des Haftungsrisikos insgesamt vorliegt⁹⁸⁹.

2. Intern eingeführter Managementstandard sowie zertifizierter Managementstandard

- 340 Eine unmittelbare Wirkung eines Managementstandards für den Unternehmensträger ist nicht einzig aus dem Umstand ersichtlich, dass dieser intern eingeführt oder zertifiziert wurde. Insbesondere Letzteres kann Wirkungen zeitigen. Diese sind nach dem hiesigen Verständnis aber im mittelbaren Bereich zu verorten, der sogleich im nächsten Abschnitt betrachtet werden soll. Zu beachten ist hier ferner, dass der Unternehmensträger, sofern er von Vorteilen bzw. Erleichterungen einer freiwilligen, gesetzlichen Zertifizierung profitieren will⁹⁹⁰, aufgrund einer unmittelbaren gesetzlichen Wirkung den Anforderungen der fraglichen Managementstandards nachkommen muss. Er kann sich dieser unmittelbaren Wirkung aber entziehen, soweit er die Vorteile bzw. Erleichterungen nicht beansprucht oder sich durch Ablegung des Zertifikates den entsprechenden Weg auch offiziell verunmöglicht.

⁹⁸⁶ Vgl. ALIMENTA IMPORT, Umsetzungskontrolle, in: foodaktuell.ch vom 18. Mai 2009: Zulieferer von Migros und Coop müssen generell etwa, mit Ausnahme allenfalls von Kleinstlieferanten, ISO 9001 zertifiziert sein, wobei bei Problemen ergänzende Audits selbst durchgeführt werden.

⁹⁸⁷ Vgl. GROB, Qualitätsmanagement, S. 158 f., der wohl mit derselben Meinung, aber von Haftungsrisiko generell spricht.

⁹⁸⁸ GROB, Qualitätsmanagement, S. 162.

⁹⁸⁹ Vgl. MOSER, AJP 1997, S. 187; GROB, Qualitätsmanagement, S. 41, 149; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 177.

⁹⁹⁰ Vgl. Rn. 330 ff. hiervor.

II. Mittelbare Wirkung

1. Vorbemerkungen

Eine mittelbare Wirkung von Managementstandards entsteht nach dem hiesigen 341
Verständnis im weiteren Sinne besonders über das Vertrauensprinzip. Im Wesentlichen besteht eine mittelbare Wirkung von Managementstandards damit zunächst vor allem durch den Sorgfaltsmassstab. Relevanz können Managementstandards so prinzipiell bei allen Verschuldenshaftungen sowie insbesondere auch dort haben, wo sorgfältiges Tätigwerden Inhalt der entsprechenden Schuldverpflichtung entweder auf gesetzlicher⁹⁹¹ oder vertraglicher⁹⁹² Grundlage ist.

Bei einer Inkludierung der Anforderungen eines Managementstandards über 342
einen tatsächlichen Konsens der Vertragsparteien handelt es sich in der Folge um eine unmittelbare Wirkung. Hierzu ist daher auch auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der unmittelbaren Wirkung verwiesen⁹⁹³. Soweit die Inkludierung der Anforderungen eines Managementstandards aber über einen entsprechenden normativen Konsens vermittelt ist, wird im Folgenden darauf Bezug genommen. Genauso wird hier auch die Wirkung von Managementstandards aufgrund anderer, nach dem Vertrauensprinzip auszulegender Willensäusserungen behandelt.

2. Nicht eingeführter Managementstandard

a. *SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als allgemeiner gesetzlicher Standard der Sorgfalt?*

aa. *Vorbemerkungen*

Wie bei der unmittelbaren Wirkung ist auch bei der mittelbaren Wirkung zu fragen, ob SN EN ISO 9001 oder SN EN ISO 14001 nicht bereits dem allgemeinen gesetzlichen Standard – hier in Bezug auf das Mass der Sorgfalt – entsprechen. Dies kann sich wiederum einerseits dadurch ergeben, dass SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 vor allem über die Rechtsprechung *formell* als allgemein anwendbarer Sorgfaltsmassstab bezeichnet werden. Andererseits kann sodann der allgemein anwendbare Sorgfaltsmassstab *materiell* die Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 einbeziehen. Schliesslich bleibt einem Unternehmensträger im Rahmen einer Wirkung eines nicht eingeführten Managementstandards über den allgemeinen gesetzlichen Sorgfaltsmassstab die Möglichkeit, sich auf ein rechtmässiges Alternativverhal-

⁹⁹¹ Vgl. etwa Art. 717 Abs. 1 OR.

⁹⁹² Vgl. etwa Art. 398 Abs. 2 OR.

⁹⁹³ Vgl. Rn. 337 ff. hiervor.

ten zu berufen⁹⁹⁴. Dabei macht der Unternehmensträger geltend, dass eine Schädigung selbst bei Einhaltung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 eingetreten wäre.

bb. Formelle Bezeichnung von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als allgemein anwendbarer Sorgfaltsmassstab

344 Bezüglich einer formellen Bezeichnung von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 als allgemein anwendbarer Sorgfaltsmassstab stellt sich zunächst insbesondere die Frage, ob diese Normen die Voraussetzungen erfüllen, damit ihnen der Charakter mittelbarer Pflichtbestimmungen zukommen kann. Zu dieser Frage der grundsätzlichen Eignung von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 als haftungsrelevante Drittstandards kann auf die oben im Zusammenhang mit Art. 754 Abs. 1 OR diskutierten Anforderungen verwiesen werden⁹⁹⁵. Es geht demnach im Ausgangspunkt darum, dass die Normen letztlich eine gewisse Breite, Höhe und Tiefe aufweisen⁹⁹⁶. Sie sollten ferner eine persönlich und sachlich bestimmte Verhaltenserwartung enthalten sowie für die Adressaten zugänglich sein und auch als diesen bekannt vorausgesetzt werden dürfen⁹⁹⁷.

345 Die Normen der ISO weisen in der Regel eine bemerkenswerte Breite und Tiefe auf, die über die ausgeprägten Strukturen und Verfahren der ISO zur Erreichung eines Konsenses vermittelt werden^{998, 999}. Wie die Kürzel vor der Norm angeben, wurden SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 nicht nur von der ISO verabschiedet, sondern auch regional ins europäische Normensystem und national ins Schweizer Normensystem überführt¹⁰⁰⁰. Die beiden Normen erfreuen sich allgemein in der Praxis grosser Beliebtheit¹⁰⁰¹. Sie haben sich als weltweit gültiger Standard etabliert und bringen letztlich auch die erforder-

⁹⁹⁴ Zur diesbezüglichen Einordnung vgl. Fn. 589.

⁹⁹⁵ Vgl. Rn. 175 ff. hiervor.

⁹⁹⁶ Vgl. dazu Rn. 178 ff. hiervor.

⁹⁹⁷ Vgl. dazu Rn. 183 hiervor.

⁹⁹⁸ Vgl. dazu DIMITROPOULOS, Zertifizierung, S. 42 f., 44.

⁹⁹⁹ Die ISO kümmert sich sodann vor allem um den Bereich der nicht elektronischen Normen, während sich ihre Schwesterorganisation IEC mit dem Bereich der elektronischen Normen beschäftigt (und im Überschneidungsbereich wie etwa bei ISO/IEC 27001 eine Norm entsprechend auch beide Kürzel trägt, wenn beide Organisationen an der Ausarbeitung beteiligt waren), vgl. DIMITROPOULOS, Zertifizierung, S. 42.

¹⁰⁰⁰ Vgl. DIMITROPOULOS, Zertifizierung, S. 55 ff., 70; VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 208.

¹⁰⁰¹ Vgl. ISO, Survey 2015, Exec Summary, S. 1; ferner vgl. BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 7; SCHEIBER/GLAUSER/DRECHSEL, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. V.

derliche Tiefe mit¹⁰⁰². Die Normen sind für die Adressaten sodann zugänglich, indem sie einerseits regelmässig unentgeltlich bei den nationalen Normenorganisationen einsehbar sind und andererseits gegen ein verhältnismässiges Entgelt erworben werden können.

Mehr Schwierigkeiten bereitet hier das Erfordernis der persönlich und sachlich bestimmten Verhaltenserwartung durch die Standards. So ergibt sich in persönlicher Hinsicht, dass grundsätzlich Unternehmensträger angesprochen sind, und ferner in sachlicher Hinsicht, dass gewisse Anforderungen an diese gestellt sind¹⁰⁰³. Die Standards sollen sich aber andererseits gerade nicht im Sinne eines *Mindeststandards* an alle Unternehmensträger wenden, sondern nur an solche, die an einer *Best Practice* interessiert sind und sich so gegenüber anderen mit dem Mittel der Zertifizierung einen Wettbewerbsvorteil verschaffen wollen¹⁰⁰⁴. So soll primär bereits ein eigentlicher materieller *Best Practice*-Standard¹⁰⁰⁵ nicht haftungsrelevant sein¹⁰⁰⁶. Ferner setzt die über eine Zertifizierung angestrebte Selektierung voraus, dass die Standards gerade nicht als «allgemein» gelten können. Dieser letztlich über SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 angesteuerte Marketingwirkung steht jedoch die Verwendung der Standards als generelles Instrument zur Fehlervermeidung gegenüber¹⁰⁰⁷. 346

Im Ergebnis ist den Normen von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 so offenbar die generelle Eignung als mittelbare Pflichtbestimmungen zukommen zu lassen. Soweit ersichtlich wurden sie in der Schweizer Rechtsprechung, zumindest derjenigen des Bundesgerichtes, aber bisher nicht formell für die Konkretisierung des allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstabes berücksichtigt. 347

*cc. Materieller Einbezug der Anforderungen der Managementstandards
SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 in den allgemein anwendbaren
Sorgfaltsmassstab*

Mit Blick auf einen materiellen Einbezug der Anforderungen von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 im allgemein anwendbaren Sorgfaltsmass ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass der eigentliche Gehalt dieser 348

¹⁰⁰² Vgl. WAGNER, *Ausgestaltung*, S. 181; BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, *Umweltmanagementsysteme*, S. 4 ff., 7.

¹⁰⁰³ Vgl. dazu Rn. 344 und 183 hiavor.

¹⁰⁰⁴ WAGNER, *Ausgestaltung*, S. 181.

¹⁰⁰⁵ Also nicht ein solcher, der lediglich so bezeichnet ist, aber sich dann allenfalls als Mindeststandard oder *Good-Practice*-Standard (zum Verständnis hierzu siehe hierzu auch Fn. 878 m.w.H.) entpuppt.

¹⁰⁰⁶ Vgl. dazu etwa GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 26; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 14 Rn. 371, § 18 Rn. 156; siehe auch Rn. 168 hiavor.

¹⁰⁰⁷ Vgl. FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, *Konzepte*, S. 162, 174.

Standards vorwiegend einerseits in der grundsätzlich breiten Beachtung von Facetten bei der Implementierung der Prozessstruktur in einem Unternehmen und andererseits in der Auferlegung eines kontinuierlichen relativen Verbesserungsansatzes liegt¹⁰⁰⁸. Fraglich ist, ob nicht gerade diese Elemente ohnehin schon Teil des allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstabes sind.

349 Hinsichtlich der Facettenbreite ist zunächst zu beachten, dass der allgemein anwendbare Sorgfaltsmassstab selbst auch eine gewisse Umsicht und Umschau voraussetzt, um Entscheidungen auf einer angemessenen Informationsbasis zu treffen¹⁰⁰⁹. Es ist letztlich im allgemeinen Sorgfaltsmassstab mit der Facettenbreite aber wiederum nur das gefordert, was andere Personen auch allgemein schon erfüllen und was in diesem Sinne allgemein anerkannt ist¹⁰¹⁰. Der allgemein anwendbare Sorgfaltsmassstab verlangt nämlich nicht mehr als das, was dem «anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis» entspricht¹⁰¹¹. Den Zusatz, den SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 aber für die vorgezeichnete besondere Prozessstruktur vorsehen und mit dem üblicherweise auch eine bedeutende Ressourceninvestition und der Beizug von externen Experten verbunden sein wird, lässt sich als Regel kaum als mit dem allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstab deckungsgleich sehen¹⁰¹².

350 Über die Referenzierung des Sorgfaltsmassstabes an einer Massfigur, deren Verhaltenserwartungen sich aus einem Vergleich mit einer vernunftgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation ergeben, wird letztlich Bezug auf die Verhaltensweise anderer Rechtsunterworfenen genommen¹⁰¹³. Darüber stellt sich auch ein gewisser kontinuierlicher, relativer Verbesserungsansatz ein, da der vernunftmässig handelnden Vergleichsperson auch ein aktueller Wissensstand zum Vorgehen im Sinne des *aktuellen* «anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis» suggeriert werden muss¹⁰¹⁴. Der allgemein anwendbare Sorgfaltsmassstab beinhaltet aber letztlich nur einen *generellen*, aus der Gesellschaft heraus entstehenden, nicht jedoch wie SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 einen *individuellen*, auf den jeweiligen Unternehmensträger gemünzten relativen Verbesserungsansatz. So ist eine Stagnation oder ein Rück-

¹⁰⁰⁸ Vgl. Rn. 309 f., 313 hiervor.

¹⁰⁰⁹ Vgl. etwa BREHM, BK, Art. 41 OR Rn. 172; SCHERER/FURT, CCZ 2015, S. 11.

¹⁰¹⁰ WITHUS, CCZ 2015, S. 140.

¹⁰¹¹ Vgl. dazu SCHERER/FURT, CCZ 2015, S. 10, auch 11 ff.

¹⁰¹² Vgl. FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, Konzepte, S. 173, die etwa auch darauf hinweisen, dass die Zahl der Organisationen, die nicht zertifiziert sind, immer noch enorm hoch ist. In Bezug auf das Verständnis von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als grundsätzliches «Mehr» in den Augen der Rechtsordnung vgl. auch Rn. 335 hiervor.

¹⁰¹³ Vgl. WITHUS, CCZ 2015, S. 140, bezugnehmend auf BVerwG, 30.09.1996, 4 B 175/96.

¹⁰¹⁴ WITHUS, CCZ 2015, S. 141.

schritt etwa in der Prozessausgestaltung nicht mit SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 vereinbar, obschon das Sorgfaltsniveau für den gesetzlichen Standard dennoch erfüllt sein kann. SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 liegen mit der Vorschreibung eines individuellen, relativen Verbesserungsansatzes also grundsätzlich über dem gesetzlichen Standard.

Insgesamt zeigt sich damit, dass SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 im Rahmen ihres eigentlichen Gehaltes nicht bereits ohne Weiteres Teil des allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstabes sind. Eine Nichtbefolgung der Standards kann schliesslich allein aus dieser Betrachtung auch nicht *per se* eine Un Sorgfalt bzw. eine entsprechende Vermutung zur Folge haben¹⁰¹⁵. Fraglich bleibt aber noch, inwieweit bei einer Nichtbefolgung der Standards allenfalls von einer Vermutung der Befolgung der erforderlichen Sorgfalt über die Geltendmachung eines rechtmässigen Alternativverhaltens profitiert werden kann, wenn dargelegt werden kann, dass auch bei Befolgung der Standards ein Schaden eingetreten wäre. Dies soll im nächsten Abschnitt genauer untersucht werden.

dd. Die Befolgung von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 hätte den Schaden nicht verhindert (rechtmässiges Alternativverhalten)

Dem Unternehmensträger steht, soweit er die Standards nicht eingeführt hat, der Nachweis offen, dass ein Schaden auch bei Beachtung der betreffenden Standards eingetreten wäre. Da SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 einen Sorgfaltsgehalt aufweisen, der mindestens das gesetzlich erforderliche Mass umfasst, kann damit eine Vermutung bzw. die wiederum dem Gegenbeweis offenstehende Darlegung erbracht werden, dass eine allfällige Un sorgfältigkeit in diesem Bereich unbeachtlich ist. Zunächst ist dieser Sorgfaltsgehalt aber gering und umfasst im Wesentlichen nur eine organisatorische Struktur zur Absicherung der Facettenbreite und des relativen Verbesserungsansatzes. Geht es aber beispielsweise darum, dass ein Unternehmensträger die schadensverursachende Wirkung eines Produktes, wie etwa eines Gartenwerkzeuges, in der Entwicklung hätte erkennen müssen, so kann der Einwand grundsätzlich hilfreich erscheinen, dass die Schädigung selbst bei Anwendung einer Prozessstruktur gemäss SN EN ISO 9001:2015 nicht hätte vermieden werden können.

Als wenig praktikabel zeigt sich der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens für den Unternehmensträger aber, weil es problematisch sein dürfte, die eigentlichen Wirkungen eines hypothetisch beim (konkreten) Unternehmensträger eingeführten Managementsystems nach SN EN ISO 9001:2015 und

¹⁰¹⁵ Vgl. diesbezüglich auch Rn. 168 f. hiavor.

SN EN ISO 14001:2015 darzulegen¹⁰¹⁶. Selbst wenn hier nur das Beweissmass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gefordert ist, bedarf es mehr als blosser Hypothesen und nur die Möglichkeit, dass ein Schaden darauf basierend eingetreten wäre, ist demnach unzureichend¹⁰¹⁷. Die weiten Spielräume der Standards dürften dazu führen, dass die konkreten Auswirkungen eines hypothetisch eingeführten Managementsystems für einen Schadensfall weitgehend spekulativ bleiben werden¹⁰¹⁸.

354 Gelingt es im Übrigen, die Auswirkungen eines eingeführten Managementsystems nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 dennoch beweisgenügend darzulegen, so sind diese mitunter kaum allein entscheidend für eine Haftbarmachung des Unternehmensträgers: Die im Wesentlichen unter dem Titel des *Was* die Organisationsmethode treffenden Vorwürfe gegenüber dem Unternehmensträger werden wohl regelmässig noch von Vorwürfen gegen konkrete Handlungspflichten begleitet¹⁰¹⁹, worüber SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 wiederum kaum Auskunft geben¹⁰²⁰. Die Berufung, dass ein Schaden auch bei Befolgung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 eingetreten wäre, wird dem Unternehmensträger so in der Regel praktisch keinen Nutzen bringen.

b. SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 als Branchenstandard in Bezug auf die Sorgfalt?

355 Soweit ersichtlich hat die Schweizer Rechtsprechung, wenigstens diejenige des Bundesgerichtes, SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 bisher weder formell noch materiell für die Konkretisierung des anwendbaren Sorgfaltsmassstabes branchenspezifisch berücksichtigt. Auch wenn SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001, wie im vorherigen Abschnitt diskutiert, nicht als Ausdruck des allgemein anwendbaren Sorgfaltsmassstabes verstanden werden sollen, eröffnet sich durchaus die Möglichkeit, diese sogar formell als Sorgfaltsmassstab in gewissen Branchen anzusehen. So kann die Norm SN EN ISO 9001 mit ihrer wei-

¹⁰¹⁶ Der Schädiger (hier also der Unternehmensträger) soll nach h.M. die Beweislast für das rechtmässige Alternativverhalten tragen, vgl. BÜHLER, Kausalität, S. 82 f.

¹⁰¹⁷ BÜHLER, Kausalität, S. 83 m.w.H.

¹⁰¹⁸ Anders kann dies allenfalls sein bzw. ist wenigstens die konkrete Ausgestaltung einfacher beweisbar, wenn die Einführung eines Managementsystems nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 beim Unternehmensträger bereits geplant wird oder der Unternehmensträger schon ein entsprechendes Managementsystem eingeführt hat, dessen Vorgaben aber im konkreten Fall nicht eingehalten wurden.

¹⁰¹⁹ Vgl. dazu GROB, Qualitätsmanagement, S. 109, der im Rahmen von Art. 55 OR davon ausgeht, dass der Anforderung der zweckmässigen Betriebsorganisation in den meisten Fällen keine selbständige Bedeutung zukommt.

¹⁰²⁰ Vgl. Rn. 305 ff. hiervor.

ten Verbreitung seit einigen Jahren in der Lebensmittelindustrie bzw. bei grösseren Lebensmittelzulieferern in der Schweiz durchaus als Branchenstandard in Frage kommen¹⁰²¹. Eine Nichtbeachtung der Anforderungen von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 hat dementsprechend auch eine Unsorgfaltsvermutung zur Folge¹⁰²².

3. Intern eingeführter Managementstandard

Eine nachweisliche Befolgung eines Managementstandards wie SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 durch den Unternehmensträger hat für diesen zunächst den Vorteil, dass so eine Sorgfaltsvermutung bezüglich der Organisationsgehalte von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015¹⁰²³ zum Tragen kommt¹⁰²⁴. Dies bevorteilt den Unternehmensträger bei einem Haftungsvorwurf nach Art. 1 Abs. 1 PrHG (im Rahmen der Entlastungsmöglichkeiten Art. 4 f. PrHG) oder Art. 55 Abs. 1 OR (im Rahmen des vorgesehenen und von der Rechtsprechung verschärften Entlastungsbeweises) sowie allgemein im Bereich der Verschuldenshaftungen und dort, wo sorgfältiges Tätigwerden die primäre Leistungspflicht darstellt^{1025, 1026}.

Allerdings kann die Sorgfaltsvermutung dort nicht greifen, wo sektoriell weitergehende Sorgfaltsmassstäbe bestehen¹⁰²⁷. Da nach der hiesigen Einteilung bei intern eingeführten Managementstandards nicht auf die Normeinhaltung nach aussen hingewiesen wird, ergeben sich aus dem Vertrauensprinzip und auch insgesamt keine weiteren hier zu behandelnden Wirkungen. Die sich insbesondere auch aus dem Vertrauensprinzip ergebenden Wirkungen werden nun vor allem im sogleich folgenden Abschnitt betrachtet.

4. Zertifizierter Managementstandard

Die schon weiter oben generell gemachten Anmerkungen zur spezifischen Wirkung einer Zertifizierung sollen hier nun für den Fall der betrachteten

¹⁰²¹ Vgl. dazu Fn. 986. Ferner werden auch etwa die Automobil-, Luft- und Raumfahrtbranche genannt, vgl. DRECHSEL, *Zertifizierung*, S. 358.

¹⁰²² Vgl. entsprechend Rn. 351 und 168 f. hiavor.

¹⁰²³ Vgl. dazu Rn. 309 ff. und 313 f. hiavor.

¹⁰²⁴ SCHERER/FURT, *CCZ 2015*, S. 14; MOSER, *AJP 1997*, S. 191 f.

¹⁰²⁵ Vgl. GROB, *Qualitätsmanagement*, S. 73 ff., 77 ff., 93, 94, 96, 102, 104, 105 ff., 109, 120 ff.

¹⁰²⁶ Vgl. im Übrigen für eine Berufung auf das rechtmässige Alternativverhalten, die hier allenfalls etwas erleichtert sein kann, vgl. Rn. 353 f. hiavor und Fn. 1018.

¹⁰²⁷ Vgl. diesbezüglich vor allem Rn. 334 hiavor. Für Branchenstandards im Sinne von Rn. 355 hiavor kann die nachweisliche Befolgung eines Managementstandards aber die erforderliche Sorgfalt allenfalls vermuten lassen.

Managementstandards weiter ausgeführt werden¹⁰²⁸. Eine nach aussen getragene Zertifizierung eines Managementstandards kann vor dem Hintergrund des Vertrauensprinzips in zentraler Weise beeinflussen, was ein Empfänger einer Willenserklärung des entsprechend zertifizierten Unternehmensträgers darunter verstehen durfte und musste¹⁰²⁹. Üblicherweise wird ein Erklärungsempfänger mit einer Zertifizierung des Unternehmensträgers nach SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 von dessen erhöhter Leistungsfähigkeit in der betreffenden Dimension ausgehen¹⁰³⁰. Wie dargelegt, ist dieses Vertrauen in die *Fähigkeit* auch berechtigt, da Unternehmensträger, die ein Managementsystem nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 eingeführt haben, gesamthaft in den von den Standards angesprochenen Sphären ein erhöhtes Potenzial aufweisen¹⁰³¹.

