

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Rolf Sethe, Peter R. Isler

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X

EIZ  Publishing



Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X von Rolf Sethe und Peter R. Isler wird unter Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2020 – CC BY-NC-ND

Herausgeber: Rolf Sethe, Peter R. Isler – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing

Produktion, Satz und Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

Cover: buch&netz

ISBN:

978-3-03805-xxx-x (Print – Softcover)

978-3-03805-xxx-x (PDF)

978-3-03805-xxx-x (ePub)

978-3-03805-xxx-x (mobi/Kindle)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-xxx>

Version: 0.73-20201218

Dieses Werk ist als buch & netz Online-Buch und als eBook in verschiedenen Formaten, sowie als gedrucktes Buch verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://buchundnetz.com/werke/verantwortlichkeit-im-unternehmensrecht-X/>.

Vorwort

Die vom Europa Institut Zürich regelmässig durchgeführte „Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht“ fand am 11. Februar 2020 zum zehnten Mal statt. Die Veranstalter haben bei der Themenwahl versucht, die sich aus der jüngeren Rechtsprechung ergebenden Grundsatzfragen des Verantwortlichkeitsrechts aufzugreifen. Ebenfalls behandelt wurden diejenigen gesetzlichen Änderungen, die sich für das Verantwortlichkeitsrecht aus den Reformen des Verjährungsrechts, der Aktienrechtsrevision und des Finanzmarktrechts ergeben haben.

Die in diesem Tagungsband zusammengefassten Beiträge zeigen die grosse Bandbreite des Verantwortlichkeitsrechts. Die gegenüber den Referaten noch vertieften und aktualisierten Aufsätze wollen mithelfen, offene Rechtsfragen zu beantworten und in einen systematischen Kontext zu stellen. Zugleich sollen sie eine Handreichung für Praktiker sein, die vor der konkreten Aufgabe stehen, in einem Fall die zivilrechtlichen Folgen des Verantwortlichkeitsrechts beurteilen zu müssen. In Bezug auf die Aktienrechtsrevision wurde an der Tagung der damalige Diskussionsstand der parlamentarischen Beratungen vorgestellt; die schriftliche Fassung des Referats behandelt die am 19. Juni 2020 verabschiedete endgültige Fassung der Aktienrechtsrevision (BBl 2020, 5573). Aufmerksame Leser dieser Schriftenreihe werden feststellen, dass der letzte, 2016 erschienene Tagungsband zum Verantwortlichkeitsrecht die Nummer VIII trägt. Die Referate der IX. Tagung sind in der ZSR 2/2018 abgedruckt.

Unser Dank gebührt unseren Referenten, die sich neben ihrem grossen Einsatz an der Tagung der Mühe unterzogen haben, ihr Referat schriftlich niederzulegen. Ausserdem danken wir dem bewährten Team des Europa Instituts, insbesondere Frau Irina Ruf und Frau Sue Osterwalder, für die Durchführung der Veranstaltung und für die Erstellung und Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im Oktober 2020

Rolf Sethe/Peter R. Isler

Inhaltsübersicht

Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen	9
<i>Dr. PETER R. ISLER, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	
<i>Dr. ERNST F. SCHMID, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	
Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen	41
<i>Dr. MARTIN WALDBURGER, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Lehmann & Waldburger, Zürich</i>	
Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, insbesondere bei Konkursverschleppung	121
<i>Dr. STEPHAN MAZAN, Oberrichter am Handelsgericht Zürich</i>	
Die Kausalität, ein neues Hindernis im Verantwortlichkeitsprozess? – Zur neueren Praxis des Bundesgerichts	137
<i>Dr. PETER REICHART, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Wartmann Merker, Zürich</i>	
Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen	163
<i>Prof. em. Dr. PETER FORSTMOSER, Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	
<i>Lic. iur. MARCEL KÜCHLER, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	

Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht

197

Prof. Dr. ROLF SETHE, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für
Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität
Zürich

Dr. LUKAS FAHLÄNDER, Rechtsanwalt, Habilitand an der
Universität Zürich

Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen

Martin Waldburger*

Inhalt

I. Ausgangslage	44
1. Prozesse gewinnt man mit dem Sachverhalt – und das ist gut so!.....	44
2. Bei Verantwortlichkeitsprozessen liegt der Sachverhalt oft zeitlich weit zurück – warum eigentlich?	46
a) In der Regel kein Zeitdruck aufgrund drohender Verjährung (in der Insolvenz)	46
aa) Relative Verjährungsfrist in der Insolvenz praktisch bedeutungslos	47
bb) Absolute Verjährungsfrist wirkt faktisch nur in die Vergangenheit („Periode Suspecte“)	48
cc) Fazit zur Verjährungssituation in der Insolvenz	49
dd) Pro Memoria: Die Décharge als (oft lediglich vermeintlicher) zeitlicher Schutz.....	49
b) Insolvenzverfahren oft als Vorbedingung eines Prozesses.....	51
c) Abwarten des Strafverfahrens durch die Klägerin.....	54
d) Prioritäre Aufgaben der Masse und komplexe Aufarbeitung des Sachverhaltes.....	54
e) „Tranchenweises“ Einklagen von Sachverhaltskomplexen	56
f) Bei aufrechtstehenden Unternehmen: Kontrollwechsel, Entlassung, interne Untersuchung	56
3. Zwischenfrage: Wem nützt der lange Zeitablauf mehr? Der Klägerin oder dem Beklagten?.....	58
4. Bei Verantwortlichkeitsprozessen ist der Sachverhalt oft ungewöhnlich komplex	59
5. Vor diesem Hintergrund: Die drei Hauptaufgaben des Prozessanwalts	60

* Erweiterte und überarbeitete Fassung des am 11. Februar 2020 an der 10. Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht gehaltenen Referats. Der Verfasser dankt Herrn Dr. iur. MANUEL BLATTER für die wertvolle Unterstützung.

II. Aufgabe 1: Etablierung des Sachverhaltes.....	61
1. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler	61
a) Zu frühe Selbst-Beschränkung auf Aufgabe 2 (Beweisbares) und Rechtliches.....	61
b) Bei Beklagten-Vertretern: Zu frühe Fokussierung auf die Geschichte der Klägerin.....	62
c) Zu starke zeitliche Eingrenzung.....	63
2. Die vier grundlegenden Erkenntnisquellen und deren ungleiche Verteilung	65
3. Exkurs: Neue und unbefriedigende Situation betreffend Aktenzugang für potentiell Beklagte in der Insolvenz	69
a) Traditionelle Sichtweise (Verantwortlichkeitsprozess begründet Aktenzugang).....	69
b) BGE 135 III 503 (Prüfung im Einzelfall)	70
c) Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2014 (PS140053) (ZPO verdrängt SchKG).....	71
d) BGE 141 III 281 (keine Einsicht in Konkursakten aufgrund Prozess).....	72
e) Einschränkende Lesart von BGE 141 III 281?.....	75
aa) Einschränkung auf eigentliche Konkursakten?	75
bb) Einschränkung auf laufende Prozesse?	76
cc) Einschränkung auf die reine „Nicht-Gläubigerstellung“.....	77
dd) Einschränkung auf die Revisionsstelle?.....	78
f) Mögliche Alternativen in einer Welt nach BGE 141 III 281?	78
aa) Prozessuale Editionsspflicht als Alternative?	79
bb) Vorsorgliche Beweisaufnahme als Alternative?.....	80
cc) Datenschutzrechtliche Ansprüche als Alternative?	82
dd) Materieellrechtlicher Anspruch aus Art. 715a OR als Alternative?	86
ee) Vertragliche Ansprüche (Verwaltungsratsvertrag) und „Handakten“?.....	90
ff) Beilagen des Prozessgegners (Klägerin).....	90
gg) Weitere Linderungsmöglichkeiten: „Kriegstagebuch“ und „Bericht des Klienten“	91
hh) Die Strafuntersuchung als „Segen“ für den Beklagten	92
4. Die oft grosse Bedeutung der Rechnungslegung (Expertise)	92
5. Die vorgelagerte Strafuntersuchung.....	93
III. Aufgabe 2: Beweismittel suchen, prüfen und evaluieren	97
IV. Aufgabe 3: Darlegung der für den Klienten günstigen Sachverhaltselemente vor Gericht	98
1. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler	98
2. Grundregel für mehrere Beklagte: Im Kern eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung.....	99
3. Darstellung aus damaliger Sicht	101

4.	Nur Beweisbares und nur rechtlich (offensichtlich) Relevantes?.....	104
a)	Was ist „relevant“?.....	105
b)	Auf der Suche nach rechtlicher Relevanz	106
c)	Beispiele.....	108
d)	Alternative Möglichkeit: Beilagen	109
5.	Lange und kurze Rechtsschriften – der Kampf mit der Informationsmasse	110
a)	Ausgangslage	110
b)	Kurze Klageschrift?	112
c)	Kurze Klageantwort?	114
d)	Substantiierung und Gutachten-Inhalt in separaten Modulen?.....	116
V.	Aufgabe 4: Auf das Geschehen Einfluss nehmen	117
	Literatur.....	118

I. Ausgangslage

i. Prozesse gewinnt man mit dem Sachverhalt – und das ist gut so!

Es ist eine von Prozessanwälten über Generationen gepredigte Binsenweisheit, dass man Prozesse „mit dem Sachverhalt gewinnt“.¹ Indem man ihn umfassend evaluiert und die günstigen Punkte verständlich und überzeugend präsentiert und beweist.