359 Soweit hier im Übrigen von einer Zertifizierung als unabhängiger Bestätigung der Sachlage ausgegangen wird¹⁰³², ist grundsätzlich auch das Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit der Angabe gerechtfertigt. Zu bedenken ist an dieser Stelle aber noch, dass das Zertifikat, wie schon erwähnt, einen eingeschränkten Geltungsbereich haben kann¹⁰³³. Um nicht eine überschüssende Leistungserwartung zu erwecken, sollte in der öffentlichen Hinweisung auf eine Zertifizierung deshalb die Einschränkung des Zertifikats klar ersichtlich sein. Der verkürzte Hinweis, dass ein Unternehmensträger nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 zertifiziert ist, dürfte berechtigtermassen suggerieren, dass dieser für all seine Operationen ein entsprechendes Zertifikat erhalten hat. Dem wird in der Praxis beigegeben, indem das Zertifikat selbst vor allem über das Internet öffentlich einsehbar ist¹⁰³⁴. Dies dürfte das Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit der Zertifizierungsangabe wiederum entsprechend verstärken. Es handelt sich beim Zertifikat nämlich um eine strafrechtlich geschützte Urkunde, die in der Regel, soweit sie von einer akkreditierten Zertifizierungsstelle ausgestellt wird, auch das nach Art. 23 lit. a THG

¹⁰²⁸ Siehe die generellen Anmerkungen zum «Zertifizierungs-dreieck» in Rn. 286 ff. hiervor.

¹⁰²⁹ Statt vieler HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 ZGB Rn. 13; KRAMER, BK, Art. 1 OR Rn. 102.

¹⁰³⁰ Vgl. MOSER, AJP 1997, S. 187 f. Andernfalls würde der viel beworbene Marketingvorteil von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 auch kaum ins Gewicht fallen, vgl. WAGNER, Ausgestaltung, S. 181, 191.

¹⁰³¹ Vgl. Rn. 311, 309 f. hiervor; im Resultat aber a.A. VAUTIER EIGENMANN, Certification, Rn. 490.

¹⁰³² Vgl. Rn. 260 hiervor.

¹⁰³³ Vgl. Rn. 305 m.w.H. hiervor.

¹⁰³⁴ Vgl. dazu etwa das auf der Webseite der Stöckli Metall AG zugängliche Zertifikat für die Zertifizierung nach SN EN ISO 9001:2008 und SN EN ISO 14001:2004 unter http://www.stm-ag.ch/wp-content/uploads/2016/03/stoekli_iso-zertifikat-2015.jpg.

strafrechtlich noch speziell geschützte Akkreditierungszeichen gemäss Art. 16 bzw. Anhang 4 AkkBV trägt.

Aus der damit grundsätzlich gerechtfertigten erhöhten Leistungserwartung ergibt sich, dass ein Vertragspartner des zertifizierten Unternehmensträgers tendenziell vor allem im Rahmen des Konsenses oder bei Zusicherungen ein erhöhtes Leistungsverständnis ansetzen darf. Dem schliesst sich an, dass dieses erhöhte Leistungsverständnis auch Relevanz im Rahmen der *culpa in contrahendo* oder ausnahmsweise gar der Vertrauenshaftung i.w.S. haben kann¹⁰³⁵. In ähnlicher Weise nach dem Empfängerhorizont sind in diesem Sinne individuell über Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG und gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB Personen geschützt, die im Vertrauen auf das berechtigtermassen erhöhte Leistungsverständnis und mithin kausal darauf basierend Dispositionen treffen¹⁰³⁶. Dies führt auf einer *individuellen Ebene*¹⁰³⁷ dazu, dass der Umstand der Zertifizierung zu im Ausgangspunkt erhöhten Leistungspflichten und entsprechenden Haftungsrisiken des Unternehmensträgers führt.¹⁰³⁸

Über die allgemeine Definition der anzuwendenden Sorgfalt hat der Umstand der Zertifizierung ferner auch auf einer *generellen Ebene*¹⁰³⁹ im Ausgangspunkt tendenziell verschärfenden Einfluss auf die Haftungssituation des Unternehmensträgers¹⁰⁴⁰. Dies rührt daher, dass der nach aussen getragenen Zertifizierung *Verkehrskreisrelevanz* zukommt und sich ein nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 zertifizierter Unternehmensträger darüber hinaus die mit den Managementstandards erhöhte potenzielle Leistungsfähigkeit anrechnen lassen muss¹⁰⁴¹. Es handelt sich hierbei um den gesetzlichen Gehalt des Sorgfaltsbegriffes, nicht um den in der vorherigen Randnummer angesprochenen vertraglich definierten. Nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 zertifizierte Unternehmensträger bewegen sich damit für den Bereich des nach aussen getragenen Gegenstandes des Zertifikates in einem höheren Verkehrskreis als Unternehmensträger ohne Hinweis auf ein entsprechendes Zertifikat.

Die nach aussen getragene Zertifizierung eines Managementstandards wie SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 hat somit tendenziell wenigstens im Ausgangspunkt eine Haftungsverschärfung für den Unternehmens-

¹⁰³⁵ Vgl. Rn. 253 und 286 hiavor.

¹⁰³⁶ Vgl. Rn. 288 hiavor.

¹⁰³⁷ Das heisst aufgrund einer relativen Wirkung durch das Verhältnis mit einzelnen Personen.

¹⁰³⁸ Vgl. GROB, Qualitätsmanagement, S. 181 ff., 193.

¹⁰³⁹ Das heisst aufgrund einer absoluten Wirkung, unabhängig vom Verhältnis mit einzelnen Personen.

¹⁰⁴⁰ MOSER, AJP 1997, S. 187 f.

¹⁰⁴¹ Vgl. Rn. 287, ferner 318 hiavor.

träger zur Folge. Eine nicht nur nach aussen getragene, sondern auch tatsächlich gelebte Zertifizierung bringt aber auch einen Vorteil, der vor allem in der Beweiserleichterung liegt. So kann durch die mit der Zertifizierung eingeführte und über weitere Audits gefestigte Dokumentierung als Beleg der tatsächlichen Umsetzung des Managementstandards dienen. Damit ist die Vermutungsbasis nachweisbar, um von der Vermutungsfolge der angenommenen Sorgfalt bei einem eingeführten Managementsystem zu profitieren¹⁰⁴². Die mit der Zertifizierung einhergehende Dokumentation begünstigt also die bei einem eingeführten Managementsystem geltende Sorgfaltsvermutung.¹⁰⁴³

III. Haftungsmässiger Einfluss des (Nicht-)Wissens auf der Berechtigtenseite über den Kontext des Zertifikates bei zertifizierten Managementstandards

363 Fraglich ist ferner gerade in Bezug auf zertifizierte Managementstandards, welchen Einfluss das fehlende Wissen des Anspruchsberechtigten um das nach aussen bekanntgegebene Zertifikat und den Inhalt des anwendbaren Standards auf die Haftungssituation eines zertifizierten Unternehmensträgers haben kann. Letztlich ist auch fraglich, inwieweit zusätzliches Wissen des Anspruchsberechtigten – besonders bezüglich der Einzelheiten eines tatsächlich gelebten bzw. vor allem auch nicht gelebten Managementsystems eines zertifizierten Unternehmensträgers – hier einen Einfluss haben kann.

364 Nach hier vertretener Ansicht ist dabei grundlegend zu unterscheiden, ob es dabei um die individuelle oder um die generelle Perspektive der Haftungsebene des Unternehmensträgers geht¹⁰⁴⁴. Im Bereich der *individuellen Perspektive der Haftungsebene* ist zunächst wesentlich, dass der Anspruchsberechtigte bei der Vereinbarung bzw. Entstehung der primären Leistungsforderung *abstrakt* über die Einführung des Managementstandards informiert ist. Dieses Wissen kann einerseits *direkt* über eigentliches Wissen um die *Einführung des Managementstandards* oder andererseits *indirekt* über das Wissen um das *Zertifikat* bestehen. Weiss er nichts von alledem, entfällt von vornherein auch das diesbezüglich spezifisch erhöhte Haftungsrisiko des Unternehmensträgers¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴² Vgl. Rn. 356 f. hiavor.

¹⁰⁴³ GROB, Qualitätsmanagement, S. 33 f.; MOSER, AJP 1997, S. 192 f.; WAGNER, Ausgestaltung, S. 194.

¹⁰⁴⁴ Vgl. dazu Rn. 360 f. hiavor.

¹⁰⁴⁵ MOSER, AJP 1997, S. 188. Beweismässig wird aber bei einer (wohl einfach nachzuweisenden) öffentlichen Hinweisung auf das Zertifikat die Kenntnis bei Anspruchsberechtigten als notorisch und gegeben betrachtet werden können. Tatsächlich fehlendes Wissen um ein solches Zertifikat wird sich so faktisch also kaum einschränkend auswirken.

Soweit der Anspruchsberechtigte sodann entsprechende direkte oder indirekte Kenntnis über die Einführung eines Managementstandards hat, bleibt fraglich, welche Relevanz seine individuelle *konkrete Kenntnis* über den damit verbundenen *Soll-Zustand* bzw. über den tatsächlichen *Ist-Zustand* des Betriebes des Unternehmensträgers hat. Der grundlegende *Soll-Zustand* in Form der Standards SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 ist hier zunächst grundsätzlich – ähnlich wie bei Gesetzen – öffentlich zugänglich¹⁰⁴⁶. Für den eigentlichen Kenntnisstand zum erwähnten Soll-Zustand kann sodann als Vermutung daran angesetzt werden, was die durchschnittliche Allgemeinheit, ohne weitergehende Kenntnisse zu den Standards zu haben, im Lichte des Vertrauensprinzips unter dem Hinweis auf diese weit verbreiteten Managementstandards versteht¹⁰⁴⁷. Zu diesem Verständnis dürfen m.E. mindestens die Facettenbreite und der relative, individuelle Verbesserungsansatz des Managementsystems gezählt werden¹⁰⁴⁸. Konkretes und belegtes Wissen über darüber hinaus gehende *erhöhte Soll-Anforderungen* der Standards selbst oder der unternehmensinternen Umsetzung kann sich in der Folge haftungsverschärfend auswirken. Dem Anspruchsberechtigten nachgewiesenes, konkretes Wissen über einen tatsächlich *tieferen Ist-Zustand* kann sich andererseits aber auch haftungsschwächend auswirken.

Im Bereich der *generellen Perspektive der Haftungsebene* des Unternehmensträgers geht es grundsätzlich um den Sorgfaltsmassstab, der im Ausgangspunkt objektiv zu bemessen ist¹⁰⁴⁹. Aus der Objektivität erschliesst sich, dass *konkretes Wissen* um die Einführung eines nach aussen getragenen Managementstandards oder um die inhaltliche Tragweite eines Standards (und in diesem Sinne individuelles, inhaltliches Wissen über das Bestehen eines Zertifikates oder anderen Hinweises zur Einführung eines Managementstandards bei einem Unternehmensträger oder über den entsprechenden vom Standard geforderten Soll-Zustand) durch den Berechtigten insoweit *unerheblich* ist, als die Einteilung des Unternehmensträgers in den konkreten höheren Verkehrskreis

¹⁰⁴⁶ Mindestens zur Einsicht vor Ort sind diese Standards bei der Schweizerischen Normen-Vereinigung (SNV) auch unentgeltlich zugänglich, darüber hinaus können sie gegen eine Gebühr bestellt werden. Darüber hinaus hat die SNV auch einen gesetzlichen Auftrag, die entsprechenden Standards zur Verfügung zu stellen, vgl. Art. Abs. 1 lit. b Ziff. 2 NV.

¹⁰⁴⁷ Vgl. für die auf das Vertrauensprinzip entsprechend Bezug nehmende Betrachtung bei Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG etwa FERRARI HOFER/VASELLA, CHK, Art. 3 UWG Rn. 12 und bei Art. 152 StGB etwa WEISSENBERGER, BSK StGB, Art. 152 StGB Rn. 23 ff., die im Übrigen dem im vertraglichen Bereich und der Vertrauenshaftung i.w.S. ohnehin gegebenen Vertrauensprinzip prinzipiell entspricht.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Rn. 309 f., 313, 349 ff. hiavor.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Rn. 159 hiavor.

davon unabhängig ist¹⁰⁵⁰. Zu fordern ist für diesen Effekt allerdings grundsätzlich, dass für die entsprechende Haftungsverschärfung auf den eingeführten Managementstandard direkt oder indirekt nach aussen hingewiesen wird, was hier mit dem Verständnis des zertifizierten Managementstandards bereits gegeben ist. Ein bloss intern eingeführter Managementstandard wirkt sich damit noch nicht haftungsverschärfend aus, ein zertifizierter im Ausgangspunkt aber schon^{1051, 1052}.

D. Haftungsrelevanz für Organpersonen des Unternehmensträgers

I. Vorbemerkung

367 Stand im Ausgangspunkt, dass «[u]ngeklärt ist, welche Bedeutung die Befolgung bestimmter betriebswirtschaftlicher Management- oder Organisationsmodelle für die Frage der Pflichtwidrigkeit»¹⁰⁵³ in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hat, so stellt dieser Teil der Arbeit auch das Ziel der vorliegenden Untersuchung dar. Dieses Ziel ergibt sich durch die Zusammenführung der bisherigen Gedanken und Ausführungen. Die im Kontext von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen des Unternehmensträgers vorgenommene Betrachtung der Haftungssituation des Unternehmensträgers (siehe § 3C, Rn. 329 ff.) wird hier schliesslich für die Betrachtung der Haftungssituation der Organpersonen mit den allgemeinen Grundlagen der Verantwortlichkeit von Organpersonen (siehe § 2A, Rn. 12 ff.) zusammengefügt. Die Aufteilung in direkte und indirekte Aussenhaftung der Organpersonen wird entsprechend der schon in den Grundlagen verwendeten Struktur fortgesetzt.

368 Zunächst ist für den Bereich der Haftung der geschäftsführenden Organpersonen in Erinnerung zu rufen, dass die entsprechenden Pflichten der Organpersonen in der indirekten Aussenhaftung grundsätzlich keiner vertraglichen Vereinbarung zugänglich sind¹⁰⁵⁴. Zwar wäre eine vertragliche Haftung mit erweitertem Pflichteninhalt der Organperson gegenüber der Gesellschaft (mit entsprechend indirekter Auswirkung auf Organpflichten nach Art. 754 Abs. 1 OR) theoretisch denkbar¹⁰⁵⁵, dies kann aber wegen fehlender tatsächlicher Relevanz im vorliegenden Kontext vernachlässigt werden. Die entsprechenden vertraglichen Konstellationen, wie sie beim Unternehmensträger noch angeführt

¹⁰⁵⁰ Vgl. Rn. 160 hiavor.

¹⁰⁵¹ MOSER, AJP 1997, S. 188.

¹⁰⁵² Vgl. Rn. 162 hiavor

¹⁰⁵³ SPINDLER, MüKo, § 93 Rn. 30.

¹⁰⁵⁴ In Bezug auf die indirekte Aussenhaftung vgl. Rn. 134 hiavor sowie Fn. 950.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Rn. 235 hiavor sowie Fn. 706 a.E.

wurden, sind hier also nicht zu betrachten, sondern einzig die gesetzlichen. Bei der indirekten Aussenhaftung wird in der Folge vorab auf die Haftung nach Art. 754 OR der Organpersonen Bezug genommen.

II. Indirekte Aussenhaftung

1. Unmittelbare Wirkung

a. Nicht eingeführter Managementstandard

Soweit bereits für den Unternehmensträger ausgeführt wurde, dass über formelle Verweise im Gesetz keine unmittelbare Anwendung von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 stattfindet¹⁰⁵⁶, lässt sich dies auch für die Organpersonen des Unternehmensträgers sagen. In Bezug auf eine materielle Inkludierung der Anforderungen der Managementstandards SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 in gesetzlichen Vorgaben stellt sich sodann zunächst die Frage, ob SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 Organpersonen überhaupt direkt adressieren.

Bereits weiter vorn wurde zur Adressierung von Organpersonen in SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 festgehalten, dass diese durchaus in den Standards angesprochen werden¹⁰⁵⁷. Mit Bezug auf die Umsetzung, d.h. die Einführung und Aufrechterhaltung des durch die Standards vorgezeichneten Managementsystems, kommt Organpersonen zunächst eine ursprüngliche *Grundverantwortung* zu¹⁰⁵⁸. Es handelt sich damit im Verständnis der Standards nie um eine in diesem Sinne operative Frage, die grundsätzlich von Organpersonen fernhaltbar ist.¹⁰⁵⁹ Diese Grundverantwortung beinhaltet *undelegierbar* zunächst Aufgaben im Bereich der strategischen Ausrichtung¹⁰⁶⁰. Organpersonen haben diesbezüglich eine der Organisation angebrachte undelegierbare *Festlegungs-*¹⁰⁶¹, *Transparenz-*¹⁰⁶² sowie *Durchsetzungsverpflichtung*¹⁰⁶³. In Bezug auf eine sonst mögliche *Delegation* fordern die Standards, dass diese *klar und unmissverständlich* erfolgt und die verantwortlichen Personen entsprechend *instruiert* sind¹⁰⁶⁴. In diesem Sinne kommt den Organpersonen als Teil der undeleg-

¹⁰⁵⁶ Vgl. Rn. 333 hiavor.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Rn. 306 f. hiavor.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Ziff. 5.1, insb. 5.1.1 lit. a SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.1 insb. lit. a SN EN ISO 14001:2015.

¹⁰⁵⁹ Vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 71 f.

¹⁰⁶⁰ Ziff. 5.1 SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015.

¹⁰⁶¹ Ziff. 5.2.1 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 SN EN ISO 14001:2015.

¹⁰⁶² Ziff. 5.2.2 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 SN EN ISO 14001:2015.

¹⁰⁶³ Siehe hierbei die nicht abschliessenden Einzelpflichten in Ziff. 5.1.1, insb. lit. c, e, h und j SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.1 lit. c, d, g und i SN EN ISO 14001:2015.

gierbaren Grundverantwortung auch die Aufgabe einer grundlegenden *Überwachung* der Einhaltung der Standards zu¹⁰⁶⁵, wobei in den Standards dazu eine gewisse Strukturierung vorgesehen ist¹⁰⁶⁶.

371 Dieses Pflichtgefüge entspricht im Grunde dem, was das Schweizer Aktienrecht für den Verwaltungsrat bereits vorgibt¹⁰⁶⁷. Die Grundverantwortung für ein Managementsystem ist für die strategische Komponente mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR dem Verwaltungsrat mit der Oberleitung der Gesellschaft undelegierbar zugewiesen¹⁰⁶⁸. Die Festlegungs- und Durchsetzungsverpflichtung wird daraus genauso wie die dazugehörige Überwachungsverpflichtung abgeleitet¹⁰⁶⁹. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR enthält in der Folge eine spezifische Konkretisierung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR für die Festlegung der obersten Führungsorganisation¹⁰⁷⁰. Ferner ergibt sich die undelegierbare Grundüberwachung bezüglich der Einhaltung der massgebenden Regularien aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR¹⁰⁷¹. Eingeschlossen ist in die undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates ferner die Aufrechterhaltung eines angemessenen Berichterstattungs- bzw. Informationssystems¹⁰⁷².

372 Erfolgt eine Delegation, entbindet diese Organpersonen gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nur von ihrer persönlichen Haftung, soweit die Delegation zulässigerweise und auf einer mit Art. 716b Abs. 1 und 2 OR klaren Grundlage beruht¹⁰⁷³ und die Organpersonen nachweisen, dass sie der *cura in eligendo*, der *cura in instruendo* und der *cura in custodiendo* nachgekommen sind¹⁰⁷⁴. Dies entspricht dem Erfordernis der hier besprochenen Managementstandards, dass eine Dele-

¹⁰⁶⁴ Ziff. 5.3 SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015; vgl. hierzu ferner HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 37 f.; PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 74 f.; BRUGGER-GEHARDT, ISO 9001:2015, S. 44 f.

¹⁰⁶⁵ Ziff. 5.1.1 lit. g SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.1 lit. f SN EN ISO 14001:2015, zu welchem Zwecke innerhalb der Organisation auch eine geeignete Berichterstattung bestehen soll, vgl. Ziff. 5.3 lit. c i.V.m. Ziff. 7.4 SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.3 lit. b i.V.m. Ziff. 7.4 SN EN ISO 14001:2015, vgl. dazu auch HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 61 f.

¹⁰⁶⁶ Ziff. 9.3 SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015; siehe hierzu RUSSEGGER, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 274 ff.; BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme, S. 41 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl. dazu auch schon STÖCKLI, AJP 1994, S. 586 f.

¹⁰⁶⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 307.

¹⁰⁶⁹ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a OR Rn. 4 ff.; ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 44.

¹⁰⁷⁰ Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 319 ff.

¹⁰⁷¹ KUKO OR-SUNARIC, Art. 716a OR Rn. 17 f.; ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 46.

¹⁰⁷² WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a OR Rn. 26; KUKO OR-SUNARIC, Art. 716a OR Rn. 17.

¹⁰⁷³ ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 38 f.

¹⁰⁷⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 Rn. 117; vgl. auch Rn. 165 hiervor.

gation klar mit einer genügenden Auswahl¹⁰⁷⁵, Instruierung und Überwachung durchgeführt werden muss. Als ein «Mehr» im Gegensatz zum Gesetz scheinen die Standards auf konzeptioneller Ebene nur eine gewisse Transparenzpflicht nach aussen hin für Organpersonen festzulegen¹⁰⁷⁶.

Sind Organpersonen so zwar durchaus direkt in SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 adressiert, so ergibt sich daraus dennoch noch keine materielle Inkludierung der Anforderungen der Managementstandards in einem Bereich. Das Gesetz auferlegt, soweit ersichtlich, materiell nur dem Unternehmensträger spezielle Organisationspflichten im Sinne der Standards¹⁰⁷⁷. Den Anforderungen von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 in Bezug auf die Pflichten der Organpersonen kann darum keine unmittelbare Dimension, sondern darauf basierend lediglich eine mittelbare Wirkung zukommen¹⁰⁷⁸. 373

Da nicht nur das Gesetz als unmittelbare Pflichtquelle für Organpersonen in Frage kommt, sondern mindestens auch Statuten, kann sich eine unmittelbare Wirkung von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 allenfalls daraus ergeben¹⁰⁷⁹. Eine unmittelbare Wirkung könnte sich also namentlich durch einen entsprechenden Verweis auf die Managementstandards in den Statuten und insbesondere im Zweckartikel ergeben¹⁰⁸⁰. Da die hier betrachteten Managementstandards in Bezug auf die Verpflichtungen der Organpersonen allerdings, wie gerade dargelegt, wenigstens im Grundbereich den undelegierbaren Kern ihrer Aufgaben beschlagen, ist ein entsprechender Verweis in den Statuten nichtig¹⁰⁸¹. Das Prinzip der Parität führt entsprechend auch dazu, dass die Vorschreibung eines Managementsystems im Sinne von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 als weitgehend unverbindlich betrachtet werden 374

¹⁰⁷⁵ Dies wird als generelle Verpflichtung für die Organisation in Ziff. 7.1.2 i.V.m. 7.2 SN EN ISO 9001:2015 bzw. 7.1. i.V.m. 7.2 SN EN ISO 14001:2015 aufgenommen, an die sich letztlich auch die Personen des «Top Managements» bzw. die Organpersonen persönlich über Ziff. 5.1.1 lit. d SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.1 lit. c SN EN ISO 14001:2015 halten müssen.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Ziff. 5.2.2 lit. c SN EN ISO 9001:2015 bzw. Ziff. 5.2 Abschnitt 2, 3. Spiegelstrich SN EN ISO 14001:2015; die diesbezüglichen Spielräume sind, aus Sicht der Norm aber relativ weit, vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 71. Insbesondere dürfte dies bei börsenkotierten Gesellschaften vor dem Hintergrund von Art. 49 ff. und 53 f. KR kein «Mehr» bedeuten.