Das mag für manchen hoffnungsvollen Studienabgänger, der schliesslich fünf Jahre „Recht“ studiert hat, und nicht „Sachverhaltsaufbereitung“ oder „Archivdurchforstung“, etwas ernüchternd sein. Es entspricht aber natürlich durchaus der Lenkungs- und Gleichbehandlungsfunktion des Rechts, dass ein Urteil im wesentlichen nur davon abhängen soll, was sich zutrug („da mihi factum, dabo tibi ius“), und dass gleiche oder vergleichbare Sachverhalte auch gleich beurteilt werden – unabhängig von den vorgetragenen Rechtstheorien. Entsprechend ist auch der eng damit zusammenhängende Grundsatz „iura novit curia“ in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition tief verwurzelt,² und gilt seit 2008 vor Tatsacheninstanzen als eidgenössisches Recht (Art. 57 ZPO³).

Vielleicht, so mein Verdacht, gibt es in der Schweiz sogar eine besonders grosse richterliche Skepsis gegenüber Anwälten, die sich in geschliffener juristisch-dogmatischer Scharfsinnigkeit üben, und es „besser wissen wollen“ als das Gericht.⁴ Es ist kaum ein Zufall, dass es in unserem Land bis vor kurzem kantonale Zivilprozessordnungen gab, welche es den Anwälten ausdrücklich *untersagten*, sich zum Rechtlichen überhaupt schriftlich zu äussern.⁵ Natürlich haben rechtliche Ausführungen aus heutiger Sicht oft eine wichtige Funktion in anwaltlichen Rechtsschriften, auch bereits vor Tatsacheninstanzen. Und ohne umfassende Rechtskenntnis ist es ja auch nicht möglich, die für den

¹ Oder ihn – auch das ist eine wichtige Funktion des Prozessanwalts – vermeidet, wenn man erkennt, dass der Sachverhalt keinen für den Mandanten günstigen Ausgang erhoffen lässt.

² WIEGAND, 128 ff.

³ Vgl. bereits für die Zeit vor Erlass der eidgenössischen ZPO: Art. 63 Abs. 1 und 3 OG, BGE 109 II 260 E. 3d S. 262; Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2010 vom 30. August 2011 E. 2.3; vgl. auch Art. 16 IPRG.

⁴ Zu den „Anwälten, die alles besser wissen“ auch HAFTER, N 203 f.

⁵ Art. 159 Abs. 2 Satz 2 aZPO-SG: „Rechtliche Erörterungen sind nicht zulässig“. Während etwa in Deutschland die Zivilprozessordnung seit jeher gesetzlich fordert, dass die anwaltlichen Ausführungen „[d]as Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen“ haben (§ 137[2] ZPO; Hervorhebung beigelegt).

Standpunkt des Mandanten günstigen Sachverhaltselemente überhaupt zu erkennen und herauszuschälen – und die ungünstigen soweit möglich zu entkräften.

Aber es bleibt doch dabei: Während das Gericht über das Recht in aller Regel *viel* weiss, weiss es über den Sachverhalt zunächst *nichts*.⁶ Diese Lücke zu schliessen, ist die Hauptaufgabe des prozessierenden Anwaltes. Und davon soll dieser Beitrag handeln.

Beleuchtet wird dieser eher handwerkliche Aspekt der anwaltlichen Tätigkeit, zu dem es hierzulande erstaunlich wenig Literatur gibt,⁷ vor dem besonderen Hintergrund weit zurückliegender und komplexer Sachverhalte in Verantwortlichkeitsprozessen. Dabei werden die allgemeinen Spielregeln des Zivilprozesses als bekannt vorausgesetzt.⁸

Um seine Aufgabe erfüllen zu können, muss der prozessierende Anwalt natürlich zuerst einmal selbst herausfinden, was überhaupt passiert ist. Jedenfalls, und hier trifft er bereits auf die erste nachfolgend zu behandelnde Schwierigkeit, soweit dies die vorhandenen juristischen Instrumente und die Gegenseite zulassen. Denn man kann die Parömie „da mihi factum, dabo tibi ius“ selbstverständlich auch umkehren: „Wenn ich dir den Zugang zu den Fakten verwehre, wirst du auch keinen Zugang zum Recht haben“. Anschliessend muss der Anwalt diese Fakten dem Gericht in einer Art und Weise präsentieren, welche die Position seines Klienten stärkt.

Als Ausgangspunkt ist es m.E. hilfreich, zunächst zu überlegen, weshalb im Verantwortlichkeitsrecht oft speziell weit zurückliegende und komplexe Sachverhalte zur Beurteilung stehen. Und zu fragen, welche der dazu beitragenden Faktoren unabänderlich sind, und welche zur taktischen Disposition der Parteien stehen. Und inwieweit sie eher der Klägerin oder dem Beklagten nützen.

⁶ Oder in öffentlichkeitsträchtigen Fällen manchmal *Falsches* (vgl. dazu unten, IV.3).

⁷ Immerhin seit einigen Jahren das bahnbrechende Werk von PETER HAFTER. Empfehlenswert (und über weite Strecken sehr unterhaltend geschrieben) ist – trotz der vielen amerikanischen Spezialitäten, die nicht ungeprüft übernommen werden können – auch das Buch, welches der Sprachwissenschaftler BRYAN A. GARNER zusammen mit dem ehemaligen Supreme Court Justice ANTONIN SCALIA verfasste.

⁸ Also insbesondere die allgemeinen Anforderungen an die Sachverhaltspräsentation nach den Regeln der ZPO (behaupten, beweisen, bestreiten, substantiieren) und den Ablauf eines Zivilprozesses, ebenso wie die sich allgemein und in allen Zivilprozessen nach der Verhandlungsmaxime stellenden praktischen Fragen und Probleme.

2. Bei Verantwortlichkeitsprozessen liegt der Sachverhalt oft zeitlich weit zurück – warum eigentlich?

Es ist eine Tatsache: Bei Verantwortlichkeitsprozessen, insbesondere solchen, bei denen es um mehr geht als um den simplen „Griff in die Kasse“ durch den Patron in KMU-Verhältnissen⁹ oder eine verspätete Bilanzdeponierung,¹⁰ liegt der Sachverhalt oft bereits weit zurück, wenn die Organe *erstmalig* zivilprozessual mit konkreten Vorwürfen konfrontiert werden.

Als (extremes) Beispiel kann der in BGer 4A_268/2018 beurteilte Sachverhalt dienen: Die Klage wurde am 26. April 2013 eingereicht. Die Klägerin stützte ihren Anspruch unter anderem auf angebliche Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit einer konzerninternen Umstrukturierung in den Jahren 1996/97 sowie dem Erlass eines Finanzierungshandbuchs im Jahr 1999. Die Klage wurde somit *17 Jahre*, nachdem diese angeblichen Pflichtverletzungen stattgefunden haben sollen, eingereicht. Das letztinstanzliche Urteil erging dann am 18. November 2019, also 23 Jahre nach der gerügten Umstrukturierung. Die Gründe für diese Ausgangslage sind unter anderem folgende:

a) *In der Regel kein Zeitdruck aufgrund drohender Verjährung (in der Insolvenz)*

Gemäss Art. 760 Abs. 1 OR verjähren Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit binnen fünf Jahren von dem Tage an, an welchem die geschädigte Person¹¹ Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflicht-

⁹ Diese Verfahren machen einen nicht unerheblichen Teil der publizierten Fälle aus. Der vorliegende Beitrag befasst sich aber schwerpunktmässig mit Konstellationen, in denen es um die eigentliche *Unternehmensführung* geht.

¹⁰ Auch bei den relativ häufigen Fällen des Verspätungsschadens liegt der umstrittene Sachverhalt im übrigen aber oft weit zurück: Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2015 vom 19. April 2016 zur Frage, ob in einem Revisionsbericht vom 6. Juni 1997 auf eine angebliche Überschuldung hätte hingewiesen werden müssen. Die Klage wurde am 5. August 2007, also mehr als *zehn Jahre* später, eingereicht. Das letztinstanzliche Urteil erging am 19. April 2016, also fast 20 Jahre später. Ähnlich Urteil des Bundesgerichts 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016: Vorgeworfen war die unterlassene Bilanzdeponierung am 12. Februar 2004, die Klageeinreichung erfolgte am 20. Januar 2012, also fast acht Jahre später, und das letztinstanzliche Urteil erging am 6. Januar 2016, zwölf Jahre später.

¹¹ Zur Geschlechterbezeichnung in diesem Aufsatz: Im Interesse der Lesbarkeit wird in der Regel nur entweder das Maskulinum oder das Femininum verwendet, wobei Personen des jeweils anderen Geschlechts mit gemeint sind. Im Interesse der gleichmässigen Berücksichtigung und vor dem Hintergrund der heute bestehenden statistischen Ausgangslage (Klägerinnen sind meistens Gesellschaften oder Konkurs- bzw. Nachlassmassen, Beklagte noch immer überwiegend männliche Organe), wird im Normalfall von „der Klägerin“ und „dem Beklagten“ gesprochen.

tigen erlangt hat („relative Verjährungsfrist“), jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet („absolute Verjährungsfrist“).

Diese Bestimmung wirkt auf den ersten Blick unspektakulär. Ihre konkrete gerichtliche Handhabung in der Insolvenz, kombiniert mit der Möglichkeit der potentiellen Klägerin, die Verjährung relativ einfach, risikolos und beliebig oft zu unterbrechen, führen im Ergebnis aber zu einer Situation, welche das Einklagen von sehr lange zurückliegenden Sachverhalten ausserordentlich begünstigt:

aa) Relative Verjährungsfrist in der Insolvenz praktisch bedeutungslos

Lehre und Rechtsprechung sind einhellig der Auffassung, dass die fünfjährige, relative Verjährungsfrist bei Konkursen frühestens mit der Konkurseröffnung (bzw. sogar erst mit der Auflage von Kollokationsplan und Inventar)¹² und bei Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung mit der gerichtlichen Bestätigung des Nachlassvertrages¹³ zu laufen beginnt.