¹⁰⁷⁷ Siehe dazu die Situationen in Rn. 334 ff. hiervor.

¹⁰⁷⁸ Vgl. dazu sodann Rn. 376 ff. hiernach. Es handelt sich damit auch nicht um aktienrechtliche Pflichten, vgl. hier auch Rn. 129 hiervor.

¹⁰⁷⁹ Vgl. dazu Rn. 131 f. hiervor.

¹⁰⁸⁰ Siehe dazu etwa auch das Beispiel in Fn. 409.

¹⁰⁸¹ Vgl. dazu Rn. 371 hiervor.

muss¹⁰⁸². SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 können also auch auf diese Weise für Organpersonen keine unmittelbare Wirkung in der indirekten Aussenhaftung erlangen.

b. Intern eingeführter Managementstandard und zertifizierter Managementstandard

- 375 Spezielle unmittelbare Wirkungen von Managementstandards aufgrund der internen Einführung oder Zertifizierung eines Managementstandards wie SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 sind im Weiteren nicht ersichtlich. Insgesamt kommt SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 im Bereich der indirekten Aussenhaftung bzw. vorab von Art. 754 OR keine unmittelbare Wirkung zu. Dementsprechend verbleibt die Aufgabe, die mittelbaren Wirkungen dieser Managementstandards im folgenden Abschnitt zu untersuchen.

2. Mittelbare Wirkungen

a. SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 als mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR?

aa. Nicht eingeführter Managementstandard

- 376 Als mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR könnten SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 allenfalls unabhängig von einer Einführung beim Unternehmensträger für Organpersonen Wirkung erlangen¹⁰⁸³. Dass die beiden Normen einerseits grundsätzlich als mittelbare Pflichtbestimmungen für den Unternehmensträger in Frage kommen können sowie dass sie grundsätzlich Organpersonen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR adressieren, wurde bereits erläutert¹⁰⁸⁴. Insgesamt kommt SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 also zunächst die Eignung als mittelbare Pflichtbestimmungen für Organpersonen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR zu.

- 377 Soweit das Gesetz unabhängig von einer selbst entschiedenen Einführung die Vorgaben von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 für den Unternehmensträger (unmittelbar oder mittelbar) inkludiert¹⁰⁸⁵, können die daraus abzuleitenden Gehalte auch den Charakter mittelbarer Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR für die Organpersonen haben¹⁰⁸⁶. Ein vertraglich mit

¹⁰⁸² Vgl. Rn. 136 hiavor.

¹⁰⁸³ Vgl. Rn. 168 ff. und Rn. 174 ff. hiavor.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Rn. 344 ff., 347 sowie Rn. 370 ff. hiavor.

¹⁰⁸⁵ Siehe dazu Rn. 334 ff. und Rn. 355 hiavor.

¹⁰⁸⁶ Zur im Gegensatz dazu fehlenden unmittelbaren Wirkung von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 im Rahmen der indirekten Aussenhaftung, soweit diese beim Unternehmensträger nicht eingeführt sind, vgl. insb. Rn. 373 f. hiavor.

dem Unternehmensträger vereinbarter Standard kann sodann nach hier vertretener Ansicht direkt keine mittelbare Pflichtbestimmung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR von Organpersonen begründen, da Verträge, wie bereits erläutert, Organpersonen unter Art. 754 Abs. 1 OR grundsätzlich nicht pflichtmässig direkt adressieren können¹⁰⁸⁷. Dies muss auch für Verträge des Unternehmensträgers gelten. Solchen Verträgen kann aber dann eine mittelbare Wirkung in Bezug auf die Haftungssituation von Organpersonen ausserhalb der hier angesprochenen mittelbaren Verpflichtung der Organperson selbst zukommen¹⁰⁸⁸. Letztlich nicht ersichtlich ist, dass das Gesetz – neben der zuvor genannten indirekten Umschreibung über die Pflichten des Unternehmensträgers – auch direkt die Sorgfaltspflichten der Organpersonen im Sinne von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 – sei dies formell oder materiell – aufnehmen würde. Es besteht daher keine Unsorgfalt bzw. keine entsprechende Vermutung auf der Ebene der Organperson, soweit SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 bei einem Unternehmensträger nicht eingeführt sind.

Einer Organperson bleibt bei einem nicht eingeführten Managementstandard die Möglichkeit, sich im Rahmen einer Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR darauf zu berufen, dass ein Schaden auch bei Befolgung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 eingetreten wäre. Bei dieser Berufung auf das *rechtmässige Alternativverhalten* würde die Organperson im Kern argumentieren, dass eine Schädigung auch bei einer mit den Standards übereinstimmenden Organisation eingetreten wäre. Im Unterschied zum Unternehmensträger¹⁰⁸⁹ hat die Organperson in Bezug auf einen Schadensfall eingeschränkte Pflichten, die sich nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 5 OR in grossen Zügen mehrheitlich auf ein *Was* beschränken, wie dies auch SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 vorgeben¹⁰⁹⁰. Das haftungsbefreiende Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens in Bezug auf die Standards hat hier also mehr Gehalt¹⁰⁹¹. Die beweistechnischen Hürden werden der Organperson aber ähnlich wie dem Unternehmensträger noch entgegenstehen¹⁰⁹². Relevanter dürfte so vor dem Hintergrund der weiten Spielräume der Standards eher die im nächsten Abschnitt besprochene Argumentation der Organperson sein, dass die

¹⁰⁸⁷ Vgl. Rn. 134 hiervor und Fn. 374 sowie insb. Fn. 706 a.E.

¹⁰⁸⁸ Vgl. dazu weiter Rn. 387 ff. hiernach.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Rn. 354 hiervor.

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 312, wonach der Verwaltungsrat entsprechende Reglemente auch nicht selbst gestalten muss, sondern nur dafür sorgen muss, dass sie bestehen und dass sie allenfalls von ihm abgesegnet sind.

¹⁰⁹¹ Vgl. dazu auch STÖCKLI, AJP 1994, S. 587 und die Wirkungen eines eingeführten Managementstandards in Rn. 379 hiernach.

¹⁰⁹² Vgl. dazu Rn. 353 hiervor.

angewandte Oberleitung, Organisation und Oberaufsicht den Standards SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 tatsächlich entspricht.

bb. Intern eingeführter Managementstandard

- 379 Wie für den Unternehmensträger hat auch für die Organperson eine nachweisliche Befolgung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 im Unternehmen zunächst den Vorteil, dass so eine Sorgfaltsvermutung bezüglich der sich auf sie auswirkenden Organisationsgehalte von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015¹⁰⁹³ zum Tragen kommt. Dies bevorteilt eine Organperson bei einem Haftungsvorwurf nach Art. 754 Abs. 1 OR, indem dadurch insbesondere die Wahrnehmung der Oberleitungs-Aufgabe nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR sowie die Oberaufsichts-Aufgabe nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR vermutet werden darf¹⁰⁹⁴. Über die nach den Prozessen der Standards geförderte Facettenbreite wird letztlich auch die Anwendung der BJR (ganz allgemein und nicht nur bezogen auf Organisationsfragen) erleichtert, indem die angemessene Informationsbasis bzw. genereller auch ein einwandfreies Entscheidungsverfahren besser gewährleistet werden können¹⁰⁹⁵.

cc. Zertifizierter Managementstandard

- 380 Eine nicht nur nach aussen getragene, sondern auch tatsächlich gelebte Zertifizierung bringt der Organperson wie dem Unternehmensträger zunächst eine Beweiserleichterung. So kann auch hier die durch die mit der Zertifizierung eingeführte und über weitere Audits gefestigte Dokumentierung allgemein als Beleg der tatsächlichen Umsetzung des Managementstandards und letztlich der Oberleitungs-Aufgabe nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR sowie der Oberaufsichts-Aufgabe nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR des Verwaltungsrates dienen. Folglich ist auch hier die Vermutungsbasis nachweisbar, um von der Vermutungsfolge der angenommenen Sorgfalt bei einem eingeführten Managementsystem zu profitieren¹⁰⁹⁶. Die mit der Zertifizierung einhergehende Dokumentation begünstigt also auch für Organpersonen die bei einem eingeführten Managementsystem geltende Sorgfaltsvermutung. Auf dieselbe Weise dürfte zu-

¹⁰⁹³ Vgl. dazu Rn. 316 hiavor.

¹⁰⁹⁴ STÖCKLI, AJP 1994, S. 587 und vgl. sodann die Ausführungen unter Rn. 371 hiavor. Zu beachten ist, dass dies hier ohnehin nur im Rahmen des Gegenbeweises zum tragen kommt, denn «eine allgemeine tatsächliche Vermutung für eine pflichtgemässe Geschäftsführung wäre bei Verantwortlichkeitsklagen bedeutungslos, da sie zu Lasten derjenigen Partei wäre, die ohnehin beweisbelastet ist», BGER 4A_259/2016, 4A_267/2016 E. 5.2. Vgl. dazu auch Rn. 169 hiavor und Fn. 482.

¹⁰⁹⁵ Vgl. Rn. 191 und 310 hiavor.

¹⁰⁹⁶ Siehe zum Ganzen auch Rn. 379 hiavor.

dem auch in Bezug auf die BJR der Nachweis der Fällung von Entscheiden auf einer angemessenen Informationsbasis bzw. genereller auch auf Grundlage eines einwandfreien Entscheidungsverfahrens begünstigt werden.¹⁰⁹⁷

SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 festigen mit ihren Vorgaben sodann auch die Voraussetzungen für eine nach Art. 754 Abs. 2 OR gültige Delegation¹⁰⁹⁸. Auch hier unterstützt die Zertifizierung der Standards die entsprechende Dokumentierung, um im Streitfall den Nachweis der Einhaltung von Art. 754 Abs. 2 OR zu erbringen¹⁰⁹⁹. Eine einzelne, Verwaltungsräte entlassende Pflichtendifferenzierung dürfte über die Standards letztlich eher schwach ausgeprägt sein, da in den Standards das «*Top Management*» nur pauschal angesprochen ist und nicht verpflichtend spezifisch ausgestattete Stellen, Gremien oder Ausschüsse zu schaffen sind¹¹⁰⁰. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass mit der Umsetzung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 dennoch eine gewisse Pflichtendifferenzierung auch auf oberster Ebene begünstigt wird. 381

Ein zertifizierter Managementstandard kann allenfalls auch nach Innen gegenüber den Organpersonen Vertrauen entfalten. So bestätigt eine Zertifizierungsstelle als Experte letztlich auch die Organisationskonformität der Unternehmung mit SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015. Fraglich ist nun, inwieweit Verwaltungsratsmitglieder auf diese Expertise haftungsentlastend vertrauen dürfen. Nach h.L. sollen sich Verwaltungsratsmitglieder haftungsentlastend¹¹⁰¹ auf externes Fachwissen einer objektiv sachverständigen Person verlassen dürfen, wenn diese sorgfältig ausgewählt und instruiert wurde, deren Auskünfte sorgfältig bzw. kritisch gewürdigt wurden und auch die Umsetzung mit aller Sorgfalt erfolgte¹¹⁰². 382

Für die Prüfung von Managementsystemen akkreditierte Zertifizierungsstellen dürften die personellen Voraussetzungen als Sachverständige in diesem Bereich erfüllen. Deren Auskunft ist aber auf eine Momentaufnahme im Rahmen des initialen (System-)Audits und der in der Regel jährlich wiederkehrenden Überwachungsaudits beschränkt¹¹⁰³. Sodann bleibt es mit Art. 716a Abs. 1 383

¹⁰⁹⁷ Vgl. STÖCKLI, AJP 1994, S. 587.

¹⁰⁹⁸ Vgl. Rn. 372 hiervor.

¹⁰⁹⁹ Vgl. dazu auch ISLER/SCHOTT, Delegation, S. 39 ff.

¹¹⁰⁰ Vgl. auch den Wegfall der Bezeichnung des «Beauftragten der obersten Führung» in den aktuellen Standards, vgl. PÖLZ/PELZMANN, Praxisbuch ISO 9001:2015, S. 75.

¹¹⁰¹ Generell grundsätzlich im Sinne eines Wegfalls des Verschuldens oder wenigstens einer Haftungsmilderung über Art. 43 Abs. 1 OR.

¹¹⁰² GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 OR Rn. 32; KUKO OR-LEHMANN, Art. 754 OR Rn. 26; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 403b, 449; ISLER, Sorgfalt und Haftung, S. 16 f.; offengelassen in BGer 4A_74/2012 E. 5.3.1.

¹¹⁰³ DRECHSEL, Zertifizierung, S. 355 f.; im Hinblick auf den Ablauf der Gültigkeitsdauer

Ziff. 1, 2 und 5 OR in der Verantwortung des Verwaltungsrates, für die *kontinuierliche* Umsetzung der Oberleitungs-, Organisations- und Oberaufsichts-Aufgabe im Rahmen der gesetzlichen Anforderungen zu sorgen. Der Inhalt der externen Expertise bei einer Zertifizierung beschränkt sich für Verwaltungsräte so offenbar darauf, dass ihre Unternehmung das Potenzial zu besseren Qualitäts- bzw. Umweltleistungen hat. Inwieweit das Potenzial aber umgesetzt wird, bleibt ihre Verantwortlichkeit¹¹⁰⁴. Der Wert der Expertise wird für Verwaltungsräte allenfalls haftungsentlastend relevant, falls die Auditierungen der Zertifizierungsstellen den Stand der Umsetzung – insbesondere auch am Massstab der internen Dokumentation dazu – unrichtig beurteilen.

384 Zumindest sollte es neu eintretenden Organpersonen unter dem Blickwinkel einer ihnen den Umständen angemessen zugestandenen Einarbeitungszeit allerdings erspart werden, dass sie sich ohne weitere Anzeichen vordringlich um die Organisationsanforderung im Bereich des zertifizierten Managementsystems zu kümmern haben. So handelt es sich doch um einen Bereich, in dem eine Organperson vor dem Hintergrund der kontinuierlich fortgesetzten externen Prüfungen an grundsätzlich schon im Gegensatz zum Gesetz erhöhten Standards objektiv wahrscheinlich nicht die grössten Probleme befürchten muss. Die Zertifizierung kann die diesbezügliche exkulpernde Gnadenfrist von Organpersonen zur Einarbeitung zudem geringfügig verlängern¹¹⁰⁵.

385 Zu beachten ist hier weiter der Fall, dass ein Unternehmensträger von Vorteilen bzw. Erleichterungen einer freiwilligen gesetzlichen Zertifizierung profitieren will¹¹⁰⁶ und dementsprechend auch aufgrund einer unmittelbaren gesetzlichen Wirkung den Anforderungen von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 nachkommen muss¹¹⁰⁷. *In diesem Fall* stellen die den Organpersonen auferlegten Anforderungen der Standards mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR dar.

386 Die reine Wirkung der nach aussen getragenen Zertifizierung, unabhängig von einer tatsächlichen Umsetzung der zugrunde liegenden Managementstandards in der Organisation, besteht im hier verstandenen Sinne *sonst* nicht über mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR. Vielmehr hat die nach aussen getragene Zertifizierung selbst ausserhalb dessen einen mittelbaren

eines Zertifikates nach drei Jahren erfolgt sodann eine Rezertifizierung mit erneutem, im Gegensatz zu den Überwachungsaudits umfassenden Audit, vgl. *ders.*, S. 356 f.

¹¹⁰⁴ Siehe dazu Rn. 380 hiervor, dass Verwaltungsratsmitglieder vor allem beweismässig bei tatsächlicher Umsetzung eines Managementsystems nach SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 entlastet werden.

¹¹⁰⁵ BGer 4C.201/2001 E. 2.2.1; JENNY, Abwehrmöglichkeiten, Rn. 860 m.w.H.

¹¹⁰⁶ Vgl. Rn. 330 ff. hiervor.

¹¹⁰⁷ Vgl. Rn. 340 hiervor.

Effekt in Bezug auf die Haftungssituation von Organpersonen, auf den nun so gleich einzugehen ist.

b. Sonstiger mittelbarer Einfluss von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 auf die Pflichten von Organpersonen nach Art. 754 Abs. 1 OR

Neben der Behandlung von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 als mittelbare Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR können nach aussen hingewiesene Zertifikate der Standards auch anderweitig Einfluss auf die Haftungssituation von Organpersonen nach Art. 754 Abs. 1 OR haben. Unter der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR besteht nämlich eine Verpflichtung zur Erhaltung des Vermögens der Gesellschaft¹¹⁰⁸.

Gewissermassen als Obhutsgaranten müssen Organpersonen demnach dafür sorgen, dass das Gesellschaftsvermögen nicht aus vermeidbaren Gründen dezimiert wird. Eine solche Dezimierung kann sich namentlich dadurch ergeben, dass ein Unternehmensträger nach aussen hin, wie erwähnt, haftungsverschärfend ein Zertifikat trägt, dessen Erwartungen er in Wahrheit nicht erfüllen kann¹¹⁰⁹. Es geht dabei etwa darum, dass ein Verwaltungsrat immer noch nach aussen auf ein SN-EN-ISO-14001:2015-Zertifikat hinweisen lässt, obwohl er davon ausgehen muss, dass gewisse Notfallprozesse für Umweltkatastrophen nicht funktionsfähig sind bzw. sich ihre Funktionsfähigkeit verschlechtert hat¹¹¹⁰.

Im Sinne der Standards, aber auch des Gesetzes gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 5 OR sind Organpersonen bzw. Verwaltungsratsmitglieder die direkt Verantwortlichen für die Organisationsstruktur des Unternehmensträgers¹¹¹¹. Folglich sind sie auch verantwortlich für die diesbezüglich nach aussen dringende Kommunikation. Besteht dabei eine Konstellation, in der das Einstandsrisiko des Unternehmensträgers über eine Aussenwirkung eines Zertifikates erhöht ist¹¹¹², ohne dass das Eintrittsrisiko entsprechend tatsächlich reduziert ist, ist es ihre Pflicht, das Haftungsrisiko des Unternehmensträgers durch Widerrufung des Zertifikates zu reduzieren. Tun die Organpersonen dies nicht, müssen sie für die entsprechende unnötige Erhöhung des Haftungsrisikos des Unternehmensträgers einstehen.

¹¹⁰⁸ LUTERBACH, HaftpflichtKomm., Art. 754 OR Rn.40; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rn. 569a.

¹¹⁰⁹ Vgl. dazu Rn. 358 ff. hiervor.

¹¹¹⁰ Siehe dazu Ziff. 8.2 SN EN ISO 14001:2015.

¹¹¹¹ Vgl. Rn. 370 ff. hiervor.

¹¹¹² Vgl. dazu Rn. 388 hiervor.

390 Mittelbar über ihre Vermögensobhut für die Gesellschaft und ihre Grundverantwortung für deren Organisation sind Organpersonen also *Gatekeeper* für die nach aussen getragenen SN-EN-ISO-9001:2015- und SN-EN-ISO-14001:2015-Zertifikate. Sie sind letztlich verantwortlich dafür, dass die Gehalte von SN EN ISO 9001:2015 bzw. SN EN ISO 14001:2015 in der Gesellschaft bzw. im ausgewiesenen Unternehmensteil tatsächlich gelebt werden, und haben für damit verbundene Fehlinformationen in der indirekten Aussenhaftung einzustehen. Mit diesem Zusatz an Pflichten erhöht sich das Haftungsrisiko von Organpersonen durch den Umstand der nach aussen getragenen Zertifizierung im Ausgangspunkt primär¹¹¹³. Inwieweit allfällig das Risiko entlastende Elemente zum Tragen kommen¹¹¹⁴, ist in der Folge als sekundäre und sich in zweiter Instanz stellende Frage zu betrachten.

III. Direkte Aussenhaftung

391 In Bezug auf die Wirkungen von Managementstandards in der direkten Aussenhaftung einer Organperson ist diese auf die Konstellation reduziert, in der der Unternehmensträger zertifiziert ist. Es geht dabei mitunter darum, dass der Organperson ein Vorwurf auf Grundlage von von ihr ausgehender direkter oder indirekter Angaben mit Bezug auf das Zertifikat gemacht werden muss.

392 Im Zentrum steht hier eine direkte Haftung der Organperson über Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. 152 StGB. Dabei wird eine Organperson insbesondere haftbar, wenn sie vorsätzlich dafür sorgt bzw. duldet, dass gegen aussen – namentlich mit einem publizierten Zertifikat – der falsche Eindruck erweckt wird, der (allenfalls ganze) Unternehmensträger habe ein Managementsystem gemäss dem Standard SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 eingeführt¹¹¹⁵. Ein Zertifikat ist nämlich im Sinne des Tatbestandes von Art. 152 StGB durchaus eine erhebliche Angabe, da sie objektiv geeignet ist, die Adressaten zu Vermögensdispositionen speziell im Sinne von Vertragsabschlüssen mit dem betreffenden Unternehmensträger zu veranlassen¹¹¹⁶.

393 Eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in der direkten Aussenhaftung für einen direkten Anspruch gegen die Organperson selbst wird hier, wie bereits erwähnt, abgelehnt. Dies ist der Fall, weil Organpersonen nicht die Eigenschaft von «Dritten» im Sinne des Tatbestandes der Drittbegünstigung zu-

¹¹¹³ Vgl. zur entsprechenden Zunahme des Haftungsrisikos aus einer Zunahme der Pflichten auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rn. 189. Vgl. sodann auch für den damit in Verbindung stehenden Effekt beim Unternehmensträger Rn. 287 hiervor.

¹¹¹⁴ Siehe dazu insb. Rn. 379 ff. hiervor.

¹¹¹⁵ Vgl. dazu Rn. 238 hiervor.

¹¹¹⁶ Vgl. WEISSENBARGER, BSK StGB, Art. 152 StGB Rn. 27 f. m.w.H.

kommen sollte¹¹¹⁷. Wird dem nicht gefolgt, so führt dies sodann dazu, dass Organpersonen direkt und persönlich relativ weitgehend für die Verwendung von Zertifikaten nach SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 durch den Unternehmensträger haftbar werden, da sie unter Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG für jedes Verschulden einzustehen haben¹¹¹⁸.

Über eine Vertrauenshaftung i.w.S. ist weiterhin eine fahrlässige direkte Aussenhaftung der Organperson denkbar. In Bezug auf vom Unternehmensträger zu Unrecht nach aussen hin geführte Zertifikate wird es – abgesehen vom Fall der *culpa in contrahendo* – aber bei einer bloss stillschweigenden Organperson im Sinne eines Unterlassens bzw. fehlender Richtigstellung kaum möglich sein, ihr diese Information für eine persönliche direkte Aussenhaftung zuzurechnen¹¹¹⁹.

Geht es um aktives Tun, so wird es, wiederum abgesehen vom Fall der *culpa in contrahendo*, in aller Regel um vorsätzliches Handeln gehen, da eine Organperson im Umgang mit Bezeichnungen zu Managementsystemen bzw. Zertifikaten diesbezügliche fälschliche Suggestierungen oft wenigstens auch für möglich halten und eine Täuschung in Kauf nehmen musste. Der Fall der vorsätzlichen Täuschung einer Organperson mit einem Zertifikat ist schliesslich aber schon von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. 152 StGB aufgenommen, weshalb nach hier vertretener Ansicht insgesamt kein echter Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung gesehen werden kann¹¹²⁰.

Letztlich wird oft bereits mit dem Unternehmensträger ein das entsprechende Risiko absichernder Vertrag bestehen¹¹²¹ oder ein Abschluss eines entsprechenden Vertrages wäre weder unmöglich noch unzumutbar¹¹²². Die Relevanz der Anwendbarkeit einer Vertrauenshaftung i.w.S. für die Organperson infolge von irreführend nach aussen getragenen SN-EN-ISO-9001:2015- oder SN-EN-ISO-14001:2015-Zertifikaten scheint daher insgesamt gering.

IV. (Gesamt-)Fazit

Soweit dieser Teil der Arbeit unter Titel § 3D den eigentlichen Kern der Untersuchung darstellt¹¹²³, lässt sich nun hier auch ein Fazit im Sinne einer Schlusszusammenfassung ziehen:

¹¹¹⁷ Siehe Rn. 250 hiavor.