Das heisst, dass in der Insolvenz das Gedächtnis der Gesellschaft für Verjährungszwecke quasi „gelöscht“ wird: Alle Sachverhalte, die sich in der *Vergangenheit* zutragen (im Prinzip bis in die Ewigkeit zurück), können aus Sicht der relativen Verjährungsfrist noch während fünf Jahren nach der Insolvenz eingeklagt werden. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁴ ausdrücklich auch für die Abtretungsgläubiger im Konkurs nach Art. 260 SchKG.¹⁵ Und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob die entsprechenden Tatsachen der Gesellschaft, dem Aktionariat oder sogar einer breiteren Öffentlichkeit bereits seit Jahren bekannt waren.

Da die relative Verjährungsfrist zudem für die *Zukunft* beliebig oft unterbrochen werden kann (durch einfache Betreuung, Schlichtungsgesuch oder Ein-

¹² BGE 136 III 322 E. 4.4 S. 331; BGE 122 III 195 E. 9c S. 202 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 5; BÄRTSCHI, 328 f.; BÖCKLI, 328 f., § 18 N 470.

¹³ Urteil des Handelsgericht Zürich vom 26. Januar 2015, HG120149 E. 2.4.2; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 5; BÖCKLI, § 18 N 470.

¹⁴ BGE 136 III 322 E. 4.4 S. 331 mit Hinweis auf BGE 122 III 195 E. 9c: „Keinesfalls aber kann die fünfjährige (relative) Verjährungsfrist für Verantwortlichkeitsansprüche der Gesamtheit der Gläubiger, welche einem Gesellschaftsgläubiger nach Art. 260 SchKG abgetreten wurden, einsetzen, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde.“

¹⁵ Den Abtretungsgläubigern wird allerdings im Rahmen der Abtretung der Ansprüche mit dem Formular 7 K von der Konkursverwaltung eine (üblicherweise erstreckbare) Frist zur Klageeinreichung angesetzt.

holen eines Verjährungsverzichts),¹⁶ führt diese Sichtweise dazu, dass diese Verjährungsfrist ab der Insolvenz auch gegen „vorne“, in die Zukunft, keine finale zeitliche Limite setzt.

Im Resultat entfaltet die *relative Verjährungsfrist* in der *Insolvenz* und bei einer sorgfältig handelnden Klägerin somit *keinerlei zeitliche Begrenzungswirkung*.¹⁷ Um es drastisch auszudrücken: Aus Sicht der relativen Verjährungsfrist könnten, wenn man die heute herrschende Auffassung in jedem Fall zum Nennwert nimmt, Sachverhalte, die einhundert Jahre vor der Insolvenz geschahen, noch einhundert Jahre nach der Insolvenz eingeklagt werden.

bb) Absolute Verjährungsfrist wirkt faktisch nur in die Vergangenheit („Periode Suspecte“)

Einen gewissen Schutz der Beklagten gegen „hinten“, in die Vergangenheit, bietet lediglich die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren. Sie beginnt mit dem Tag der schädigenden Handlung zu laufen, bzw. – bei vorgeworfenen Unterlassungen – am Tag, an dem *letztmals* hätte pflichtgemäss gehandelt werden müssen, um die Entstehung des Schadens zu vermeiden.¹⁸

Haben die Organe für mehrere Handlungen oder Unterlassungen einzustehen, beginnt für jede dieser Handlungen/Unterlassungen die absolute Verjährung gesondert zu laufen.¹⁹ Bei den – in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen häufigen – Fällen von fortgesetzten Handlungen oder Unterlassungen beginnt die absolute Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, an dem das fehlerhafte Verhalten geendet hat.²⁰

¹⁶ Vgl. Art. 135 und Art. 141 OR.

¹⁷ Daran dürfte auch die auf 1. Januar 2020 in Kraft getretene Änderung im Wortlaut von Art. 760 OR nichts geändert haben, ebenso wenig wie die mit der Aktienrechtsreform bevorstehende Verkürzung der relativen Verjährungsfrist von 5 auf neu 3 Jahre (Art. 760 Abs. 1 E-OR).

¹⁸ BÖCKLI, § 18 N 471 vgl. auch BÄRTSCHI, 330; FORSTMOSER, N 514; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 4.2, zur Bestimmung des Zeitpunkts einer pflichtwidrigen Unterlassung, dort im Zusammenhang mit der zeitlichen Wirkung einer Décharge. Seit dem 1. Januar 2020 beginnt die Frist auch gemäss Gesetzestext nun ausdrücklich „vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.“

¹⁹ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 513.