¹¹¹⁸ Siehe Rn. 241 hiavor.

¹¹¹⁹ Siehe Rn. 254 hiavor.

¹¹²⁰ Siehe Rn. 255 hiavor.

¹¹²¹ Vgl. dazu auch die Erläuterung bei Rn. 337 ff. und 358 hiavor zu den diesbezüglichen umfangreichen Möglichkeiten.

¹¹²² Siehe Rn. 256 hiavor.

¹¹²³ Vgl. Rn. 367 hiavor.

- 398 Es zeigt sich mit Blick auf die Haftungsrelevanz von Managementstandards und Unternehmenszertifizierungen für Organpersonen, dass zunächst aus SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 keine unmittelbaren Wirkungen in der indirekten Aussenhaftung für Organpersonen ersichtlich sind. Im Rahmen der mittelbaren Wirkungen kommt SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 aber die grundsätzliche Eignung als mittelbare Pflichtbestimmungen für Organpersonen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR zu¹¹²⁴. Ihr diesbezüglicher Anwendungsbereich als belastende Pflichten ist allerdings limitiert¹¹²⁵. Vielmehr kommen den eingeführten und allenfalls auch zertifizierten Standards für Organpersonen in Bezug auf ihre Pflichten i.S.v. Art. 754 Abs. 1 und 2 OR bei Befolgung der an sie in diesen Standards gestellten Auflagen entlastende Wirkungen zu¹¹²⁶.
- 399 Als ein im Kontext der mittelbaren Wirkung ausserhalb von mittelbaren Pflichtbestimmungen i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR haftungsbelastendes Element zeigt sich für Organpersonen bzw. Verwaltungsratsmitglieder bei einer nach aussen getragenen Zertifizierung ihre aus Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR fliessende Vermögensobhut für ihre zertifizierte Gesellschaft¹¹²⁷. Eine nach aussen getragene Zertifizierung eines Managementstandards wie SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 hat nämlich im Ausgangspunkt tendenziell eine Haftungsverschärfung für diese zur Folge¹¹²⁸.
- 400 Insgesamt ist so auch für eine Organperson im Ausgangspunkt ihr Haftungsrisiko in der indirekten Aussenhaftung erhöht, soweit ein Zertifikat mit dem Inhalt einer Konformität mit SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 nach aussen getragen wird. Für die Organperson in der indirekten Aussenhaftung haftungsentlastende Elemente folgen dem sodann erst sekundär.¹¹²⁹
- 401 Für die direkte Aussenhaftung lassen sich im Hinblick auf SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 schliesslich nur in Bezug auf ein nach aussen getragenes Zertifikat Wirkungen erkennen¹¹³⁰. Diese liegen primär für die Organperson haftungserhöhend darin, dass diese über den Hinweis auf das Zertifikat nach aussen aus Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB bei vorsätzlich irreführendem Handeln oder Unterlassen haftbar werden kann¹¹³¹. Aus fahrlässigem Verhalten besteht sodann diesbezüglich nur ausnahmsweise im

¹¹²⁴ Vgl. Rn. 376 hiervor.

¹¹²⁵ Vgl. dazu Rn. 377 und 385 hiervor.

¹¹²⁶ Vgl. Rn. 379 ff. hiervor.

¹¹²⁷ Vgl. Rn. 387 ff. hiervor.

¹¹²⁸ Vgl. Rn. 358 ff. und 362 hiervor.

¹¹²⁹ Vgl. Rn. 390 hiervor.

¹¹³⁰ Vgl. Rn. 391 hiervor.

¹¹³¹ Vgl. Rn. 392 hiervor.

Rahmen der *culpa in contrahendo* oder allenfalls auch der Vertrauenshaftung ein Haftungsrisiko¹¹³².

Mit Bezug auf die eingangs zu diesem Teil erwähnten Fallbeispiele lässt sich sodann zunächst zu *In re: BP p.l.c. Securities Litigation*¹¹³³ noch Folgendes anmerken: Wusste HAYWARD, was auf der *Deepwater Horizon* vor sich ging bzw. musste er sonst auch in der Folge ernsthaft befürchten, dass die Notfall- und Sicherheitsprozesse nicht funktionsfähig waren bzw. sich ihre Funktionsfähigkeit verschlechtert hat, so hätte er dafür sorgen müssen, dass das entsprechende SN-EN-ISO-14001-Zertifikat widerrufen oder wenigstens eingeschränkt wird¹¹³⁴. In diesem Fall ist er auch nach Schweizer Recht im Grundsatz gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB persönlich für die im Verfahren *In re: BP p.l.c. Securities Litigation* von Investoren geltend gemachten Schäden aus einer vorsätzlichen Unterlassung haftbar.

Im Zuge des VW-Abgasskandals¹¹³⁵ erwuchs der Volkswagen AG ein immenser Schaden, der zu entsprechenden Kursverlusten und Schäden bei den Aktionären führte. Im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR müssten die Vorstände bzw. Verwaltungsräte für jedes Verschulden einstehen. Je stärker die Anzeichen von Unregelmässigkeiten waren, umso stärker wäre auch die Pflicht der Verwaltungsräte gewesen, den Gerüchten zur Abgasmanipulation nachzugehen. So handelt es sich hier im Kern um die Befürchtung, dass die Prozesse nach SN EN ISO 9001 nicht funktionsfähig waren. Hätte sich diese erhärtet, so hätte das entsprechende SN-EN-ISO-9001-Zertifikat widerrufen oder wenigstens eingeschränkt werden müssen. Andernfalls sind die Verwaltungsräte bei einer Anwendung des Schweizer Rechts gemäss Art. 754 Abs. 1 i.V.m. Art. 717 Abs. 1 Var. 1 OR der Gesellschaft für den entstandenen Schaden in der indirekten Aussenhaftung haftbar.

¹¹³² Vgl. Rn. 394 ff. hiervor.

¹¹³³ Vgl. Rn. 323 ff. hiervor.

¹¹³⁴ Interessanterweise behielt der BP-Konzern während des gesamten Zeitraumes der Katastrophe sein SN-EN-ISO-14001-Zertifikat, vgl. BP p.l.c., Environmental Statement 2010–2012, S. 8; BP p.l.c., BP Sustainability Report 2015, S. 25.

¹¹³⁵ Vgl. Rn. 326 ff. hiervor.

§ 4 Mathematische Rezeption der Ergebnisse: Haftungsrelevanz von zertifizierten Managementstandards im Sinne von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001 für Organpersonen in einem risikobasierten Analysemodell

A. Vorbemerkungen

Wie sich aus dem bisher Dargelegten zeigt, ist es schwer, eine allgemeine Aussage im Sinne einer Gesamtbetrachtung der Haftungsrelevanz von zertifizierten Managementstandards für Organpersonen zu machen. Eine Unternehmenszertifizierung birgt für Organpersonen in Bezug auf ihre Haftung nämlich Chancen und Risiken¹¹³⁶. Im Geiste des von SN EN ISO 9001:2015 oder SN EN ISO 14001:2015 geforderten risikobasierten Denkens¹¹³⁷ soll nun aber im Sinne einer abschliessenden mathematischen Rezeption der Ergebnisse für eine allgemeinere Aussage die Veränderung des (Haftungs-)Risikoprofils von Organpersonen durch die nach aussen getragene Zertifizierung eines Managementsystems im Sinne von SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 einer Gesellschaft betrachtet werden. 404

Dabei soll mit einer numerischen Herangehensweise versucht werden, gewisse Zusammenhänge sichtbar zu machen¹¹³⁸. Es wird hier jedoch nicht darum gehen, diese Zusammenhänge *empirisch* darzulegen, wie es unter Zuhilfenahme von statistischen Methoden im Rahmen von *Empirical Legal Studies* geschieht, die sich besonders in jüngerer Vergangenheit für rechtliche Fragen grösserer Beliebtheit erfreuen¹¹³⁹. Vielmehr sollen auf einer niedrigeren Stufe über die 405

¹¹³⁶ Vgl. auch MOSER, AJP 1997, S. 187.

¹¹³⁷ Ziff. 0.3.3 SN EN ISO 9001:2015; Ziff. 6.1 SN EN ISO 14001:2015; BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015, S. 19 f.; TETTÉ, Qualitätsmanagement, Abschnitt 3 und 3.2.

¹¹³⁸ Vgl. dazu auch SIEMS, Cardozo J. Int'l & Comp. L. 2005, S. 534 mit Argumenten dazu, weshalb eine solche Herangehensweise Sinn machen kann, um bei komplexen Verhältnissen überhaupt zu überschaubaren Resultaten zu kommen.

¹¹³⁹ Vgl. SHAPIRO, Hastings L. J. 2009, S. 477 f.; EPSTEIN/MARTIN, Introduction, S. vii f. m.w.H.

Sprache der Zahlen Zusammenhänge *konzeptionell* transparenter gemacht werden^{1140, 1141}

406 Zur Analyse der Veränderung des Haftungsrisikoprofils einer Organperson bietet sich als Ansatzpunkt sodann die Veränderung des sogenannten *Value at Risk* (VaR) an. Mit dem vor allem auch in der Finanzindustrie für Anlageprodukte verwendeten VaR wird der Betrag angegeben, mit dem mit einer festgelegten Wahrscheinlichkeit (sog. Konfidenz- oder Sicherheitsniveau) über einen bestimmten Zeitraum maximal als Verlust gerechnet werden muss¹¹⁴². Zur Berechnung des VaR-Betrages ist dabei ein bestimmtes Risikovolumen mit einem Risikofaktor zu multiplizieren¹¹⁴³. Der Kern der VaR-Methode ist, dass der VaR-Betrag als maximaler Verlustbetrag anhand des sich je nach den gesetzten Bedingungen ändernden – üblicherweise mit statistischen Methoden ermittelten – Risikofaktors berechnet wird; und nicht etwa, indem die Veränderung des Risikovolumens direkt statistisch betrachtet würde.¹¹⁴⁴

407 Das Konzept des VaR kann sodann auch für die vorliegende Betrachtung der Veränderung des Haftungsrisikoprofils einer Organperson fruchtbar gemacht werden. Im Zentrum steht hier die Frage, wie sich der VaR einer Organperson durch eine nach aussen getragene Zertifizierung eines Managementstandards verändert. In diesem Sinne wird hier der relative neue VaR im Vergleich zum alten VaR der Organperson ohne Zertifizierung der Gesellschaft betrachtet, was mit VaR_m der Organperson bzw. insgesamt VaR_m^O bezeichnet werden kann. Zu betonen ist, dass es hier nur um die Betrachtung der diesbezüglichen *Veränderung* zwischen den Konstellationen mit und ohne das Zertifikat geht. Alles andere bleibt dabei im Sinne eines *all else equal* gleich. Mit der VaR-Methode und aus einer rechtlichen Perspektive ist das Augenmerk hier sodann auf die

¹¹⁴⁰ Zu diesem breiteren Verständnis, das seinen Ursprung vor allem in der Rechtsvergleichung hat, vgl. auch SIEMS, Cardozo J. Int'l & Comp. L. 2005, S. 523 und SIEMS, Comparative Law, S. 146 ff.; zur Kritik und den Gegenargumenten zur damit verbundenen numerischen Codierung von rechtlichen Konzepten vgl. SPAMANN, Am. J. Comp. L. 2009, S. 806 ff.; SIEMS, Cardozo J. Int'l & Comp. L. 2005, S. 528 ff.; SIEMS, Measuring, S. 115 ff. m.w.H. auch insb. in Fn. 74. Vgl. zur Codierung sodann auch EPSTEIN/MARTIN, Introduction, S. 95 ff.

¹¹⁴¹ Soweit die Methode des numerischen Vergleichs von rechtlichen Konzepten verschiedener Rechtsordnungen auch für den Vergleich der Auswirkungen von rechtlichen Konzepten innerhalb einer Rechtsordnung in verschiedenen Konstellationen eingesetzt werden kann, kann statt von «*numerical comparative law*» (vgl. SIEMS, Cardozo J. Int'l & Comp. L. 2005, S. 521 ff.) genereller von «*numerical legal studies*» gesprochen werden, was innerhalb von *Law & Economics* auch angewandt wird.

¹¹⁴² BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, Band 1, S. 70.

¹¹⁴³ Vgl. dazu auch BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016 Fn. 47, die ein entsprechendes Beispiel mit Verweis auf JORION, Value at Risk, S. 454 ff. wiedergeben.

¹¹⁴⁴ Vgl. NEUKOMM, Value at Risk, S. 9 f.

Veränderung des Risikofaktors für die Organperson durch die Zertifizierung zu legen.

Die Veränderung des Risikofaktors stellt sich aus dieser Sicht als das relative neue Haftungsrisiko der Organperson (HR_m^O) dar. Irrelevant sind sodann bei einer blossen Betrachtung der Veränderung das im Rahmen der VaR-Methode üblichermassen zu wählende Konfidenzniveau und der Zeitraum, da diese in der Konstellation mit und ohne Zertifikat als gleich angesehen werden müssen. In der nachfolgenden Diskussion werden diese so auch nicht mehr erwähnt und bei Formeln aussen vor gelassen. Sodann ist aber noch das relative neue Risikovolumen der Organperson bei einer Zertifizierung (RV_m^O) einzubeziehen. Zusammenfassend ergibt sich nunmehr als Grundlage für die Betrachtung der Veränderung des Haftungsrisikoprofils einer Organperson mittels VaR die folgende Formel:

$$\text{VaR}_m^O = HR_m^O \times RV_m^O$$

Im Weiteren ist nun insbesondere darauf Bezug zu nehmen, aus was sich HR_m^O und RV_m^O ergeben.

B. Abhängigkeit der Haftungssituation der Organperson von der Haftungssituation der Gesellschaft und Risikovolumen der Organperson in der indirekten Aussenhaftung

Mit Blick auf die indirekte Aussenhaftung der Organperson ist zunächst daran zu erinnern, dass diese abhängig von einer Vorhaftung der Gesellschaft sein kann¹¹⁴⁵. Diese Konstellation trifft insbesondere auf den Fall der Auswirkungen einer Zertifizierung zu. Es besteht dabei nämlich nicht das Potenzial, dass primär die Gesellschaft selbst darüber geschädigt werden kann, sondern vielmehr, dass die Gesellschaft für primär von Dritten daraus erlittene Vermögensschäden einstehen muss¹¹⁴⁶. In die Betrachtung der Relevanz der Zertifizierung für die Haftungssituation der Organperson ist damit für den Bereich der indirekten Aussenhaftung die Relevanz der Zertifizierung für die Haftungssituation der Gesellschaft miteinzubeziehen.

Der VaR kann diesbezüglich auch für die Betrachtung der Veränderung des Haftungsrisikoprofils der Gesellschaft verwendet werden, womit das hier betrachtete Modell erweitert werden kann. Das durch eine Zertifizierung veränderte Haftungsrisikoprofil einer Gesellschaft lässt sich so zunächst mit folgender Formel analog zu jenem der Organperson erfassen:

¹¹⁴⁵ Vgl. Rn. 24 hiervor.

¹¹⁴⁶ Vgl. dazu Rn. 23 und 359 ff. hiervor.

$$\text{VaR}_m^G = \text{HR}_m^G \times \text{RV}_m^G$$

- 412 Der Zusammenhang mit dem Haftungsrisikoprofil der Organperson ergibt sich m.E. nun daraus, dass das Risikovolumen der Organperson vom VaR der Gesellschaft abhängt. Setzt wie erläutert eine Haftung der Organperson hier in der indirekten Aussenhaftung in gewissen Konstellationen voraus, dass die Gesellschaft überhaupt gegenüber einem Dritten eintreten musste, so entspricht der VaR der Gesellschaft dem maximalen Risikovolumen der Organperson, da sie im entsprechenden Fall nicht für mehr als diesen eintreten muss. RV_m^O entspricht also VaR_m^G .
- 413 Eingehenderen Ausführungen bedarf es im Folgenden zu HR_m^G und RV_m^G . Mit Bezug auf RV_m^G kann hier aber knapp angeführt werden, dass sich RV_m^G bei einer *all else equal*-Betrachtung limitiert auf die rechtlichen Implikationen einer Zertifizierung auf das Haftungsrisiko zunächst nicht verändert¹¹⁴⁷. Es bleibt mithin also vorab beim Wert 1 hierfür. Damit sei der Blick nun dem Haftungsrisiko der Gesellschaft (HR_m^G) bei einer nach aussen getragenen Zertifizierung zugewendet.

C. Haftungsrisiko der Gesellschaft

- 414 Das Haftungsrisiko setzt sich zunächst aus zwei Komponenten zusammen. Dies sind einerseits das grundsätzliche Eintrittsrisiko eines Schadens und andererseits das Einstandsrisiko, dass die Gesellschaft für einen allfällig entstandenen Schaden schliesslich auch belangbar ist. Mit einem zertifizierten Managementstandard soll eine Gesellschaft zunächst vor allem das Eintrittsrisiko verringern können¹¹⁴⁸. Allenfalls ergeben sich sodann auch dämpfende Effekte auf das Einstandsrisiko¹¹⁴⁹. Soweit die Befolgung des Managementstandards allerdings in eine *primäre Leistungsverpflichtung zum sorgfältigen Tätigwerden* (sei dies unmittelbar¹¹⁵⁰ oder mittelbar¹¹⁵¹ über eine vertragliche Abmachung oder die verschiedenen entsprechenden mittelbaren Wirkungen eines nach aussen getragenen Zertifikates auf der individuellen oder generellen Ebene¹¹⁵²) der Gesellschaft aufgenommen wird, so hebt sich allenfalls auf der Makroebene der gesamten Gesellschaft das an sich verringerte Eintrittsrisiko mit dem nun-

¹¹⁴⁷ Eine Veränderung kann sich aber allenfalls ökonomisch durch einen Marketingeffekt im Sinne der Vergösserung des Risikovolumens ergeben, vgl. dazu auch Rn. 432 hiernach.

¹¹⁴⁸ Vgl. dazu auch Rn. 339 m.w.H. hiervor.

¹¹⁴⁹ Vgl. dazu Rn. 379 ff. hiervor.

¹¹⁵⁰ Vgl. Rn. 337 ff. hiervor.

¹¹⁵¹ Vgl. Rn. 358 f. hiervor.

¹¹⁵² Vgl. Rn. 360 f. hiervor.

mehr entsprechend erhöhten Einstandsrisiko der Gesellschaft wieder auf. Der Grund dafür ist, dass mit der in der Folge erwarteten Reduktion des Eintrittsrisikos in der Regel eine die Sorgfaltspflicht und damit das Einstandsrisiko entsprechend erhöhende Wirkung verbunden ist.

Gegen diese These kann eingewendet werden, dass über sorgfältiges Tätigwerden Schäden Dritter tatsächlich vermieden werden können, sodass es letztlich im *individuellen Fall* an der Voraussetzung des Schadens für einen Anspruch fehlt. Die Erhöhung des Einstandsrisikos mag dann unbeachtlich bleiben und wird auf der Makroebene nicht durch ein erhöhtes Eintrittsrisiko anderer Fälle oder eine erhöhte Haftbarmachung¹¹⁵³ in anderen Fällen (aufgrund des Alles-oder-Nichts-Prinzips¹¹⁵⁴ wird in anderen Schadensfällen, für die die Gesellschaft eintreten muss, entweder voll oder gar nicht gehaftet) eingeholt.

Zu beachten ist hier allerdings, dass sich das Einstandsrisiko der Gesellschaft bei einem tatsächlich eingetretenen Schaden erhöht und diese mithin für Schäden eintreten muss, für die sie ohne das Zertifikat nicht hätte eintreten müssen. In diesem Sinne besteht also eine erhöhte Haftbarmachung der Gesellschaft in anderen Fällen. Weiterhin ist zu bedenken, dass das erhöhte Einstandsrisiko mindestens einen Teil des Eintrittsrisikos wieder aufnimmt, da neue Schadensposten generiert werden. Die mit der erhöhten Sorgfaltspflicht erhöhten Fähigkeiten schaffen nämlich die Möglichkeit, mehr Ertrag für einen Vertragspartner zu schaffen. Dieser Mehrertrag stellt sich sodann als potenzieller Schadensposten im Sinne von entgangenem Gewinn dar. Es besteht somit auch ein erhöhtes Eintrittsrisiko anderer Fälle. Diese neuen Schadensposten erstrecken sich schliesslich nicht nur auf neue Schadenskonstellationen, sondern können den Schaden auch in den ohnehin bestehenden Schadenskonstellationen erhöhen.

Daraus folgt jedoch nicht, dass die mit einer Zertifizierung einhergehende Schadensvergrößerung umfangsmässig mit der Schadensverhinderung korrelieren müsste, sodass auf der Makroebene die Verringerung des Eintrittsrisikos durch die Erhöhung des Einstandsrisikos aufgehoben würde. Bei einer risikobasierten Vorgehensweise ist anzunehmen, dass die gravierendsten Schadenskonstellationen zunächst nicht auftreten werden. Anzunehmen ist aber auch, dass sich der Effekt der Schadensverhinderung relativ nur in einem kleinen Teil der Haftungskonstellationen auswirken wird, während die Erhöhung des Einstandsrisikos Schadenskonsequenzen in allen und allenfalls auch neuen Haftungskon-

¹¹⁵³ Dies nur im Grundsatz, da ein Wegfall einer Haftungsreduktion im Sinne von Art. 43 Abs. 1 OR allenfalls mit einem entsprechenden Zertifikat der Gesellschaft in Betracht fallen könnte.

¹¹⁵⁴ Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 16.02.

stellationen zeigen kann. Der Effekt in der Summe ist für die Makroebene abstrakt schliesslich nur schwer abzuschätzen.

418 Insgesamt scheint es aber, dass in einem Bereich, in dem die Befolgung des Managementstandards in einer primären Verpflichtung der Gesellschaft zum sorgfältigen Tätigwerden Eingang findet, auf der Makroebene die mit einer Zertifizierung bestenfalls erreichte Minimierung des Eintrittsrisikos stark durch die Erhöhung des Einstandsrisikos abgeschwächt wird. Mithin ist die eingangs als These aufgestellte Aufhebung der Minimierung des Eintrittsrisikos durch eine Erhöhung des Einstandsrisikos bei einer Zertifizierung durchaus denkbar und kann wohl wenigstens als Annäherung an die tatsächlichen Verhältnisse betrachtet werden. Die These soll so in die weitere Betrachtung einbezogen werden und kann in der Folge als Referenzpunkt bei einer abweichenden Argumentation dienen.

419 In Bezug auf die Beschaffenheit des Haftungsrisikos der Gesellschaft ist so zunächst nochmals festzuhalten, dass dieses als Produkt des Eintritts- und des Einstandsrisikos verstanden werden kann. Im Bereich, in dem die Befolgung des Managementstandards in einer primären Sorgfaltsverpflichtung Eingang findet, wird hier sodann mit den vorangehenden Erläuterungen konzeptionell erhärtet unterstellt¹¹⁵⁵, dass sich Eintritts- und Einstandsrisiko grundsätzlich im Ausgangspunkt umgekehrt proportional voneinander abhängig in dem Sinne verhalten, dass die erwartete Minimierung des Eintrittsrisikos die entsprechende Erhöhung des Einstandsrisikos zur Folge hat. Die tatsächliche Minimierung oder Nichtminimierung des Eintrittsrisikos hat aber keinen Einfluss auf das Einstandsrisiko, soweit nicht ausnahmsweise individuelle Kenntnisse des Anspruchsberechtigten zu beachten sind¹¹⁵⁶.