²⁰ Urteil des Bundesgerichtes 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichtes 4A_67/2008 vom 27. August 2009 E. 7.3; Urteil des Bundesgerichtes 4A_65/2008 vom 3. August 2009 E. 9.2; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. März 2018, HG130073, E. 2.2; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 4; BÖCKLI, § 18 N 472. Seit dem 1. Januar 2020 nimmt Art. 760 Abs. 1 OR nun ausdrücklich auf das Ende des pflichtwidrigen Verhaltens Bezug.

Auch die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren kann – was im übrigen nicht immer als selbstverständlich galt²¹ – für die Zukunft beliebig oft unterbrochen werden, und es ist davon auszugehen, dass eine diligente Konkurs- oder Nachlassverwaltung dies ziemlich bald nach der Insolvenzeröffnung tun wird. Im Resultat schützt die absolute Verjährungsfrist die Organe in der Insolvenz daher lediglich, wenn der entsprechende Sachverhalt mehr als zehn Jahre vor der Insolvenz abgeschlossen war.

cc) *Fazit zur Verjährungssituation in der Insolvenz*

Man kann somit etwas vereinfacht sagen, dass die zivilrechtlichen²² Verjährungsregeln in der Regel lediglich eine Art „Periode Suspecte“²³ von zehn Jahren vor der Insolvenz etablieren. Die Klägerin kann sich – bei korrekter Verjährungsunterbrechung – für das Einklagen aller Handlungen und Unterlassungen, welche innerhalb dieses Zeitraumes geschahen, beliebig lange Zeit lassen.

dd) *Pro Memoria: Die Décharge als (oft lediglich vermeintlicher) zeitlicher Schutz*

Auf den ersten Blick einen gewissen Schutz gegen lange zurückliegende Klagen bietet Art. 758 Abs. 2 OR (Décharge): Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet eine gültige Décharge einen materiellrechtlichen Verzicht der Gesellschaft auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.²⁴ Damit wären Klagen auf Ersatz des Gesellschaftsschadens ab dem Zeitpunkt der Décharge (bzw. für die nicht zustimmenden Aktionäre nach Ablauf einer 6-Monatsfrist²⁵) an sich ausgeschlossen.

²¹ Vgl. BGE 112 II 231 E. 3e/aa S. 232 f., wo das Bundesgericht die damals umstrittene Möglichkeit zur Unterbrechung der absoluten Verjährungsfrist nach der im wesentlichen parallelen Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 OR bejahte (bestätigt in BGE 123 III 213 E. 6/a S. 219).

²² Die Frist kann sich bei strafrechtlich relevanten Vorwürfen noch verlängern: Art. 760 Abs. 2 OR; vgl. dazu BÄRTSCHI, 330 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 760 OR, N 9; FORSTMOSER, N 498 und 523.

²³ In freier Anlehnung an die Terminologie bei den Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG).

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2014 vom 5. August 2014 E. 6.3; vgl. auch BGE 131 III 640 E. 4.2.1 S. 644.

²⁵ Diese Frist soll mit der laufenden Aktienrechtsrevision auf zwölf Monate ausgedehnt werden und künftig während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung sowie während deren Durchführung stillstehen (Art. 758 Abs. 2 E-OR).

Das soll aber nach der herrschenden²⁶ – wenn auch nicht ganz unbestrittenen²⁷ – Auffassung gerade im häufigsten Fall nicht gelten, in welchem ein Gesellschaftsschaden²⁸ eingeklagt wird: nämlich bei einer Klage der Gläubigergesamtheit oder einzelner Abtretungsgläubiger in der Insolvenz. Damit verliert die Décharge ausgerechnet in jener Konstellation, in welcher (a) die Gefahr einer Klage in der Praxis besonders gross ist, und in der (b) die Verjährungssituation den Beklagten am wenigsten Schutz vor der Geltendmachung lange zurückliegender Sachverhalte bietet (vgl. vorstehend, I.2.a), weitestgehend ihre Schutzwirkung: nämlich in der Insolvenz.

Auch in den übrigen Konstellationen verspricht die Décharge im übrigen oft mehr, als sie hält: Sie wirkt überhaupt nicht bei einem direkten Schaden von Gläubigern²⁹ und gegenüber der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären nur für „bekanntgegebene Tatsachen“ (Art. 758 Abs. 1 OR).³⁰ Ausserdem wirkt sie nur für Pflichtverletzungen im Zeitraum, für den die Décharge erteilt wurde (unabhängig vom Auswirkungszeitraum).³¹ Und schliesslich haben Personen, welche „in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben“ (Art. 695 OR), kein Stimmrecht bei der Décharge – was der gültigen Déchargeerteilung in kleineren Verhältnissen sowie bei Konzern-Untergesellschaften oft enge Grenzen setzt.³² In Konzernverhältnissen, in denen nicht selten argumentiert wird, die formellen und materiellen Organe der Oberge-

²⁶ BGE 142 III 23 E. 4.4 S. 34; BGE 136 III 148 E. 2.5 S. 151; BGE 132 III 342 E. 4.1 S. 349; BÄRTSCHI, 323 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 135; OULEVEY, 226; VON DER CRONE, § 12 N 124; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Verantwortlichkeit, 69.