420 Namentlich führt mit der hier unterstellten, im Grundsatz umgekehrt proportionalen Abhängigkeit von Eintritts- und Einstandsrisiko eine Zertifizierung im Ausgangspunkt also in den Bereichen, in denen durch die Gesellschaft sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist, dazu, dass sich das Haftungsrisiko nicht verringern kann und sogar Potenzial für eine Haftungserhöhung besteht. Dieser Effekt besteht sodann nicht bzw. ist abgeschwächt in Bereichen, wo durch die Gesellschaft nur ein Erfolg geschuldet ist¹¹⁵⁷. Hier erhöht sich das Einstandsrisiko wenigstens nicht linear proportional¹¹⁵⁸ mit der erwarteten Minimierung des Ein-

¹¹⁵⁵ Es handelt sich offensichtlich um keinen empirischen Beweis, der letztlich auch nicht problemlos geführt werden könnte.

¹¹⁵⁶ Vgl. dazu Rn. 365 hiervor.

¹¹⁵⁷ Dies trifft sodann grundsätzlich auch auf die deliktische Haftung zu, da entweder die Integrität gewisser absoluter Rechtsgüter oder ein spezifisch zu vermeidendes Verhalten (als ein von einer spezifischen Schutznorm konkret sanktioniertes Verhalten) als geschuldeter «Erfolg» verlangt wird.

trittsrisikos und die Gesellschaft kann somit bei einer gelebten Zertifizierung von einem entsprechend verringerten VaR_m^G profitieren.

Die Formel zur Betrachtung des durch eine Zertifizierung veränderten Haftungsrisikoprofils einer Gesellschaft stellt sich nun folgendermassen dar, wenn EtR für das Eintrittsrisiko und EsR für das Einstandsrisiko steht: 421

$$VaR_m^G = \frac{1}{(2 - EsR_m^G)} \times EtR_m^G \times RV_m^G$$

An dieser Formel zeigt sich, dass VaR_m^G bei gleichem RV_m^G mit einer Zertifizierung im Vergleich zur Situation ohne Zertifizierung aufgrund der unterstellten umgekehrt proportionalen Abhängigkeit von EsR_m^G und EtR_m^G im besten Fall gleich bleibt in Bereichen, in denen durch die Gesellschaft primär sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist. Ist insbesondere in diesen Bereichen nicht für die tatsächliche Verringerung von EtR_m^G im von der Zertifizierung bzw. vom Managementstandard indizierten Umfang gesorgt, so kann VaR_m^G sich sodann sogar erhöhen. 422

D. Haftungsrisiko der Organperson in der indirekten Aussenhaftung

Nach der Analyse der Ebene der Gesellschaft in Bezug auf eine Auswirkung einer Zertifizierung ist nun auf die Ebene der Organperson zurückzukehren. Mit Blick auf die für die Organperson massgebende VaR-Formel wurde bereits festgehalten, dass RV_m^O letztlich VaR_m^G entspricht¹¹⁵⁹. Die Elemente von VaR_m^G wurden sodann erläutert; mit dem Resultat, dass VaR_m^G bei gleichem RV_m^G im Vergleich zur Situation ohne Zertifizierung bei einer Zertifizierung im besten Fall gleich bleibt, soweit es um Bereiche geht, in denen die Gesellschaft primär sorgfältiges Tätigwerden schuldet¹¹⁶⁰. Die für die Organperson massgebende VaR-Formel stellt sich insgesamt nun folgendermassen dar: 423

$$VaR_m^O = HR_m^O \times VaR_m^G$$

Betrachtet werden muss hier nun insbesondere noch HR_m^O ¹¹⁶¹ bzw. konkreter zunächst das spezifisch für die indirekte Aussenhaftung massgebende HR_m^{OI} . Vereinfacht kann festgehalten werden, dass das Haftungsrisiko der Organperson mit einer Zertifizierung im Grunde jenem ohne Zertifizierung (HR_{ra}^{OI}) entspricht, 424

¹¹⁵⁸ So hat die Zertifizierung etwa durchaus auch einen erhöhenden Effekt auf das Einstandsrisiko im Rahmen des Verschuldens.

¹¹⁵⁹ Vgl. dazu Rn. 412 hiervor.

¹¹⁶⁰ Vgl. dazu Rn. 411 ff. und 422 hiervor.

¹¹⁶¹ Vgl. Rn. 409 hiervor.

erhöht um das mit der Zertifizierung für sie zusätzliche Haftungsrisiko, das für die hiesigen Zwecke mit α bezeichnet werden kann. α ergibt sich vor allem daraus, dass Organpersonen mit der Zertifizierung eine zusätzliche Verpflichtung erhalten, da sie dafür sorgen müssen, dass die Gesellschaft den Anforderungen des Zertifikates tatsächlich entspricht, mithin dass die Gesellschaft der mit dem Zertifikat indizierten Verringerung von EtR_m^G auch tatsächlich nachkommt. Diese Mehraufgabe bedeutet für eine Organperson schliesslich rein durch einen Hinweis auf das Zertifikat nach aussen auch eine Zunahme des Haftungsrisikos im Ausgangspunkt, wofür α steht.¹¹⁶²

425 Neben der Erhöhung des Haftungsrisikos im Ausgangspunkt kann eine gelebte Zertifizierung in einer Gesellschaft sodann sekundär auch haftungsentlastende Elemente (γ) für die Haftungssituation der Organperson mit sich bringen, soweit die Zertifizierung tatsächlich gelebt wird und sich die entsprechenden für die Organperson entlastenden Elemente auch tatsächlich einstellen¹¹⁶³. Die haftungsentlastenden Elemente können in das Modell durch negative Veränderung des Haftungsrisikos der Organperson aufgenommen werden. Dieses zeigt sich nun mit der folgenden Formel:

$$\text{VaR}_m^O = (\text{HR}_{ra}^{OI} + \alpha - \gamma) \times \text{VaR}_m^G$$

E. Integration der direkten Aussenhaftung in das Modell

426 In das Modell kann nun ferner auch die direkte Aussenhaftung einbezogen werden. Eine Zertifizierung wirkt sich dabei für das Haftungsrisiko der Organperson im Vergleich zum Haftungsrisiko ohne Zertifizierung der Gesellschaft primär erhöhend aus¹¹⁶⁴. Es geht hier allerdings um eine separate Ergänzung des VaR_m^O , denn es handelt sich um ein anderes Risikovolumen als es bisher in der Formel für die indirekte Aussenhaftung abgebildet ist. Das Risikovolumen der Organperson wird sodann durch die Zertifizierung allein *per se* nicht verändert und wird so für die Formel entsprechend mit RV_{ra}^{OD} bezeichnet. Das im Vergleich zur Situation ohne Zertifizierung zusätzliche Haftungsrisiko in der direkten Aussenhaftung der Organperson wird in der Folge mit β bezeichnet. Nur dieses zusätzliche Haftungsrisiko ist sodann in die Berechnung aufzunehmen, um den Massstab der relativen Messgrössen einzuhalten. Das VaR-Modell stellt sich als Formel beschrieben unter Integrierung der direkten Aussenhaftung neben der indirekten nun folgendermassen dar:

¹¹⁶² Vgl. Rn. 387 ff. und 399 hiavor.

¹¹⁶³ Siehe dazu insb. Rn. 379 ff. hiavor.

¹¹⁶⁴ Vgl. dazu Rn. 401 hiavor.

$$\text{VaR}_m^O = [(\text{HR}_{ra}^{OI} + \alpha - \gamma) \times \text{VaR}_m^G] + [\beta \times \text{RV}_{ra}^{OD}]$$

Die vollständige (zur Verständlichkeit ungekürzte) Formel liest sich dazu nun 427
wie folgt:

$$\text{VaR}_m^O = \left[(\text{HR}_{ra}^{OI} + \alpha - \gamma) \times \left\{ \frac{1}{(2 - \text{EsR}_m^G)} \times \text{EtR}_m^G \times \text{RV}_m^G \right\} \right] + \left[\beta \times (\text{RV}_{ra}^{OD}) \right]$$

F. Erkenntnisse aus dem risikobasierten Analysemodell auf Grundlage des VaR

I. Fazit aus dem VaR-Modell in Bezug auf die Veränderung des Haftungsrisikoprofils einer Organperson durch die Zertifizierung eines Managementsystems im Sinne von SN EN ISO 9001 und SN EN ISO 14001

Entscheidend fällt aus dem VaR-Modell ins Auge, dass sich im Bereich, in dem 428
eine Gesellschaft sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht schuldig
ist, der VaR_m^O im Ausgangspunkt – also wenn γ nicht eingerechnet bzw. dafür 0
eingesetzt wird – durch eine Zertifizierung unweigerlich zunimmt, soweit wie
hier im Grundsatz eine umgekehrt proportionale Abhängigkeit von Eintritts-
und Einstandsrisiko unterstellt wird. Das Risikoprofil einer Organperson ver-
schlechtert sich auf diese Weise mit einer Zertifizierung der Gesellschaft im
Ausgangspunkt also unumgänglich.

Allerdings lässt sich eine Gesellschaft nie gesamthaft auf Bereiche reduzie- 429
ren, in denen sie sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht schuldet.
Korrekterweise müsste also VaR_m^G auch für jeden Teilbereich einer Gesellschaft
ermittelt werden, um so in der Summe den tatsächlichen Wert von VaR_m^G zur
anschliessenden Ermittlung von VaR_m^O zu erhalten. Dies wird hier aber unterlas-
sen, um die Formel nicht über den Aussagegehalt hinaus noch komplexer darzu-
stellen. Hier soll vielmehr eine typisierte Betrachtung der Frage erfolgen, ob
eine Gesellschaft gesamthaft überwiegend in Bereichen aktiv ist, in denen sie
sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht schuldet, oder nicht.

In Bezug auf die Bereiche, in denen sorgfältiges Tätigwerden nicht als pri- 430
märe Leistungspflicht geschuldet ist, ist sodann zu beachten, dass der reine Um-
stand der nach aussen getragenen Zertifizierung auch hier auf das Einstandsri-
siko der Gesellschaft zunächst tendenziell negative Effekte hat. Diesen können
wiederum mit Blick auf das Eintritts- und Einstandsrisiko der Gesellschaft je
nach tatsächlicher Umsetzung eines Managementsystems auch positive Effekte
folgen. In diesen anderen Bereichen besteht also die Möglichkeit, dass sich das
Haftungsprofil der Gesellschaft und sodann auch der Organperson selbst positiv

entwickeln und sich VaR_m^O entsprechend bei einer *all else equal*-Betrachtung mit einer Zertifizierung verringern kann.

431 Ist eine Gesellschaft dagegen gesamthaft überwiegend in Bereichen aktiv, in denen sie sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht schuldet, spitzt sich das Haftungsprofil der Organperson im Ausgangspunkt unvermeidlich auf negative Weise zu. Dies lässt vor allem die steigende Bedeutung von Zertifizierungen von Managementsystemen nach SN EN ISO 9001:2015 und SN EN ISO 14001:2015 von Unternehmen im Dienstleistungssektor aus der Sicht des Haftungsprofils der Organpersonen als kritisch erscheinen¹¹⁶⁵. Sekundär lässt sich das Haftungsprofil der Organperson aber wiederum verbessern, indem in einer Gesellschaft dafür gesorgt ist, dass die Haftungsreduktionen einer Zertifizierung für die Organperson auch tatsächlich zum Tragen kommen¹¹⁶⁶. Dieser Effekt darf jedoch in relativer Hinsicht nicht überschätzt werden, da diese Haftungsreduktionen auch ohne die Zertifizierung bereits bestanden haben können und die damit aufgefangenen Verpflichtungen sich als weniger komplex erweisen dürften als die mit α bezeichnete, durch die Zertifizierung neu auferlegte Verpflichtung.

432 Gewiss ist damit (auch mit Blick auf den Ausgangspunkt der Haftungserhöhung) für die Organperson keine Aussage über die ökonomische Wünschbarkeit einer entsprechend nach aussen getragenen Zertifizierung für die Gesellschaft verbunden. Der Marketingeffekt eines solchen Zertifikates kann für eine Gesellschaft durchaus ökonomisch sinnvoll sein, um Ertragsvolumen zu generieren. Zu beachten ist dabei speziell als in diesem Sinne mit der VaR-Formel zweiter hervorstreichender Effekt, dass diese Volumensvergrößerung mit einem erhöhten RV_m^G und letztlich einem erhöhten VaR_m^G einhergehen kann. Mag dieser erhöhte VaR_m^G bei der Gesellschaft mit einem sich dadurch einstellenden höheren Ertrag gerechtfertigt sein, so bleibt der Organperson ohne weiteres Zutun vorab erst der mindestens im Ausgangspunkt¹¹⁶⁷ erhöhte VaR_m^O . Dass Organpersonen vor diesem Hintergrund gerade im Dienstleistungsbereich, wo sie durch beide beschriebenen Effekte erwartetermassen wenigstens im Ausgangspunkt negativ in ihrem Haftungsprofil getroffen werden, allenfalls erhöhte Entschädigungen bei einer Zertifizierung ihrer Gesellschaft fordern, erscheint als rationale Antwort auf die beschriebenen Effekte¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ Vgl. TETTÉ, Qualitätsmanagement, Abschnitt 2; Ziff. 3.7.7 SN EN ISO 9000:2015; HINSCH, Neue ISO 9001:2015, S. 11.

¹¹⁶⁶ Vgl. dazu insb. Rn. 379 ff. hiervor.

¹¹⁶⁷ Allenfalls darf sogar davon ausgegangen werden, dass dies hier nicht nur den Ausgangspunkt betrifft, vgl. dazu Rn. 431 hiervor.

¹¹⁶⁸ Vgl. EASTERBROOK/FISCHEL, U. Chi. L. Rev. 1985, S. 116.

Zur Verdeutlichung der angestellten Überlegungen sei hier zum Schluss dieser Untersuchung noch je ein einander gegenüberstellbares Rechenbeispiel konkretisiert. Das eine trifft den Typ einer Gesellschaft, die gesamthaft überwiegend in Bereichen aktiv ist, in denen sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht geschuldet ist (hier «zertifizierte Gesellschaft im Dienstleistungsbereich»). Das andere trifft den Typ einer Gesellschaft, die überwiegend ausserhalb des Bereiches aktiv ist, in dem sorgfältiges Tätigwerden als primäre Leistungspflicht geschuldet ist (hier «zertifizierte Gesellschaft ausserhalb des Dienstleistungsbereiches»).

II. Berechnungsbeispiel bezüglich einer zertifizierten Gesellschaft im Dienstleistungsbereich

Als Parameter werden in die Formel die nachfolgend in der Tabelle dargestellten Werte angenommen. Soweit es sinnvoll erschien, sind entsprechende Erläuterungen zu den konkret eingesetzten Werten darin aufgenommen worden. Bezüglich der Werte wird versucht, den Optimalfall abzubilden, damit der erläuterte Effekt am besten erkennbar ist. Der Wert 1 stellt sodann die Ausgangssituation dar, von der aus die Veränderung betrachtet wird.

Parameter:	Eingesetzter Wert:	Erläuterung zum eingesetzten Wert:
RV_m^G	1	Dieser Wert ist erwartetermassen 1 und grösser. Für die Zwecke der Beispielrechnung wird aber nur 1 eingesetzt.
EtR_m^G	0.7	Der hier angesprochene <i>tatsächliche</i> EtR_m^G soll für das Beispiel mit dem durch die Zertifizierung <i>erwarteten</i> EtR_m^G übereinstimmen. Der <i>tatsächliche</i> EtR_m^G kann dabei auch grösser sein als der <i>erwartete</i> EtR_m^G .
EsR_m^G	1.3	Der Wert orientiert sich umgekehrt proportional am mit der Zertifizierung <i>erwarteten</i> EtR_m^G . Da hier der erwartete EtR_m^G mit dem tatsächlichen übereinstimmt und EtR_m^G um 0.3 im Vergleich zur Situation ohne Zertifizierung reduziert ist, nimmt der Parameter EsR_m^G hier aufgrund der unterstellten umgekehrten Proportionalität um 0.3 zu.
HR_{ra}^{OI}	1	

Parameter:	Eingesetzter Wert:	Erläuterung zum eingesetzten Wert:
α	0.05	Der Effekt dürfte nunmehr weniger schwer wiegen als beim Haftungsrisiko der Gesellschaft, weshalb hier ein weitaus geringerer Wert eingesetzt wurde.
γ	0	Hier wird der Wert offengelassen, um den Effekt auf $VaEtR_m^O$ im Ausgangspunkt aufzeigen zu können. Soll sodann in einem sekundären Schritt ein Wert eingesetzt werden, so ist mindestens zweifelhaft, ob dieser α übersteigen würde (vgl. Rn. 431 hiervor).
RV_{ra}^{OD}	1	
β	0.01	Der Effekt dürfte hier weniger schwer wiegen als bei α , weshalb ein entsprechend geringerer Wert eingesetzt wurde.

435 Die Berechnung sieht sodann wie folgt aus und ergibt damit einen Betrag, der grösser ist als 1, womit sich das Risikoprofil der Organperson durch die Zertifizierung im Ausgangspunkt negativ verändert hat:

$$VaR_m^O = \left[(1 + 0.05 - 0) \times \left\{ \frac{1}{(2 - 1.3)} \times 0.7 \times 1 \right\} \right] + [0.01 \times 1] = 1.06$$

III. Berechnungsbeispiel bezüglich einer zertifizierten Gesellschaft ausserhalb des Dienstleistungsbereiches

436 Als Parameter werden in die Formel die nachfolgend in der Tabelle dargestellten Werte angenommen. Soweit es als sinnvoll erachtet wurde, wurden wiederum entsprechende Erläuterungen zu den konkret eingesetzten Werten darin aufgenommen. Der Wert 1 stellt sodann die Ausgangssituation dar, von der aus die Veränderung betrachtet wird.

Parameter:	Eingesetzter Wert:	Erläuterung zum eingesetzten Wert:
RV_m^G	1	Dieser Wert ist erwartetermassen 1 und grösser. Für die Zwecke der Beispielrechnung wird aber nur 1 eingesetzt.

Parameter:	Eingesetzter Wert:	Erläuterung zum eingesetzten Wert:
EtR_m^G	0.7	Der hier angesprochene <i>tatsächliche</i> EtR_m^G soll für das Beispiel mit dem durch die Zertifizierung <i>erwarteten</i> EtR_m^G übereinstimmen. Der <i>tatsächliche</i> EtR_m^G kann dabei auch grösser sein als der <i>erwartete</i> EtR_m^G .
EsR_m^G	1.1	Der Wert nimmt in dieser Konstellation nicht (bzw. nicht linear) mit der Abnahme des <i>erwarteten</i> EtR_m^G ab.
$\text{HR}_{ra}^{\text{OI}}$	1	
α	0.05	Der Effekt dürfte weniger schwer wiegen als beim Haftungsrisiko der Gesellschaft, weshalb hier ein weitaus geringerer Wert eingesetzt wurde.
γ	0	Hier wird der Wert offengelassen, um den Effekt auf VaR_m^O im Ausgangspunkt aufzeigen zu können. Soll sodann in einem sekundären Schritt ein Wert eingesetzt werden, so ist mindestens zweifelhaft, ob dieser α übersteigen würde (vgl. Rn. 431 hiervor).
$\text{RV}_{ra}^{\text{OD}}$	1	
β	0.01	Der Effekt dürfte hier weniger schwer wiegen als bei α , weshalb ein entsprechend geringerer Wert eingesetzt wurde.

Die Berechnung sieht sodann wie folgt aus und ergibt damit einen Betrag von 437 unter 1, womit sich das Risikoprofil der Organperson durch die Zertifizierung schon im Ausgangspunkt positiv verändert hat:

$$\text{VaR}_m^O = \left[(1 + 0.05 - 0) \times \left\{ \frac{1}{(2 - 1.1)} \times 0.7 \times 1 \right\} \right] + [0.01 \times 1] = 0.827$$

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AEUU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon
AHV	Alters- und Hinterbliebenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AkkBV	Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem und die Bezeichnung von Prüf-, Konformitätsbewertungs-, Anmelde- und Zulassungsstellen vom 17. Juni 1996, SR 946.512
AMBV	Verordnung über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich vom 17. Oktober 2001, SR 812.212.1
aOR 1881/1911	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, Fassung gemäss ursprünglichem Text, in Kraft ab 1. Januar 1912 (AS 27 317), SR 220
aOR 1936	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, Fassung gemäss BG vom 18. Dezember 1936, in Kraft ab 1. Juli 1937 (AS 53 185), SR 220
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASV-RAB	Verordnung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde über die Beaufsichtigung von Revisionsunternehmen vom 17. März 2008 (SR 221.302.33)
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BAIV	Verordnung über die Verwendung der Bezeichnungen «Berg» und «Alp» für landwirtschaftliche Erzeugnisse und daraus hergestellte Lebensmittel vom 25. Mai 2011, SR 910.19
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, SR 952.0
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995, SR 954.1

BG	Bundesgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
Bio-Verordnung	Verordnung über die biologische Landwirtschaft und die Kennzeichnung biologisch produzierter Erzeugnisse und Lebensmittel vom 22. September 1997, SR 910.18
BJR	Business Judgment Rule
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1
BStGer	(Schweizerisches) Bundesstrafgericht
CE	Conformité Européene (europäisches Konformitätszeichen)
CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité Européen de Normalisation Électrotechnique
ChemG	Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz) vom 15. Dezember 2000, SR 813.1
cGMP	Current Good Manufacturing Practices (GMP requirements of Title 21 of the U.S. Code of Federal Regulations)
d.h.	das heisst
D-AktG	(Deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBI. I S. 1089)
Del. Gen. Corp. Law	Delaware General Corporation Law (Titel 8, Kapitel 1 des Delaware Code)
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
D-GmbHG	(Deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der im BGBI. Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DNA-AL-V EJPD	Verordnung des EJPD über die Leistungs- und Qualitätsanforderungen für forensische DNA-Analyselabors vom 8. Oktober 2014, SR 363.11
Doc.	Document
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft

EIC	East India Company
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
EMAS-III-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG
EN	Europäische Norm
E-OR 2016	Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 683 ff.
ETH-G	Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991, SR 414.110
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europäische Union
EU GMP	European Union Good Manufacturing Practices (GMP requirements of EU Commission Directives 91/356/EEC, as amended by Directive 2003/94/EC, and 91/412/EEC respectively)
EUR	Euro
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaften
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
Exchange Act 1934	Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. § 78a)
E-ZPO 2016	Geänderte Fassung der ZPO nach Massgabe des Entwurfes zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (zur offiziellen Publikation vorgesehen in BBl 2017)
f.	und folgende Seite/Rand-/Fussnote/Erwägung etc.
F-CCom	(Französischer) Code de Commerce vom 18. September 2000 (Annexe à l'ordonnance no. 2000-912)
ff.	und folgende Seiten/Rand-/Fussnoten/Erwägungen etc.
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015, SR 958.1
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007, SR 956.1
FIS	Fédération Internationale de Ski
Fn.	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, SR 221.301
GCP	Good Clinical Practices
GDP	Good Distribution Practices

GGA	geschützte geographische Angabe
GHP	Good Hygienic Practices
GKZV	Verordnung über die Kennzeichnung von Geflügelfleisch in Bezug auf die Produktionsmethode vom 23. November 2005, SR 916.342
GLP	Good Laboratory Practices
GLPV	Verordnung über die Gute Laborpraxis vom 18. Mai 2005, SR 813.112.1
GMP	Good Manufacturing Practices
GTP	Good Tissue Practices
GUB	geschützte Ursprungsbezeichnung
GUB/GGA-Verordnung	Verordnung über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse, verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse, waldwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete waldwirtschaftliche Erzeugnisse vom 28. Mai 1997, SR 910.12
GVP	Good Pharmacovigilance Practices
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997, SR 955.0
GxP	Sammelkürzel für (gesetzliche) <i>Good Practice</i> -Standards wie GMP, GLP, GCP, GDP, GHP, GTP, GVP etc.
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HFKG	Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011, SR 414.20
HFG	Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) vom 30. September 2011, SR 810.30
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
IAASB	International Auditing and Assurance Standards Board
IATA	International Air Transport Association
IEC	International Electrotechnical Commission
IKS	Internes Kontrollsystem
insb.	insbesondere

IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
ISO	International Organization for Standardization
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006, SR 951.31
KEV	Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004, SR 732.11
KlinV	Verordnung über klinische Versuche in der Humanforschung (Verordnung über klinische Versuche) vom 20. September 2013, SR 810.305
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KR	Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange vom 1. Juli 2009
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102
lit.	littera
LGV	Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016, SR 817.02
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992, SR 817.0
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007, SR 0.275.12
LwG	Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998, SR 910.1
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MDL	Multidistrict Litigation
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006, SR 811.11
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001, SR 812.213
MRA	Mutual Recognition Agreement
MS	Managementsystem
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992, SR 232.11
Nr.	Nummer
NV	Verordnung über die Notifikation technischer Vorschriften und Normen sowie die Aufgaben der Schweizerischen Normen-Vereinigung vom 17. Juni 1996, SR 946.511
NY Bus. Corp. Law	New York Business Corporation Law

o.A.	ohne Autor
Ö-AktG	(Österreichisches) Bundesgesetz über Aktiengesellschaften vom 31. März 1965 (BGBl. Nr. 98/1965)
Ö-GmbHG	(Österreichisches) Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. Nr. 58/1906)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
p.l.c./Plc.	Public Limited Company
PäV	Verordnung über die Pärke von nationaler Bedeutung vom 7. November 2007, SR 451.36
PDCA	Plan-Do-Check-Act
PIC/S GMP	GMP wie definiert durch die Pharmaceutical Inspection Convention und das Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944
PrSG	Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009, SR 930.11
QS	Qualitätssicherung
QS-MammoV	Verordnung über die Qualitätssicherung bei Programmen zur Früherkennung von Brustkrebs durch Mammographie vom 23. Juni 1999, SR 832.102.4
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RMBCA	Revised Model Business Corporations Act (2006)
Rn.	Randnote/-nummer
S.	Seite(n)
SAS	Schweizerische Akkreditierungsstelle
SBS	Seilbahnen Schweiz
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SCBP	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance in der Fassung vom 28. August 2014
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SEC	Securities and Exchange Commission
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SFAMA	Swiss Funds & Asset Management Association
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SKUS	Schweizerische Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten
SN	Schweizer Norm

SNG	Schweizerisches Nationalgestüt
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung
SPC	Statistical Process-Control
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRO	Selbstregulierungsorganisation
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
TGV	Verordnung über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen vom 19. Juni 1995, SR 741.511
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995, SR 946.51
TPS	Toyota Production System
TQM	Total Quality Management
U.S.C.	United States Code
UK-C.A.	Companies Act 2006 (Grossbritannien)
USD	US-Dollar
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezem- ber 1986, SR 241
VAM	Verordnung über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung) vom 17. Oktober 2001, SR 812.212.21
VaR	Value at Risk
Var.	Variante
VASR	Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung vom 21. November 2012, SR 221.432
VDSZ	235.13 Verordnung über die Datenschutzzertifizierungen vom 28. September 2007, SR 235.13
VE-OR 2014	Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014
vgl.	vergleiche
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11
VOC	Vereinigte Oost-Indische Compagnie
VrSQ	Verordnung über den Umgang mit offenen radioaktiven Strahlen- quellen vom 21. November 1997, SR 814.554
VSb	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VTs	Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahr- zeuge vom 19. Juni 1995, SR 741.41
V-UVEK SS- FWaN	Verordnung UVEK über die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen vom 12. Juni 2007, SR 741.211.5
z.B.	zum Beispiel

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272

Literaturverzeichnis

- ABEGG, ANDREAS/BÄRTSCHI, HARALD [ET AL.] (HRSG.), Prinzipien des Finanzmarktrechtes, Zürich 2014 (zit.: BEARBEITER/-IN, Prinzipien).
- AEPLI, VIKTOR; Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1997 (93), S. 405 ff. (zit.: AEPLI, SJZ 1997).
- ALCHIAN, ARMEN A./DEMSETZ, HAROLD; Production, Information Costs and Economic Organizations, in: The American Economic Review (Am. Econ. Rev.) 1972 (62), S. 777 ff. (zit.: ALCHIAN/DEMSETZ, Am. Econ. Rev. 1972).
- ALIMENTA IMPORT; Handel fordert Umsetzungskontrolle, in: foodaktuell.ch vom 18. Mai 2009, <<https://www.foodaktuell.ch/handel-fordert-umsetzungskontrolle/>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: ALIMENTA IMPORT, Umsetzungskontrolle, in: foodaktuell.ch vom 18. Mai 2009).
- AMONN, KURT/WALTHER, FRIDOLIN; Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2013 (zit.: AMONN/WALTER, Grundriss).
- AMSTUTZ, MARC/BREITSCHMID, PETER [ET AL.] (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2016 (zit.: BEARBEITER/-IN, CHK, Art. ... Rn. ...).
- AMSTUTZ, MARC; Konzernorganisationsrecht 2.0, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2016, S. 2 ff. (zit.: AMSTUTZ, SZW 2016).
- AMSTUTZ, MARC; The Evolution of Corporate Social Responsibility, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2015, S. 189 ff. (zit.: AMSTUTZ, SZW 2015).
- ARMOUR, JOHN/HANSMANN, HENRY/KRAAKMANN, REINIER; Agency Problems and Legal Strategies, in: Kraakmann, Reinier/Armour, John [et al.] (Aut.), The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford/New York 2009, S. 35 ff. (zit.: ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, Agency Problems).
- ARMOUR, JOHN/HANSMANN, HENRY/KRAAKMANN, REINIER; What is Corporate Law?, in: Kraakmann, Reinier/Armour, John [et al.] (Aut.), The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford/New York 2009, S. 1 ff. (zit.: ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMANN, Corporate Law).

- BACHMANN, ROLAND; Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 5/2003, S. 499 ff. (zit.: BACHMANN, AJP 2003).
- BAERISWYL, MANUELA; Aktienrechtliche Verwandtschaftlichkeit und Verschulden, Zürich 2015, zgl. Diss. Universität Freiburg i. Ue. 2015 (zit.: BAERISWYL, Verschulden).
- BAINBRIDGE, STEPHEN M.; Director Primacy and Shareholder Disempowerment, in: Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 2006 (119), S. 1735 ff. (zit.: BAINBRIDGE, Harv. L. Rev. 2006).
- BAINBRIDGE, STEPHEN M.; The Means and Ends of Corporate Governance, in: Northwestern University Law Review (Nw. U. L. Rev.) 2003 (97), S. 547 ff. (zit.: BAINBRIDGE, Nw. U. L. Rev. 2003).
- BALZLI, TINA/KERBER, CLAUDIO/ISLER, VANESSA; Repetitorium Finanzmarktrecht, Bern 2015 (zit.: BALZLI/KERBER/ISLER, Finanzmarktrecht).
- BÄR, ROLF/BÜRGI, WOLFART F. [ET AL.] (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft, b/3: Art. 739–771, kommentiert von BÜRGI, WOLFART F. und NORDMANN-ZIMMERMANN, U., Zürich 1979 (zit.: BÜRGI/NORDMANN, ZK aOR 1936).
- BÄRTSCHI, HARALD; Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Weber, Rolf H./Isler, Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 227 ff. (zit.: BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden).
- BÄRTSCHI, HARALD; Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: Sethe, Rolf/Isler, Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 227 ff. (zit.: BÄRTSCHI, Kleinaktionär).
- BÄRTSCHI, HARALD; Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, zgl. Diss. Universität Zürich 2001 (zit.: BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit).
- BAUDENBACHER, CARL/SCHWARZ, LISA; Rechtsvergleichende Überlegungen zur Business Judgment Rule, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2016 S. 55 ff. (zit.: BAUDENBACHER/SCHWARZ, SZW 2016).
- BAUM, OLIVER/VON DER CRONE, HANS CASPAR; Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2016, S. 232 ff. (zit.: BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016).
- BAUMOL, WILLIAM; Business Behavior, Value and Growth, New York 1959 (zit.: BAUMOL, Business Behavior).

- BEBCHUK, LUCIAN A.; Letting Shareholders Set the Rules, in: Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 2006 (119), S. 1784 ff. (zit.: BEBCHUK, Harv. L. Rev. 2006).
- BENGTSSON-BÄNZIGER, EVA; Der Konsumentenboykott im Wettbewerb, Zürich 2008, zgl. Diss. Universität Zürich 2008 (zit.: BENGTSSON-BÄNZIGER, Konsumentenboykott).
- BERLE, ADOLF A./MEANS, GARDINER C.; The Modern Corporation and Private Property, New York 1932 (zit.: BERLE/MEANS, Modern Corporation).
- BERTSCHINGER, URS; Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit.: BERTSCHINGER, Arbeitsteilung).
- BEUSCH, KARL; Die Aktiengesellschaft – eine Kommanditgesellschaft in der Gestalt einer juristischen Person?, in: Hadding, Walther/Immenga, Ulrich [et al.] (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin 1984, S. 1 ff. (zit.: BEUSCH, Aktiengesellschaft).
- BIERI, ADRIAN; Aktivlegitimation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane im Konkurs der Gesellschaft, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2015, S. 295 ff. (zit.: BIERI, Aktivlegitimation).
- BIERI, MARTIN; Interne Revision und ISO-Normen, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 9/2010, S. 680 ff. (zit.: BIERI, ST 9/2010).
- BISCHOF, ELIAS; Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2014, S. 197 ff. (zit.: BISCHOF, SJZ 2014).
- BLAIR, MAGARET M./STOUT, LYNN A.; A Team Production Theory of Corporate Law, in: Virginia Law Review (Va. Law Rev.) 1999 (85), S. 248 ff. (zit.: BLAIR/STOUT, Va. Law Rev. 1999).
- BÖCKLI, PETER; Harte Stellen im Soft Law, Zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 11/2002, S. 981 ff. (zit.: BÖCKLI, ST 11/2002).
- BÖCKLI, PETER; Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009 (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÖCKLI, PETER; Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 27 ff. (zit.: BÖCKLI, Hürdenlauf).
- BOEMLE, MAX/STOLZ, CARSTEN; Unternehmensfinanzierung, Band 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, Zürich 2010 (zit.: BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, Band 1).

- BOHNET, FRANÇOIS; Procédure civile, Basel 2014 (zit.: BOHNET, Procédure civile).
- BOHRER, ANDREAS; Corporate Social Responsibility, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2016, S. 273 ff. (zit.: BOHRER, GesKR 2016).
- BOHRER, ANDREAS; Finanzmarkt-Enforcement, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2014, S. 318 ff. (zit.: BOHRER, GesKR 2014).
- BRANDES, HELMUT; Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, in: Goerdeler, Reinhard/Hommelhoff, Peter [et al.] (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck, Berlin 1988, S. 13 ff. (zit.: BRANDES, FS Fleck 1988).
- BRAUWEILER, JANA; ZENKER-HOFFMANN, ANKE; WILL, MARKUS; Umweltmanagementsysteme nach ISO 14001, Wiesbaden 2015 (zit.: BRAUWEILER/ZENKER-HOFFMANN/WILL, Umweltmanagementsysteme).
- BRÜCKNER, CHRISTIAN; Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1994 (zit.: BRÜCKNER, Beurkundungsrecht).
- BRÜCKNER, CLAUDIA; Qualitätsmanagement für die Autoindustrie: Grundlagen, Normen, Methoden, Düsseldorf 2009 (zit.: BRÜCKNER, Qualitätsmanagement).
- BRUGGER, DANIEL/VON DER CRONE, HANS CASPAR; Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2013 S. 178 ff. (zit.: BRUGGER/VON DER CRONE, SZW 2013).
- BRUGGER-GEBHARDT, SIMONE; Die DIN EN ISO 9001:2015 verstehen, Wiesbaden 2016 (zit.: BRUGGER-GEBHARDT, ISO 9001:2015).
- BÜCHLER, BENJAMIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR; Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2010, S. 258 ff. (zit.: BÜCHLER/VON DER CRONE, SZW 2010).
- BÜCHLER, BENJAMIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR; Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2010, S. 258 ff. (zit.: BÜCHLER/VON DER CRONE, SZW 2010).
- BUFF, HEBERT G.; Compliance Management, Aus der Sicht eines Praktikers, Zürich 2015 (zit.: BUFF, Compliance Management).

- BUFF, HERBERT; Compliance, Zürich 2000, zgl. Diss. Universität Zürich 2000 (zit.: BUFF, Compliance).
- BÜHLER, CHRISTOPH B.; Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 61 ff. (zit.: BÜHLER, Kausalität).
- BÜHLER, CHRISTOPH B.; Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich 2009, zgl. Habil. Universität Zürich 2008 (zit.: BÜHLER, Corporate Governance).
- BÜHLER, GEORG/NOTH, MICHAEL [ET AL.] (HRSG.); Stämpflis Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), Bern 209 (zit.: BEARBEITER, SHK MSchG, Art. ... Rn. ...).
- BÜHLMANN, LILIANE; Gläubiger als Stakeholder im Gesellschaftsrecht, Zürich 2015, zgl. Diss. Universität Zürich 2015 (zit.: BÜHLMANN, Gläubiger als Stakeholder).
- BURG, BENEDICT/VON DER CRONE, HANS CASPAR; Vertrauenshaftung im Konzern Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. A-Bank AG, B-Bank, C-Bank, D-Bank, E-Bank GmbH (Beschwerdeführerinnen) gegen F-Bank AG (Beschwerdegegnerin), in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2010, S. 417 ff. (zit.: BURG/VON DER CRONE, SZW 2010).
- CACHON, GÉRARD/TERWIESCH, CHRISTIAN; Matching Supply with Demand, An Introduction to Operations Management, New York 2013 (zit.: CACHON/TERWIESCH; Matching).
- CARR, CECIL THOMAS; Early Forms of Corporateness, in: Committee of the Association of American Law Schools (Hrsg.), Select Essays in Anglo-American Legal History, Band III, Boston 1907, S. 161 ff. (zit.: CARR, Early Forms).
- CASUTT, ANDREAS/GRUN MEYER, CATHERINE; Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2012, S. 586 ff. (zit.: CASUTT/GRUN MEYER, GesKR 2012).
- CASUTT, ANDREAS/MEYER BAHAR, VALERIE; Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Anforderungen an die Pflichterfüllung und den Schadensnachweis, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2016, S. 247 ff. (zit.: CASUTT/MEYER BAHAR, GesKR 2016).
- CHAISSÉ, JULIEN/LI, LISA ZHUOYUE; Shareholder Protection Reloaded, Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss, in: Stanford Journal of International Law (Stan. J. Int'l L.) 2016 (52), S. 51 ff. (zit.: CHAISSÉ/LI, Stan. J. Int'l L. 2016).

- CHEFFINS, BRIAN R.; The History of Corporate Governance, in: Wright, Mike/Siegel, Donald S. [et al.] (Hrsg.); The Oxford Handbook of Corporate Governance, Oxford 2013, S. 46 ff. (zit.: CHEFFINS, History).
- CLARK, ROBERT CHARLES; Corporate Law, New York 1986 (zit.: CLARK, Corporate Law).
- COASE, RONALD H.; The Nature of the Firm, in: *Economica* (*Economica*) 1937 (16), S. 386 ff. (zit.: COASE, *Economica* 1937).
- COFFEE, JOHN C.; Liquidity versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor, in: *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*) 1991 (91), S. 1277 ff. (zit.: COFFEE, *Colum. L. Rev.* 1991).
- COFFEE, JOHN C.; The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role, in: *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*) 1989 (89), S. 1618 ff. (zit.: COFFEE, *Colum. L. Rev.* 1989).
- CONTAT, LAURENT/PAMBERG, CHRISTOPH/PFISTER, STEFAN/STEINER, MARCO; Dopingbekämpfung durch Staat und Private in der Schweiz, in: *Causa Sport* (*CaS*) 2016, S. 159 ff. (zit.: CONTAT/PAMBERG/PFISTER/STEINER, *CaS* 2016).
- DAENIKER, DANIEL; Pro & Contra – Haftung für Ad-hoc-Publizität – Thesen zur Haftung für Ad-hoc-Publizität, in: *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (*GesKR*) 2006, S. 139 ff. (zit.: DAENIKER, *GesKR* 2006).
- DAVIES, PAUL L./WORTHINGTON, SARAH; *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London 2012 (zit.: DAVIES/WORTHINGTON, *Gower and Davies'*).
- DAVIES, PAUL L.; *Introduction to Company Law*, Oxford 2010 (zit.: DAVIES, *Company Law*).
- DE JONG, BAS J.; Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis, in: *European Business Organization Law Review* (*EBOLR*) 2013, S. 97 ff. (zit.: DE JONG, *EBOLR* 2013).
- DE WULF, HANS; Direct shareholder suits for damages based on reflective losses, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, Berlin 2010, S. 1537 ff., (zit.: DE WULF, *FS Hopt*).
- DÉDEYAN, DANIEL; *Macht durch Zeichen*, Baden-Baden/Zürich 2004, zgl. Diss. Universität Zürich 2003 (zit.: DÉDEYAN, *Zeichen*).
- DIAS, RAOUL; *Der Verein als herrschendes Unternehmen im Konzern*, Unter besonderer Berücksichtigung der Sportvereine und Sportorganisationen, Zürich 2010, zgl. Diss. Universität Bern 2010 (zit.: DIAS, *Verein*).

- DIGNAM, ALAN/GALANIS, MICHAEL; *The Globalization of Corporate Governance*, Farnham 2009 (zit.: DIGNAM/GALANIS, *Globalization*).
- DIMITROPOULOS, GEORGIOS; *Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverbund*, Tübingen 2012, zgl. Diss. Universität Tübingen 2012 (zit.: DIMITROPOULOS, *Zertifizierung*).
- DOBLER, SARAH/VON DER CRONE, HANS CASPAR; *Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)* 2005, S. 211 ff. (zit.: DOBLER/VON DER CRONE, *Aktivlegitimation*).
- DRECHSEL, MICHAEL; *Zertifizierung von Qualitätsmanagementsystemen*, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), *Masing, Handbuch Qualitätsmanagement*, 6. Auflage, München 2014, S. 350 ff., (zit.: DRECHSEL, *Zertifizierung*).
- DRENHAUS, MARK; *Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht*, Basel 2015, zgl. Diss. Universität Freiburg i.Ue. 2012 (zit.: DRENHAUS, *Gesellschaftsinteresse*).
- DRUEY, JEAN NICOLAS/DRUEY JUST, EVA/GLANZMANN, LUKAS; *Gesellschafts- und Handelsrecht*, Begründet von Theo Guhl, Zürich 2015 (zit.: DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, *Gesellschafts- und Handelsrecht*).
- EASTERBROOK, FRANK H./FISCHEL, DANIEL R.; *Limited Liability and the Corporation*, in: *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)* 1985 (52), S. 89 ff. (zit.: EASTERBROOK/FISCHEL, *U. Chi. L. Rev.* 1985).
- ENRIQUES, LUCA/HANSMANN, HENRY/KRAAKMANN, REINIER; *The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class*, in: Kraakmann, Reinier/Armour, John [et al.] (Aut.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2. Aufl., Oxford/New York 2009, S. 55 ff. (zit.: ENRIQUES/HANSMANN/KRAAKMANN, *Interests of Shareholders*).
- ENSTHALER, JÜRGEN; *Qualitätsmanagement und Recht*, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), *Masing, Handbuch Qualitätsmanagement*, 6. Auflage, München 2014, S. 127 ff., (zit.: ENSTHALER, *Qualitätsmanagement*).
- EPSTEIN, LEE/MARTIN, ANDREW D.; *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford 2014 (zit.: EPSTEIN/MARTIN, *Introduction*).
- EUGSTER, KARIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR; *Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern*, *Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts 4C.258/2003 (BGE 130 III 213)* vom 9. Januar 2004 i.S. B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) gegen A. (Beklagte und Berufungsklägerin), in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)* 2004, S. 434 ff. (zit.: EUGSTER/VON DER CRONE, *SZW* 2004).

- FAMA, EUGENE F./JENSEN, MICHAEL C.; Separation of Ownership and Control, in: *The Journal of Law and Economics (J. Law Econ.)* 1983 (26), S. 301 ff. (zit.: FAMA/JENSEN, *J. Law Econ.* 1983).
- FERGUSON, NIALL; *The Ascent of Money: A Financial History of the World*, New York 2008 (zit.: FERGUSON, *Money*).
- FERRARINI, A. GUIDO; Origins of Limited Liability Companies and Company Law Modernisation in Italy: A Historical Outline, in: Gepken-Jager, Ella/van Solinge, Gerard [et al.] (Hrsg.), *VOC 1602–2002, 400 Years of Company Law*, Deventer 2005, S. 187 ff. (zit.: FERRARINI, *Origins*).
- FISCHEL, DANIEL R.; The Corporate Governance Movement, in: *Vanderbilt Law Review (Vand. L. Rev.)* 1982 (35), S. 1259 ff. (zit.: FISCHEL, *Vand. L. Rev.* 1982).
- FISCHER, WILLI/DRENCKHAN, HELKE (HRSG.), *Handbuch Schweizer Aktienrecht*, Basel 2008 (zit.: BEARBEITER/-IN, *Handbuch Aktienrecht*, Rn. ...).
- FISCHER, WILLI/LUTERBACH, THIERRY (HRSG.), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich 2016 (zit.: BEARBEITER/-IN, *HaftpflichtKomm., Art. ... Rn. ...*).
- FORSTMOSER, PERTER/KÜCHLER, Marcel; *Schweizer Aktienrecht 2020*, in: EXPERT FOCUS (Der Schweizer Treuhänder) 2016, S. 86 ff. (zit.: FORSTMOSER/KÜCHLER, *EXPERT FOCUS* 2016).
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER; *Schweizerisches Aktienrecht*, Zürich 1996 (zit.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Aktienrecht*).
- FORSTMOSER, PETER/PEYER, PATRIK R.; Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)* 2007 (103), S. 397/429 ff. (zit.: FORSTMOSER/PEYER, *SJZ* 2007).
- FORSTMOSER, PETER/SCHOTT, BERTRAND; Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und im Wertpapierrecht, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)* 2006 (102), S. 482 ff. (zit.: FORSTMOSER/SCHOTT, *SJZ* 2006).
- FORSTMOSER, PETER/SPRECHER, THOMAS/TÖNDURY, GIAN ANDRI; *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2005 (zit.: FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, *Persönliche Haftung*).
- FORSTMOSER, PETER; Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht Wirtschaft und Gesellschaft, Vogt, Nerdin P./Stupp, Eric/Dubs, Dieter (Hrsg.), *Unternehmen – Transaktion – Recht*,

- Liber Amicorum Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 197 ff. (zit.: FORSTMOSER, Liber Amicorum Watter).
- FORSTMOSER, PETER; Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger, Robert/Sester, Peter [et al.] (Hrsg.), Law & Economics Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 157 ff. (zit.: FORSTMOSER, FS Nobel 2015).
- FORSTMOSER, PETER; Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Schweizerische Aktiengesellschaft (SAG) 1986 (2), S. 69 ff. (zit.: FORSTMOSER, SAG 1986).
- FORSTMOSER, PETER; Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987 (zit.: FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER, PETER; Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: Oertle, Matthias/Breitenstein, Stefan [et al.] (Hrsg.), M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber Amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 431 ff. (zit.: FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung).
- FORSTMOSER, PETER; Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 185 ff. (zit.: FORSTMOSER, Aktienrechtsreform).
- FOSS, NICOLAI J./LANDO, HENRIK/THOMSEN, STEEN; The Theory of the Firm, in: Bouckaert, Boudewijn/De Geest, Gerrit (Hrsg.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Nr. 5610, Cheltenham 2000, <<http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016, S. 631 ff. (zit.: FOSS/LANDO/THOMSEN, Theory of the Firm).
- FREY, HAROLD/CHRISTEN, SEVERIN; Statutarische Schiedsklauseln, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2016, S. 238 ff. (zit.: FREY/CHRISTEN, GesKR 2016).
- FRIEDLI, THOMAS/SEGHEZZI, HANS DIETER/MÄNDER, CHRISTIAN/LÄTZNER, RICHARD; Konzepte – Modelle – Systeme, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), Masing, Handbuch Qualitätsmanagement, 6. Auflage, München 2014, S. 160 ff., (zit.: FRIEDLI/SEGHEZZI/MÄNDER/LÄTZNER, Konzepte).
- FURRER, ANDREAS; Produktesicherheit, Produkthaftung und technische Normung, in: Fellmann, Walter/Furrer, Andreas (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, 31. März 2011, Bern 2011, S. 1 ff. (zit.: FURRER, Normung).