²⁷ Vgl. die Kritik bei GRAF, 391 f.; ISLER/SCHOTT, 218 und 224.

²⁸ Gläubigergesamtheit und Abtretungsgläubiger klagen in der Insolvenz nicht den Schaden der Gläubigergesamtheit ein, sondern jenen der Gesellschaft: BGE 142 III 23 E. 4.3 S. 32; BGE 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570.

²⁹ BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 4; FORSTMOSER, N 29.

³⁰ Wobei im einzelnen umstritten ist, ob die Aktionäre von den Tatsachen tatsächlich Kenntnis haben mussten, oder ob es reicht, dass diese *erkennbar* waren (siehe dazu BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 3; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, Déchargebeschluss, 337).

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_155/2014 E. 6.3 vom 5. August 2014 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 6.3, BÖCKLI, § 18 Rz 451c.

³² Rechtsfolge der Mitwirkung von gemäss Art. 695 OR nicht stimmberechtigten Personen am Déchargebeschluss ist zwar grundsätzlich lediglich dessen Anfechtbarkeit (BÖCKLI, §18 N 455b). Einige Stimmen in der Lehre gehen jedoch unter gewissen Voraussetzungen von dessen Nichtigkeit aus (BaK-GERICKE/WALLER, Art. 695 OR, N 8; FORSTMOSER, N 430 und Fn. 834; ISLER/SCHOTT, 211).

sellschaft hätten als faktische Organe der Tochtergesellschaften auch für den dort entstandenen Schaden einzustehen, sind zudem die Schwierigkeiten der Déchargeerteilung an faktische Organe zu beachten.³³

b) *Insolvenzverfahren oft als Vorbedingung eines Prozesses*

Ein weiterer Grund für den oft langen Zeitraum, der zwischen den tatsächlichen Ereignissen und der Klageeinleitung verstreicht, liegt darin, dass Pflichtverletzungen der Organe regelmässig überhaupt erst nach Eintritt der Insolvenz geltend gemacht werden (können).

Verantwortlich dafür sind verschiedene rechtliche und tatsächliche Eigenarten der schweizerischen Ausgangslage, welche den Klagewillen oder die Klagemöglichkeit der drei Anspruchsgruppen (Aktionäre, Gläubiger, Gesellschaft) ausserhalb der Insolvenz stark hemmen. Darunter die folgenden: Weil *Aktionäre* bei aufrechtstehenden Gesellschaften in aller Regel³⁴ nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen können (Art. 756 OR), fehlt ihnen im Normalfall der ökonomische Anreiz zur Einreichung einer Klage.³⁵ Die *Gläubiger* entfallen bei aufrechtstehenden Gesellschaften aus rechtlichen Gründen praktisch vollständig als mögliche Kläger.³⁶ Und die *Gesellschaft* selbst könnte zwar den durch ein Fehlverhalten der Organe bei ihr eingetretenen Schaden bereits vor

³³ Die Décharge kann zwar nach der wohl herrschenden Lehrmeinung grundsätzlich auch einem faktischen Organ erteilt werden (BaK-GERICKE/WALLER, Art. 758 OR, N 2; HINSEN, 543; VON DER CRONE, § 12 N 121). Dazu müssten die faktischen Organe sowie ihre Organtätigkeit jedoch der Generalversammlung bekannt gegeben werden, was in der Praxis regelmässig zu Schwierigkeiten führen dürfte (so ISLER/SCHOTT, 201; vgl. auch FORSTMOSER, N 455 und Fn. 893a, welcher die Entlastung faktischer Organe „in der Regel“ ablehnt, da deren Verwaltungstätigkeit der Generalversammlung nicht bekannt sein dürfte; ebenso OULEVEY, 107 f.). Was dieses „Bekanntgeben“ im Konzern, in welchem die Generalversammlung (Muttergesellschaft) ja üblicherweise über die Konzernorganisation im Bilde ist, genau voraussetzt, ist aber soweit ersichtlich ungeklärt.

³⁴ Die in der Bundesgerichtspraxis erwähnten Ausnahmen (unmittelbarer Aktionärsschaden ohne Gesellschaftsschaden, vgl. etwa BGE 142 III 23 E. 4.2.2 S. 31 f.; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311) fristen bisher ein eher akademisches Dasein.

³⁵ Der klagende Aktionär trägt direkt und allein die Aufwendungen und Risiken einer Klage, profitiert aber beim Obsiegen *nicht direkt* – und bei mehreren Aktionären auch *nicht allein* („Trittbrettfahrer“-Problem) – vom möglichen Erfolg. Entsprechend selten sind solche Klagen.

³⁶ Vgl. Art. 756 OR. Was das Klagerecht der Gläubiger für ihren eigenen, unmittelbaren Schaden ohne Gesellschaftsschaden betrifft, gilt praktisch dasselbe wie für den unmittelbar geschädigten Aktionär (vgl. oben, Fn. 34).