- GABRIELSSON, JONAS/HUSE, MORTON; Governance theory: origins and implications for researching boards and governance in entrepreneurial firms, in: Landström, Hans/Lohrke, Franz (Hrsg.), *Historical Foundations of Entrepreneurship Research*, Cheltenham 2010, S. 229 ff. (zit.: GABRIELSSON/HUSE, Governance theory).
- GARBARSKI, ANDREW M.; La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zürich 2006, zgl. Diss. Universität Lausanne 2006 (zit.: GARBARSKI, Responsabilité).
- GARCIA, RAFAEL ARENAS; Suing directors in international litigation, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, Berlin 2010, S. 321 ff., (zit.: GARCIA, FS Hopt).
- GAUCH, PETER; Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: *Das Menschenbild im Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg*, Freiburg 1990, S. 177 ff. (zit.: GAUCH, FS Menschenbild).
- GAUKRODGER, DAVID; Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency, A preliminary framework for policy analysis, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, 2013, <<http://www.oecd.org/investment/working-papers.htm>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: GAUKRODGER, OECD WP 2013/3).
- GEPKEN-JAGER, ELLA/VAN SOLINGE, GERARD/TIMMERMAN, LEVINUS; Preface by the Editors, in: Gepken-Jager, Ella/van Solinge, Gerard [et al.] (Hrsg.), *VOC 1602–2002, 400 Years of Company Law*, Deventer 2005, S. IX ff. (zit.: GEPKEN-JAGER/VAN SOLINGE/TIMMERMAN, Preface VOC).
- GEPKEN-JAGER, ELLA; Vereinigde Oost-Indische Compagnie (VOC), in: Gepken-Jager, Ella/van Solinge, Gerard [et al.] (Hrsg.), *VOC 1602–2002, 400 Years of Company Law*, Deventer 2005, S. 43 ff. (zit.: GEPKEN-JAGER, VOC).
- GERHARD, FRANK; Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2016* S. 254 ff. (zit.: GERHARD, SZW 2016).
- GOETTE, WULF/HABERSACK, MATTHIAS (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, München 2014 (zit.: BEARBEITER/-IN, MüKo, § ... Rn. ...).
- GOMORY, RALPH/SYLLA, RICHARD; The American Corporation, in: *Daedalus 2013* (Vol. 142, No. 2), S. 102 ff. (zit.: GOMORY/SYLLA, Daedalus 2013/2).
- GORDON-VRBA, LUCY; *Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness*, Zürich 2007, zgl. Diss. Universität Zürich 2007 (zit.: GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse).

- GRAF, DAMIAN K.; Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2014, S. 492 ff. (zit.: GRAF, SZW 2014).
- GRAF, DAMIAN K.; Haftung im Konzernverhältnis: Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Tochterorganen, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2014, S. 63 ff. (zit.: GRAF, GesKR 2014).
- GRAF, DAMIAN K.; Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2015, S. 720 ff. (zit.: GRAF, AJP 2015).
- GRANTHAM, ROSS; The Limited Liability Of Company Directors, Research Paper No.07–03, 2007, <http://ssrn.com/abstract=991248>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: GRANTHAM, Limited Liability).
- GRASS, ANDREA R.; Business Judgement Rule, Zürich 1998, zgl. Diss. Universität Zürich 1998 (zit.: GRASS, BJR).
- GROB, WALTER; Qualitätsmanagement, Sachverhalt und schuldrechtliche Aspekte, Freiburg i. Ue. 1995, zgl. Diss. Universität Freiburg i. Ue. 1995 (zit.: GROB, Qualitätsmanagement).
- GROSSMAN, SANFORD J./HART, OLIVER D.; The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, Journal of Political Economy (J. Polit. Econ.) 1986 (94), S. 691 ff. (zit.: GROSSMAN/HART, J. Polit. Econ. 1986).
- GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/DRUEY, JEAN NICOLAS; Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1995 (zit.: GUHL/KOLLER/DRUEY, OR (8. Aufl.)).
- GULDENER, MAX; Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979 (zit.: GULDENER, Zivilprozessrecht).
- HAGER, LUKAS/HALLER, MATTHIAS; Rechtliche Anerkennung von wirksamen Compliance-Strukturen vor Schweizer Gerichten, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2014, S. 533 ff. (zit.: HAGER/HALLER, SZW 2014).
- HALLER, MAX; Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zürich 2008, zgl. Diss. Universität Zürich 2008 (zit.: HALLER, Organhaftung).
- HAMILTON, ROBERT W./FREER, RICHARD D.; The Law of Corporations, 6. Aufl., St. Paul 2011 (zit.: HAMILTON/FREER, Law of Corporations).

- HANDSCHIN, LUKAS (HRSG.); Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, bearbeitet von Eberle, Reto und Lengauer, Daniel, Zürich 2016 (zit.: EBERLE/LENGAUER, ZK OR).
- HANDSCHIN, LUKAS/JUCKER, BEAT; Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Bäni, Eva-Maria/Obrist, Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014, S. 317 ff. (zit.: HANDSCHIN/JUCKER, Sorgfalt).
- HANDSCHIN, LUKAS; Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1993 (zit.: HANDSCHIN, Konzern).
- HANDSCHIN, LUKAS; Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft, in: Aargauischer Anwaltsverband. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 237 ff. (zit.: HANDSCHIN, FS 100 Jahre AAV).
- HANSMANN, HENRY/KRAAKMANN, REINIER; The End of History for Corporate Law, in: Georgetown Law Journal (Geo. L. J.) 2001 (89), S. 439 ff. (zit.: HANSMANN/KRAAKMANN, Geo. L. J. 2001).
- HARDER SCHULER, CHRISTA-MARIA; Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften, Gesellschafts- und schuldrechtliche Ausgestaltung von KMU, Zürich 2013, zgl. Diss. Universität Zürich 2012 (zit.: HADER SCHULER, Corporate Governance).
- HARDIN, RUSSEL; Collective Action, Baltimore 1982 (zit.: HARDIN, Collective Action).
- HARRIS, RON; The English East India Company and the History of Company Law, in: Gepken-Jager, Ella/van Solinge, Gerard [et al.] (Hrsg.), VOC 1602–2002, 400 Years of Company Law, Deventer 2005, S. 217 ff. (zit.: HARRIS, East India Company).
- HART, OLIVER/MOORE, JOHN; Property Rights and the Nature of the Firm, Journal of Political Economy (J. Polit. Econ.) 1990 (98), S. 1119 ff. (zit.: HART/MOORE, J. Polit. Econ. 1990).
- HARTMANN, STEPHAN; Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, zgl. Diss. Universität Luzern 2005 (zit.: HARTMANN, Rückabwicklung).
- HARTMANN, STEPHAN; Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2006, S. 321 ff. (zit.: HARTMANN, SZW 2006).
- HAUSHEER, HEINZ (HRSG.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, Erster Teilband, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu

- Art. 52–59 ZGB, Erläutert von RIEMER, HANS MICHAEL, Bern 1993 (zit.: RIEMER, BK).
- HAUSHEER, HEINZ/WALTER, HANS PETER (HRSG.), Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erläutert von BREHM, ROLAND, Bern 2013 (zit.: BREHM, BK).
- HEIERLI, CHRISTIAN; Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Zürich 2012, zgl. Diss. Universität Zürich 2012 (zit.: HEIERLI, Geldwäscherei).
- HEIZER, JAY/RENDER, BARRY; Principles of Operations Management, Essex 2011 (zit.: HEIZER/RENDER; Operations Management).
- HENN, HARRY G./ALEXANDER, JOHN R.; Laws of Corporations, St. Paul 1983 (zit.: HENN/ALEXANDER, Corporations).
- HESS, HANS-JOACHIM; Stämpfli Handkommentar, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010 (zit.: HESS, SHK PrSG Art. ... Rn. ...).
- HILL, ALEX/HILL, TERRY; Operations Management, New York 2012 (zit.: HILL/HILL; Operations Management).
- HILTY, RETO M./ARPAGAU, RETO (HRSG.), Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK UWG, Art. ... Rn. ...).
- HINSCH, MARTIN; Die neue ISO 9001:2015 – Ein Praxis-Ratgeber für die Normenumstellung, Berlin 2015 (zit.: HINSCH, Neue ISO 9001:2015).
- HIRSCH, ALAIN; L'organe de contrôle dans la société anonyme, Genf 1965, zgl. Diss. Universität Genf 1965 (zit.: HIRSCH, L'organe de contrôle).
- HIRSCH, ALAIN; La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs: Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1997, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 1999, S. 48 ff. (zit.: HIRSCH, SZW 1999).
- HIRSCHMANN, ALBERT O.; Exit, Voice, and Loyalty Responses to Decline in Firms, Organizations, and States, Cambridge 1970 (zit.: HIRSCHMANN, Exit, Voice, and Loyalty).
- HOFSTETTER, KARL; Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, Grundlagenbericht zur Revision, economiesuisse (Hrsg.), Zürich 2014, (zit.: HOFSTETTER, Grundlagenbericht 2014).
- HOLENSTEIN, PETER; Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Zürich 1975, zgl. Diss. Universität Zürich 1975 (zit.: HOLENSTEIN, Drittrechte).
- HONSELL, HEINRICH (HRSG.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rn. ...).

- HONSELL, HEINRICH/ISENRING, BERNHARD/KESSLER, MARTIN A.; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013 (zit.: HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht).
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (HRSG.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-426 ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK ZGB I, Art. ... Rn. ...).
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (HRSG.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK OR II, Art. ... Rn. ...).
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK ORI, 5. Aufl., Art. ... Rn. ...).
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK ORI, Art. ... Rn. ...).
- HOPT, KLAUS J.; Comparative Company Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 1161 ff. (zit.: HOPT, Comparative Company Law).
- HORTENSIUS, DICK; Integrated Management Systems, in: ISO Focus+, February 2013, <http://www.iso.org/iso/home/news_index/iso_magazines/isofocusplus_index/isofocusplus_2013/isofocusplus_2013-02.htm>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016, S. 42 ff. (zit.: HORTENSIUS, ISO Focus+ February 2013).
- HUGUENIN, CLAIRE; Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014 (zit.: HUGUENIN, OR AT&BT).
- INJAC, NENAD; Die Entwicklung des Qualitätsmanagements im 20./21. Jahrhundert, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), Masing, Handbuch Qualitätsmanagement, 5. Auflage, München 2009, S. 15 ff., (zit.: INJAC, Entwicklung).
- ISLER, MARTINA ELISABETH; Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Zürich 2010, zgl. Diss. Universität Zürich 2010 (zit.: ISLER, Konsultativabstimmung).
- ISLER, PETER R./SCHOTT, BERTRAND G.; Die Haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 33 ff. (zit.: ISLER/SCHOTT, Delegation).
- ISLER, PETER R./SCHOTT, BERTRAND G.; Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 7 ff. (zit.: ISLER/SCHOTT, Vergütungen).

- ISLER, PETER R.; Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Weber, Rolf H./Isler, Peter R. (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, Zürich 2008, S. 87 ff. (zit.: ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation).
- ISLER, PETER R.; Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zürich 2003, S. 1 ff. (zit.: ISLER, Sorgfalt und Haftung).
- JACOB, JÜRGEN; Qualitätsmanagement und Normung, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), *Masing, Handbuch Qualitätsmanagement*, 6. Auflage, München 2014, S. 104 ff., (zit.: JACOB, Qualitätsmanagement).
- JAGMETTI, LUCA; *Cash Pooling im Konzern*, Zürich 2007, zgl. Diss. Universität Zürich 2007 (zit.: JAGMETTI, Cash Pooling).
- JAUN, MANUEL; *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätsersparungen*, Bern 2007, zgl. Habil. Universität Bern 2007 (zit.: JAUN, Sorgfaltspflichtverletzungen).
- JENNY, DANIEL; *Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen*, Zürich 2012, zgl. Diss. Universität Zürich 2012 (zit.: JENNY, Abwehrmöglichkeiten).
- JENSEN, MICHAEL C./MECKLING, WILLIAM H.; *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in: *Journal of Financial Economics (JFE)* 1976 (3), S. 305 ff. (zit.: JENSEN/MECKLING, JFE 1976).
- JORION, PHILIPPE; *Value at Risk: the new benchmark for managing financial risk*, New York 2006, 454 ff. (zit.: JORION, Value at Risk).
- JUCHLI, PHILIPPE; *Die Verantwortlichkeit bei Umstrukturierungen nach Art. 108 FusG*, 2011, <<http://www.philippjuchli.ch/index.php/unternehmen/publikationsliste>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016, zgl. Diss. St. Gallen 2011 (zit.: JUCHLI, Umstrukturierungen).
- JUCKER, BEAT; *Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Basel 2015, zgl. Diss. Universität Basel 2015 (zit.: JUCKER, Beweisvereitelung).
- JUNG, PETER/KUNZ, PETER V./BÄRTSCHI, HARALD; *Gesellschaftsrecht*, Zürich 2016 (zit.: BEARBEITER, Gesellschaftsrecht).
- JUNG, PETER/SPITZ, PHILIPPE (HRSG.); *Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern 2016 (zit.: BEARBEITER, SHK UWG, Art. ... UWG Rn. ...).
- JUTZI, THOMAS; *Departement für Wirtschaftsrecht – Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung*, in: Kunz, Peter V./Weber, Jonas [et al.] (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizeri-*

- schen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 197 ff. (zit.: JUTZI, Berner Gedanken 2014).
- JUTZI, THOMAS; Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2014, S. 500 ff. (zit.: JUTZI, GesKR 2014).
- JUTZI, THOMAS; Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2008, zgl. Diss. Universität Bern 2008 (zit.: JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse).
- KÄHR, CORNELIA/KÄHR, MICHAEL; Repetitorium Gesellschaftsrecht, Bern 2014 (zit.: KÄHR/KÄHR, Gesellschaftsrecht).
- KAISER, RUDOLF; Drittmittel, Sponsoring und Fundraising – rechtskonforme Finanzierung öffentlicher Aufgaben oder Einstieg in die Korruption?, Zürich 2008, zgl. Diss. Universität Zürich 2008 (zit.: KAISER, Drittmittel).
- KÄLIN, OLIVER; Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2016, S. 135 ff. (zit.: KÄLIN, AJP 2016).
- KAMANN, MATTHIAS; Die Bundesregierung kannte die Betrüger-Technik, in: Welt N 24 vom 22. September 2015, <<https://www.welt.de/politik/deutschland/article/146711288/Die-Bundesregierung-kannte-die-Betrueger-Technik.html>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: KAMANN, Betrüger-Technik, in: Welt N 24 vom 22. September 2015).
- KLOPFER, RAINER; Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 7 ff. (zit.: KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation).
- KOBIERSKI, MARLENE; Der Durchgriff im Gesellschaft- und Steuerrecht, Zürich 2012, zgl. Diss. Universität Bern 2012 (zit.: KOBIERSKI, Durchgriff).
- KÖBRICH, TIM; Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen (LeGes) 2014/1, S. 57 ff. (zit.: KÖBRICH, LeGes 2014/1).
- KOH, ALAN K.; Reconstructing the reflective loss principle, in: Journal of Corporate Law Studies (JCLS) 2016, S. 373 ff. (zit.: KOH, JCLS 2016).
- KOLB, KATHARINA M.; Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz, München 2008, zgl. Diss. Universität München 2008 (zit.: KOLB, Verschuldensgrundsatz).
- KOPP, JAKOB; Die Prozessführungsbefugnis, Zürich 1957, zgl. Diss. Universität Zürich 1957 (zit.: KOPP, Prozessführungsbefugnis).

- KORT, MICHAEL; Corporate Governance-Grundsätze als haftungsrechtlich relevante erhaltensstandards, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus [et al.] (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 945 ff. (zit.: KORT, FS Schmidt 2009).
- KOUBEK, ANNI (HRSG.), Praxisbuch ISO 9001:2015, München 2015 (zit.: BEARBEITER/-IN, Praxisbuch ISO 9001:2015).
- KOZIOL, HELMUT; Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht?, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1996, S. 593 ff. (zit.: KOZIOL, AcP 1996).
- KRAAKMANN, REINIER; Preface, in: Kraakmann, Reinier/Armour, John [et al.] (Aut.), The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford/New York 2009, S. vii ff. (zit.: KRAAKMANN, Preface).
- KRAMER, ERNST A.; Juristische Methodenlehre, Bern 2016 (zit.: KRAMER, Methodenlehre).
- KRAMER, ERNST; Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1987 (123), S. 289 ff. (zit.: KRAMER, Kausalität).
- KRAUSKOPF, PATRICK; Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg i. Ue. 2000, zgl. Diss. Universität Freiburg i. Ue. 2000 (zit.: KRAUSKOPF, Vertrag zugunsten Dritter).
- KRIZAJ, THOMAS; Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2013, S. 816 ff. (zit.: KRIZAJ, AJP 2013).
- KRNETA, GEORG; Als Aktionäre noch Abenteurer waren, Bern 2010 (zit.: KRNETA, Abenteurer).
- KRNETA, GEORG; Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005 (zit.: KRNETA, Verwaltungsrat).
- KUEK, CHEE YING; Shareholder Activism through Exit and Voice Mechanisms in Malaysia: A Comparison with the Australian Experience, in: Bond Law Review (Bond L. Rev.) 2014 (26), S. 87 ff. (zit.: KUEK, Bond L. Rev. 2014).
- KUERT, WILLY; The Founding of ISO, in: Friendship Among Equals, Recollections from ISO's First Fifty Years, ISO Central Secretariat, Genf 1997, S. 13 ff. (zit.: KUERT, Founding of ISO).
- KUMMER, MAX; Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1984 (zit.: KUMMER, Zivilprozessrecht).

- KUNZ, PETER V.; Corporate Governance – Tendenzen von der Selnstregulierung zur Regulierung, in: Kramer, Ernst A./Nobel, Peter/Waldburger, Robert (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Peter Böckli, Zürich 2006, S. 471 ff. (zit.: KUNZ, FS Böckli 2006).
- KUNZ, PETER V.; Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016 (zit.: KUNZ, Konzernrecht).
- KUNZ, PETER V.; Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993 (zit.: KUNZ, Rechtsnatur).
- KUNZ, PETER V.; Zur «doppelten Klagegrundlage» des Gläubigers bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1994 (90), S. 5 ff. (zit.: KUNZ, SJZ 1994).
- LEUENBERGER, CHRISTOPH/UFFER-TOBLER, BEATRICE; Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit.: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht).
- LOMBARDINI, CARLO; La protection de l'investisseur sur le marché financier, Zürich 2012, zgl. Habil. Universität Genf 2012 (zit.: LOMBARDINI, L'investisseur).
- LOOS, ALEXANDER (HRSG.), Directors' Liability: A Worldwide Review, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014, (zit.: AUTOR, Directors' Liability Review: LAND).
- LÖTSCHER, CORDULA; Die Prozesstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016, zgl. Diss. Universität Basel 2016 (zit.: LÖTSCHER, Prozesstandschaft).
- LUTERBACHER, THIERRY; Die Schadenminderungspflicht, Zürich 2005, zgl. Diss. Universität Zürich 2005 (zit.: LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht).
- MAHLMANN, MATTHIAS; Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Baden-Baden 2016 (zit.: MAHLMANN, Rechtsphilosophie).
- MAIZAR, KARIM; Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Grundlagen – Analysen – Ansätze einer Reform, Zürich 2012, zgl. Diss. Universität Zürich 2012 (zit.: MAIZAR, Willensbildung).
- MARRIS, ROBIN; The Economic Theory and «Managerial» Capitalism, New York 1964 (zit.: MARRIS, «Managerial» Capitalism).
- MAUERHOFER, MARC ANDRÉ; Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2011, S. 20 ff. (zit.: MAUERHOFER, GesKR 2011).
- MEIERHANS, STEFAN; Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden, in: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 1994, S. 202 ff. (zit.: MEIERHANS, recht 1994).

- MEIER-HAYOZ, ARTHUR HEINZ (HRSG.), Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK – Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Erläutert von Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno, Bern 1986 (zit.: BEARBEITER, BK).
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER; Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012 (zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht).
- MERKT, HANNO; US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2013 (zit.: MERKT, US Gesellschaftsrecht).
- MESSING, FRANK; Abgas-Manipulation bei VW offenbar seit Jahren bekannt, in: NRZ vom 27. September 2015, <<http://www.nrz.de/wirtschaft/abgas-manipulation-bei-vw-offenbar-seit-jahren-bekannt-id11132288.html>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: MESSING, Abgas-Manipulation, in: NRZ vom 27. September 2015).
- Montesquieu: DE SECONDAT, CHARLES-LOUIS (Baron de La Brède et de Montesquieu); De l'Esprit des Lois, Buch I-XXXI, Genf 1748 (zit.: MONTESQUIEU, Esprit, Buch NUMMER).
- MOSER, MARTIN; Die Haftung für Dienstleistungen im Lichte eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1997, S. 181 ff. (zit.: MOSER, AJP 1997).
- MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ/PLÜSS, ADRIAN; Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich 2014 (zit.: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat).
- MUWANGUZI, PATRICK K.; Are Incompetent Directors Dealt with Too Leniently on a Company's Insolvency in the UK, 1. Juni 2007, <<http://ssrn.com/abstract=1008756>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: MUWANGUZI, Incompetent Directors).
- NEUKOMM, MARC; Value at Risk-Quantifizierung unter Verwendung von Hochfrequenzdaten, Wiesbaden 2004, zgl. Diss. Universität Basel 2003 (zit.: NEUKOMM, Value at Risk).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (HRSG.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Kommentierung zum Allgemeinen Teil des StGB (Art. 1-110) sowie zum Jugendstrafgesetz, Basel 2013 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK StGB I, Art. ... Rn. ...).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (HRSG.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch, Basel 2013 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK StGB, Art. ... Rn. ...).

- NIKITINE, ALEXANDER; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich 2007, zgl. Diss. Universität Zürich 2007 (zit.: NIKITINE, Organverantwortlichkeit).
- o.A.; Staatsfonds Norwegens will Volkswagen verklagen, in: faz.net (Frankfurter Allgemeine Zeitung) vom 16. Mai 2016, <<http://www.faz.net/-gqe-8h435>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: o.A., Volkswagen, in: faz.net (Frankfurter Allgemeine Zeitung) vom 16. Mai 2016).
- OBERHAMMER, PAUL (HRSG.), Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BEARBEITER/-IN, KUKO ZPO, Art. ... Rn. ...).
- OESCH, MATTHIAS/WEBER, ROLF H. [ET AL.] (HRSG.), Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Bern 2011 (zit.: BEARBEITER/-IN, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. ... Rn. ...).
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W.; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil – Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, Zürich 1995 (zit.: OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/1).
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W.; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Zürich 1995 (zit.: OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I).
- OLSON, MANCUR; The Logic of Collective Action, Cambridge 1971 (zit.: OLSON, Collective Action).
- PALLY, URSINA; Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Zürich 2007, zgl. Diss. Universität Zürich 2007 (zit.: PALLY, Arzthaftung).
- PETER, HENRY/JACQUEMET, GUILLAUME; Corporate Social Responsibility, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 11/2014, S. 1027 ff. (zit.: PETER/JACQUEMET, ST 11/2014).
- PETER, HENRY/JACQUEMET, GUILLAUME; Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles corrélations?, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2015, S. 170 ff. (zit.: PETER/JACQUEMET, SZW 2015).
- PEYER, MARTIN; Das interne Kontrollsystem als Aufgabe des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle – Zuständigkeit, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, Zürich 2009, zgl. Diss. Universität St. Gallen 2009 (zit.: PEYER, Das interne Kontrollsystem).
- PEYER, PATRIK R.; Das «vernünftige» Verwaltungsratsmitglied, in: Zindel, Gaudenz G./Peyer, Patrik R. [et al.] (Hrsg.), Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2002, S. 85 ff., (zit.: PEYER, FS Forstmoser 2002).

- PHILIPP, PETER; Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Zürich 2004, zgl. Diss. Universität Zürich 2004 (zit.: PHILIPP, Vereinsautonomie).
- PISTOR, KATHARINA/KEINAN, YORMAN/KLEINHEISTERKAMP, YAN/WEST, MARK; The Evolution of Corporate Law: A Cross-Country Comparison, in: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (U. Pa. J. Int'l Econ. L.) 2002 (23:4), S. 791 ff. (zit.: PISTOR/KEINAN/KLEINHEISTERKAMP/WEST, U. Pa. J. Int'l Econ. L. 2002).
- POSCHUSCHNY, PETER; Prozessmanagement, Konstanz/München 2012 (zit.: POSCHUSCHNY, Prozessmanagement).
- PURSCHEIT, TINA; Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des ehrenamtlichen Vereinsvorstands, Zürich 2012, zgl. Diss. Universität Zürich 2012 (zit.: PURSCHEIT, Vereinsvorstand).
- RASCHEIN, ROLF; Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Dall'èves, Louis/Kleiner, Beat [et al.] (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 357 ff. (zit.: RASCHEIN, FS 100 Jahre SchKG).
- RAUBER, GEORG; Der mittelbare Gläubigerschaden, in: Schlupe, Walter R./Isler, Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 157 ff. (zit.: RAUBER, FS Forstmoser 1993).
- REARDON, JAMES F.; Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law Comparative Analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland, Zürich 2014, zgl. Diss. Universität Freiburg i.Ue. 2014 (zit.: REARDON, Collective Redress Mechanisms).
- REBSAMEN, THOMAS; Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Zürich 2004, zgl. Diss. Fribourg 2004 (zit.: REBSAMEN, Gleichbehandlung).
- RIEDERER, FLURIN; Rückstellungen in Kraftwerken, in: ex ante, Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher (ex ante) 2016, S. 10 ff. (zit.: RIEDERER, ex ante 2016).
- RIEMER, HANS MICHAEL; Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit.: RIEMER, SHK ZGB, Art. ... ZGB Rn. ...).
- RIES, ERIC; The Lean Startup, New York 2011 (zit.: RIES, Lean Startup).

- ROBERTO, VITO; Pro & Contra – Pro & Contra – Haftung für Ad-hoc-Publizität – Antithesen zur Haftung für Ad-hoc-Publizität, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2006, S. 149 ff. (zit.: ROBERTO, GesKR 2006).
- ROBERTO, VITO; Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit.: ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- ROHDE, THOMAS; Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?, in: Sprecher, Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich 2014, S. 143 ff. (zit.: ROHDE, Überschuldete Gesellschaft).
- ROSS, STEPHEN A.; The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem, in: American Economic Review (Am. Econ. Rev.) 1973 (63), S. 134 ff. (zit.: ROSS, Am. Econ. Rev. 1973).
- ROTH PELLANDA, KATJA; Organisation des Verwaltungsrates Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Zürich 2007, zgl. Diss. Universität Zürich 2007 (zit.: ROTH PELLANDA, Verwaltungsrat).
- ROTH, MONIKA; Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung, Zürich 2016, (zit.: ROTH, Nachhaltige Unternehmensführung).
- ROTH, MONIKA; Compliance in a Nutshell, Zürich 2015 (zit.: ROTH, Compliance).
- RUEF, MARTIN; Entrepreneurial groups, in: Landström, Hans/Lohrke, Franz (Hrsg.), Historical Foundations of Entrepreneurship Research, Cheltenham 2010, S. 205 ff. (zit.: RUEF, Entrepreneurial groups).
- RUOSS, RETO THOMAS; Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle – Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 227 ff. (zit.: RUOSS, Revisionsstelle).
- RUSTERHOLZ, LEO/HELD, LUKAS; Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2016, S. 186 ff. (zit.: RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016).
- SABBADINI, FABIO; Werbung für Waren und Dienstleistungen durch nicht autorisierte Händler Rechtliche Überprüfung der Verwendung von fremden Immaterialgütern in der Werbung, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!) 2000, S. 770 ff. (zit.: SABBADINI, sic! 2000).
- SÄCKER, JÜRGEN FRANZ/RIXECKER, ROLAND [ET AL.] (HRSG.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, München 2016 (zit.: BEARBEITER/-IN, MüKo, § ... Rn. ...).
- SARASIN, CHRISTOPHE; Ausgestaltung und Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Basel 1995, zgl. Diss. Universität Basel 1995 (zit.: SARASIN, Verantwortlichkeit).

- SCHALL, ALEXANDER; Corporate Governance after the Death of the King – the Origins of the Separation of Powers in Companies, in: *European Company and Financial Law Review (ECFR)* 4/2011, S. 476 ff. (zit.: SCHALL, ECFR 2011).
- SCHERER, JOSEF/FURT, RIAG KLAUS; Der Einfluss von Standards, Techniklauseln und des «Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis» auf Organhaftung und Corporate Governance – am Beispiel der ISO 19600 (2015) Compliance-Managementsystem, in: *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)* 2015, S. 9 ff. (zit.: SCHERER/FURT, CCZ 2015).
- SCHIPANI, CINDY A.; Corporate Governance and Shareholder Remedies: The US Experience and Australia's Proposals for Reform, in: *Bond Law Review (Bond L. Rev.)* 1994 (6), S. 28 ff. (zit.: SCHIPANI, Bond L. Rev. 1994).
- SCHMID, JÖRG/STÖCKLI, HUBERT; Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2016 (zit.: SCHMID/STÖCKLI, OR BT).
- SCHNELLER, YVES; Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, St. Gallen 2006, zgl. Diss. Universität St. Gallen 2006 (zit.: SCHNELLER, Fusion).
- SCHNYDER, ANTON K./PORTMANN, WOLFGANG/MÜLLER-CHEN, MARKUS; Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2013 (zit.: SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht).
- SCHNYDER, ANTON K.; Corporate Governance und Internationales Wirtschaftsrecht, in: Kramer, Ernst A./Nobel, Peter/Waldburger, Robert (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Peter Böckli, Zürich 2006, S. 565 ff. (zit.: SCHNYDER, FS Böckli 2006).
- SCHWEIZER, MARK DANIEL; Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, Zürich 2005, zgl. Diss. Universität Zürich 2005 (zit.: SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen).
- SCHWENZER, INGEBORG; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2012 (zit.: SCHWENZER, OR AT).
- SCOTT, KENNETH E.; Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project, in: *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)* 1982–1983 (35), S. 927 ff. (zit.: SCOTT, Stan. L. Rev. 1982–1983).
- SEIBEL, MARK; Abgrenzung der «allgemein anerkannten Regeln der Technik» vom «Stand der Technik», in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2013, S. 3000 ff. (zit.: SEIBEL, NJW 2013).
- SETHE, ROLF/ANDREOTTI, FABIO; Compliance und Verantwortlichkeit, in: Isler, Peter/Sethe, Rolf (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII*, Zürich 2016, S. 87 ff. (zit.: SETHE/ANDREOTTI, Compliance).

- SETHE, ROLF/EGLE, CARLO; Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2016 (112), S. 492 ff. (zit.: SETHE/EGLE, SJZ 2016).
- SHADE, JOSEPH; Business Associations, 3. Aufl., St. Paul 2010 (zit.: SHADE, Business Associations).
- SHAPIRO, CAROLYN; Coding Complexity, Bringing Law to the Empirical Analysis of the, in: Hastings Law Journal (Hastings L. J.) 2009 (60), S. 477 ff. (zit.: SHAPIRO, Hastings L. J. 2009).
- SIEMS, MATTHIAS M.; Comparative Law, Cambridge 2014 (zit.: SIEMS, Comparative Law).
- SIEMS, MATTHIAS M.; Measuring the Immeasurable: How to Turn Law into Numbers, in: Faure, Michael/Smits, Jan [et al.] (Hrsg.), Does Law Matter? On Law and Economic Growth, Cambridge 2011, S. 115 ff. (zit.: SIEMS, Measuring).
- SIEMS, MATTHIAS M.; Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity, in: Cardozo Journal of International and Comparative Law (Cardozo J. Int'l & Comp. L.) 2005 (13), S. 521 ff. (zit.: SIEMS, Cardozo J. Int'l & Comp. L. 2005).
- SIFFER, RINO/TURIN, NICOLAS (HRSG.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013 (zit.: BEARBEITER/-IN, SHK HRegV, Art. ... Rn. ...).
- SMITH, ADAM; An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Band III, London 1789 (zit.: SMITH, Wealth of Nations).
- SOMMER, CHRISTA; Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich 2010, zgl. Diss. Universität Zürich 2010 (zit.: SOMMER, Treuepflicht).
- SPAMANN, HOLGER; Large-Sample, Quantitative Research Designs for Comparative Law?, in: American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.) 2009 (57), S. 797 ff. (zit.: SPAMANN, Am. J. Comp. L. 2009).
- SPAMANN, HOLGER; Monetary Liability for Breach of the Duty of Care? ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No 300/2015, 2015, abrufbar unter <<http://ssrn.com/abstract=2657231>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: SPAMANN, Liability).
- SPILLMANN, TILL; Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Zürich 2004, zgl. Diss. Universität Zürich 2004 (zit.: SPILLMANN, Institutionelle Investoren).

- SPINDLER, GERALD; Unternehmensorganisationspflichten, Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Göttingen 2011, zgl. Habil. Universität Frankfurt 1996 (zit.: SPINDLER, Unternehmensorganisationspflichten).
- SPITZ, PHILIPPE; Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, in: Schweizerische Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2003 (99), S. 165 ff. (zit.: SPITZ, SJZ 2003).
- STAEHELIN, ADRIAN/STAEHELIN, DANIEL/GROLIMUND, PASCAL; Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2013 (zit.: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht).
- STAEHELIN, ADRIAN/SUTTER, THOMAS; Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992 (zit.: STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht).
- STÖCKLI, JEAN-FRITZ; Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1994, S. 581 ff. (zit.: STÖCKLI, AJP 1994).
- STRÄTLING, REBECCA; Die Aktiengesellschaft in Grossbritannien im Wandel der Wirtschaftspolitik, Stuttgart 2000 (zit.: STRÄTLING, Aktiengesellschaft).
- STREULI-YOUSSEF, MAGDA; Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: von Büren, Roland/Davis, Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, SIWR Band V/1, Basel 1998, S. 83 ff. (zit.: STREULI-YOUSSEF, SIWR V/1).
- STRINE, LEO E. JR.; Towards a True Corporate Republic: A Traditionalist Response to Bebchuk's Solution for Improving Corporate America, in: Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 2006 (119), S. 1759 ff. (zit.: STRINE, Harv. L. Rev. 2006).
- SUTER, CLAUDIA; Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 2010, Diss. Universität St. Gallen 2010 (zit.: SUTER, Schaden).
- SUTTER-SOMM, THOMAS/HASENBÖHLER, FRANZ/LEUENBERGER, CHRISTOPH (HRSG.); Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013 (zit.: BEARBEITER/-IN, ZPO-Komm.).
- SUTTER-SOMM, THOMAS; Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2012 (zit.: SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht).
- TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC (HRSG.); Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2008 (zit.: BEARBEITER/-IN, CR CO II, Art. ... Rn. ...).
- TETTÉ, MICHAEL; Qualitätsmanagement nach ISO 9001:2015 und Umweltmanagement nach ISO 14001:2015 einheitlich managen, E-Book, Amazon (Kindle Edition) 2015 (zit.: TETTÉ, Qualitätsmanagement).

- TIEFNIG, YANNICK; *Le consommateur face au scandale Volkswagen*, in: *Strassenverkehr (SV)* 2016, S. 50 ff. (zit.: TIEFNIG, SV 2016).
- TRIGO TRINDADE, RITA; *Die Genossenschaft*, in: Grossen, Jacques-Michael/Meier-Hayoz, Arthur [et al.] (Hrsg.), *SPR Band VIII/5, Handelsrecht*, Basel 1998 (zit.: TRIGO TRINDADE, SPR VIII/5).
- UHLMANN, FELIX; «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, in: *Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL) (LeGes)* 2013/1, S. 89 ff. (zit.: UHLMANN, LeGes 2013/1).
- VASELLA, DAVID; *Die Haftung von Ratingagenturen*, Zürich 2011, zgl. Diss. Universität Zürich 2011 (zit.: VASELLA, Ratingagenturen).
- VAUTIER EIGENMANN, MURIEL; *La responsabilité civile pour la certification de produits et d'entreprises en droit suisse*, Zürich 2005, zgl. Diss. Universität Freiburg i. Ue. 2005 (zit.: VAUTIER EIGENMANN, Certification).
- VENETZ, PETRA; *Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht*, Zürich 2008, zgl. Diss. Universität Luzern 2007 (zit.: VENETZ, Suizidhilfeorganisationen).
- VENTORUZZO, MARCO/CONAC, PIERRE-HENRI/GOTO, GEN/MOCK, SEBASTIAN [et al.]; *Comparative Corporate Law*, St. Paul 2015 (zit.: VENTORUZZO/CONAC/GOTO/MOCK [ET AL.], *Comp. Corporate Law*).
- VERDE, MICHAEL; *Haftungsbegründung anhand strafrechtlicher Schutznormen*, in: *Haftung und Versicherung (HAVE)* 2016, S. 141 ff. (zit.: VERDE, HAVE 2016).
- VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT (VUR)/KELLER, HELEN (HRSG.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zürich 2004 (zit.: BEARBEITER/-IN, *Kommentar USG, Art. ... Rn. ...*).
- VISCHER, MARKUS M.; «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 2016, S. 1485 ff. (zit.: VISCHER, AJP 2016).
- VOGT, HANS-UELI/BÄNZIGER, MICHAEL; *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*, in: *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 2012, S. 607 ff. (zit.: VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012).
- VOGT, HANS-UELI/SCHÖNBÄCHLER, MARCEL; *Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden: Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009*, in: *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 2010, S. 246 ff. (zit.: VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010).

- VOGT, HANS-UELI; Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung – Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2009, S. 163 ff. (zit.: VOGT, GesKR 2009).
- VON BÜREN, LUCIE; Akkreditirete Zertifizierung im gesetzlich geregelten Bereich, Bern 2013, zgl. Diss. Universität Bern 2013 (zit.: VON BÜREN, Akkreditierte Zertifizierung).
- VON BÜREN, ROLAND/MARBACH, EUGEN/DUCREY, PATRIK; Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008 (zit.: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht).
- VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.; Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2011 (zit.: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts).
- VON BÜREN, ROLAND; Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Grossen, Jacques-Michael/Meier-Hayoz, Arthur [et al.] (Hrsg.), SPR Band VIII/6, Handelsrecht, Basel 2005 (zit.: VON BÜREN, SPR VIII/6).
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/HUNZIKER, SILVIA; Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006 (zit.: VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit).
- VON DER CRONE, HANS CASPAR; Aktienrecht, Bern 2014 (zit.: VON DER CRONE, Aktienrecht).
- VON GREYERZ, WERNER; Die Aktiengesellschaft, in: von Steiger, Werner (Hrsg.), SPR Band VIII/2, Handelsrecht, Basel 1982 (zit.: VON GREYERZ, SPR VIII/2).
- WAESPI, OLIVER; Organisationshaftung: Zwischen Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, Bern 2005, zgl. Diss. Universität Neuenburg (zit.: WAESPI, Organisationshaftung).
- WAGNER, KARL; Ausgestaltung von QM-Systemen auf Basis der ISO-9000-Reihe, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), Masing, Handbuch Qualitätsmanagement, 6. Auflage, München 2014, S. 180 ff., (zit.: WAGNER, Ausgestaltung).
- WALTER, HANS PETER; Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 73 ff. (zit.: WALTER, Ungereimtheiten).
- WATTER, ROLF/DUBS, DIETER; Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht Gestaltungsgrundsätze für die Selbstregulierung, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 10/2005, S. 743 ff. (zit.: WATTER/DUBS, ST 10/2005).

- WATTER, ROLF/SPILLMANN, TILL; Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2006, S. 94 ff. (zit.: WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006).
- WATTER, ROLF/TRUFFER, ROLAND A.; Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 ff. a OR): Klagen aus Schädigung der Gesellschaft im Konkurs, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 12/96, S. 1573 ff. (zit.: WATTER/TRUFFER, AJP 12/96).
- WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER (HRSG.), Basler Kommentar Börsengesetz/ Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basel 2010 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK BEHG, Art. ... Rn. ...).
- WEBER, ROLF H./BAUMANN, SIMONE; Neukonzeption der Rechtsprechungsordnung im Börsenwesen, Zürich 2012, (zit.: WEBER/BAUMANN, Neukonzeption).
- WILLIAMSON, OLIVER E.; Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication: A Study in the Economics of Internal Organization, New York 1975 (zit.: WILLIAMSON; Markets and Hierarchies).
- WILLIAMSON, OLIVER E.; The Economics of Discretionary Behavior: Managerial Objectives in a Theory of the Firm, Englewood Cliffs 1964 (zit.: WILLIAMSON, Discretionary Behavior).
- WILLIAMSON, OLIVER E.; The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations, The American Economic Review 1971 (61), S. 112 ff. (zit.: WILLIAMSON, Am. Econ. Rev. 1971).
- WILLISEGGER, DANIEL; Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012 (zit.: WIL- LISEGGER, Zivilprozess).
- WITHUS, KARL HEINZ; Die Angemessenheit eines CMS – eine rein juristische Bewertung oder anerkannter Stand von betriebswirtschaftlichen Grundsätzen?, in: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2015, S. 139 ff. (zit.: WITHUS, CCZ 2015).
- WYTTENBACH, MICHAEL; Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Basel 2013, zgl. Diss. Universität Basel 2012 (zit.: WYTTENBACH, Organbegriff).
- YEOH, DAVID; Who'd be a Director?, in: Business Law Review (BULA) 2012, S. 174 ff. (zit.: YEOH, BULA 2012).
- ZECH, RAINER; Qualitätsmanagement und gute Arbeit, Wiesbaden 2015 (zit.: ZECH, Qualitätsmanagement).
- ZIPPELIUS, REINHOLD; Das Wesen des Rechts, Stuttgart 2012 (zit.: ZIPPELIUS, Wesen).

- ZIPPELIUS, REINHOLD; Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, Berlin 1996 (zit.: ZIPPELIUS, Gerechtigkeit).
- ZIPPELIUS, REINHOLD; Rechtsphilosophie, München 2011 (zit.: ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie).
- ZOLLONDZ, HANS-DIETER; Die Entwicklung des Qualitätsmanagements im 20./21. Jahrhundert, in: Pfeifer, Tilo/Schmitt, Robert (Hrsg.), Masing, Handbuch Qualitätsmanagement, 6. Auflage, München 2014, S. 16 ff., (zit.: ZOLLONDZ, Entwicklung).
- ZWEIFEL, MARTIN/BEUSCH, MICHAEL [ET AL.] (HRSG.), Basler Kommentar Fusionsgesetz (FusG) und Kommentar Umstrukturierungen, Basel 2014 (zit.: BEARBEITER/-IN, BSK FusG, Art. ... Rn....).

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II S. 745 ff. (zit.: Botschaft Aktienrechtsreform 1983).

US Coast Guard, On Scene Coordinator Report Deepwater Horizon Oil Spill, Submitted to the Nation Response Team September 2011 <http://www.uscg.mil/foia/docs/DWH/FOSC_DWH_Report.pdf>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: USCG Report Deepwater Horizon 2011).

Pressemitteilung des Oberlandesgerichtes Braunschweig vom 8. August 2016: Landgericht Braunschweig erlässt Vorlagebeschluss im Zusammenhang mit den Schadensersatzklagen von Anlegern gegen die Volkswagen AG, <<http://www.oberlandesgericht-braunschweig.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/landgericht-braunschweig-erlaesst-vorlagebeschluss-im-zusammenhang-mit-den-schadensersatzklagen-von-anlegern-gegen-die-volkswagen-ag-145716.html>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: Pressemitteilung OLG Braunschweig vom 8. August 2016).

National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling, Deep Water, The Gulf Oil Disaster and the Future of Offshore Drilling, Report to the President, Januar 2011, <http://www.iadc.org/archived-2014-osc-report/documents/DEEPWATER_ReporttothePresident_FINAL.pdf>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: National Commission BP Deepwater Horizon, Report to the President 2011).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I S. 205 ff. (zit.: Botschaft Gesellschaftsrecht 1928).

Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II S. 1009 ff. (zit.: Botschaft UWG 1983).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 15. Februar 1995, BBl 1995 II S. 521 ff. (zit.: Botschaft THG 1995).

BP p.l.c.; Verified Environmental Statement 2010–2012, BP in the Gulf of Mexico, 2013, <<http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/sustainability/site-reports/BP-GOM-verified-environmental-statement-2013.pdf>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: BP p.l.c., Environmental Statement 2010–2012).

BP p.l.c.; BP Sustainability Report 2015, 2016, <<http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/sustainability/group-reports/bp-sustainability-report-2015.pdf>>, zuletzt

- besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: BP p.l.c., BP Sustainability Report 2015).
- BP p.l.c.; Q3 2016 Results, Presentation Slides and Script, <<http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/investors/bp-third-quarter-2016-results-presentation-slides-and-script.pdf>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: BP p.l.c., Q3 2016 Results).
- Volkswagen AG; Annual Report 2015, <http://annualreport2015.volkswagenag.com/servicepages/downloads/files/entire_vw_ar15.pdf>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: Volkswagen AG, Annual Report 2015).
- Volkswagen AG; Interim Report January-September 2016, <https://www.volkswagenag.com/presence/investorrelation/publications/interim-reports/2016/volkswagen/englisch/Q3_2016_e.pdf>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: Volkswagen AG, Interim Report January-September 2016).
- Medienmitteilung des Bundesrates, Änderung der Verordnung über die Datenschutzzertifizierungen, 30. September 2016 <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-09-30.html>>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. September 2016, Datenschutzzertifizierungen).
- Richtlinien über die Mindestanforderungen an ein Datenschutzmanagementsystem (Richtlinien über die Zertifizierung von Organisation und Verfahren) vom 19. März 2014, BBl 2014 S. 3137 ff. (zit.: Richtlinien DSMS 2014).
- ISO, The ISO Survey of Management System Standard Certifications 2015, Executive Summary, <http://www.iso.org/iso/the_iso_survey_of_management_system_standard_certifications_2015.pdf>, zuletzt besucht am: 31. Dezember 2016 (zit.: ISO, Survey 2015, Exec Summary).
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit.: Botschaft Aktienrechtsreform 2016).

Managementsysteme (wie sie etwa im Standard SN EN ISO 9001 dargelegt sind) und entsprechende Zertifizierungen finden bei der Führung von Unternehmen weite Verbreitung. Führungs- bzw. Organpersonen finden sich dabei mit Blick auf ihre Geschäftsführungsverantwortlichkeit vor haftungsent- aber auch -belastenden Argumenten. Das Werk behandelt die Relevanz von zertifizierten Managementsystemen auf die Haftungssituation von geschäftsführenden Organpersonen (insb. Verwaltungsräten) nach Schweizer Recht. Besondere Beachtung finden Ausführungen zu sog. Drittstandards (aussergesetzliche Regeln wie u.a. *Soft Law*) und zum Sorgfaltsbegriff.

Einführend wird auf die Ausgestaltung der aktienrechtlichen Geschäftsführungsverantwortlichkeit im Schweizer Recht eingegangen. Es zeigt sich, dass die über die letzten Jahre modifizierte «Raschein-Praxis» des Bundesgerichtes sich nunmehr auf ein dogmatisches Fundament setzen lässt, das diese obsolet macht. Eine Einbettung in die *Corporate Governance*-Perspektive und rechtsvergleichende Hinweise runden die Betrachtung ab.

ISBN 978-3-7190-4236-3