Eintritt einer Insolvenz einklagen, aber traditionell waren solche Klagen bisher in der Schweiz aus einer Reihe von – teilweise wohl auch kulturellen – Gründen³⁷ selten.

Auch wenn sich bezüglich des letzten Punktes mit Blick auf jüngere Vorkommnisse vielleicht eine gewisse Trendwende abzeichnen könnte (vgl. unten, I.2.f)), wird das typische Verantwortlichkeitsverfahren in der Schweiz nach wie vor von der Insolvenzmasse oder von einzelnen Abtretungsgläubigern (Art. 260 SchKG) gestartet, *nachdem* die Gesellschaft in die Insolvenz fiel.³⁸ Erst dann ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlich überhaupt möglich, dass die Gläubiger (bzw. die Gläubigersamtheit handelnd durch die Insolvenzmasse) Klage auf Ersatz des *Gesellschaftsschadens* erheben.³⁹

Man könnte daher in Anlehnung an die Strafrechtsterminologie der „objektiven Strafbarkeitsbedingung“⁴⁰ sagen, dass die *Insolvenz* rein faktisch (aber natürlich nicht rechtlich) betrachtet bisher weitgehend eine „objektive Haftbarkeitsbedingung“ der Organe bildet(e). Und zwar eben nicht nur – wie man erwarten würde – für einen möglichen Schaden, den die Gläubiger als Folge der Insolvenz erlitten, sondern auch für den *lange vor Eintritt der Insolvenz* gestifteten *Gesellschaftsschaden*.

³⁷ Vgl. dazu etwa VON DER CRONE/BAUM, 290 ff. Ins Feld geführt wird z.B. oft, dass es für die Gesellschaft und ihre Aktionäre (und den Aktienkurs) ungünstig sein könne, wenn mögliches Fehlverhalten der Organe öffentlich prozessual ausdiskutiert wird. Weil damit oft auch ein Fehlverhalten der Gesellschaft selbst (als juristischer Person) verbunden ist, könnten solche Prozesse zudem zu Klagen und Aufsichtsverfahren (auch in anderen Jurisdiktionen, z.B. in den USA) führen, welche für die Gesellschaft und die Gesamtheit der Aktionäre Risiken bergen, welche den möglichen Gewinn aus einem Verantwortlichkeitsverfahren nicht aufwiegen. Zudem stellt sich dann die Frage der Verletzung einer Aufsichtspflicht (und der solidarischen Haftung) jener Exekutiv-Organe, welche in das Fehlverhalten nicht direkt involviert waren – und welche nun die Klage anstrengen sollten. Darüber hinaus besteht aber gemäss meinem subjektiven Eindruck wohl auch eine ganz allgemeine, oft unausgesprochene Hemmung, „schmutzige Wäsche“ (auch betreffend die Vorgänger-Organe) in der Öffentlichkeit zu waschen.

³⁸ Vgl. etwa die Darstellung der grösseren Verantwortlichkeitsklagen der letzten 20 Jahre bei FABIAN AKERET.

³⁹ BGE 142 III 23 E. 4.3 S. 32. Die vom Bundesgericht daneben noch einen Spalt weit offen gelassene Möglichkeit einer Klage der Gläubiger aus eigenem Recht in der Insolvenz (für den von ihnen unmittelbar erlittenen Schaden; 142 III 23 E. 4.3 S. 33) ist bisher eher Futter für Lehrbücher als für Gerichtsverfahren.

⁴⁰ So wie die Konkursöffnung (bzw. der ausgestellte Verlustschein) eine bildet, für die Mehrheit der Konkursdelikte (vgl. dazu und zum Begriff: BaK-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} StGB, N 8 ff.).

Das führt dazu, dass in vielen Gesellschaften fragwürdiges Organverhalten „schlummert“, das nie gerichtlich überprüft wird, allein deshalb, weil die Gesellschaft nicht in die Insolvenz fällt.⁴¹ Fällt sie dann aber – vielleicht aus einem *völlig anderen Grund* – in die Insolvenz, geraten diese alten Tatsachen ins grelle Scheinwerferlicht: Denn sie werden nun zur Quelle möglicher Verlustminderung der Gläubiger in der Insolvenz.⁴² Jetzt beugen sich klagewillige Juristenköpfe über manchmal längst vergessen geglaubte Protokolle, Strategiepräsentationen und Rechnungslegungsdokumente der vergangenen zehn Jahre vor dem Konkurs (vgl. zu dieser „Periode Suspecte“ oben, I.2.a)cc)).

Dabei setzt die bloss *Eröffnung* der Insolvenz die Klägerinnen faktisch und rechtlich meistens noch nicht in eine genügende Ausgangslage, um eine Klage anzuheben.⁴³ Die Höhe des Schadens etwa, den die Insolvenzmasse geltend machen kann, ist oft abhängig von Ereignissen nach der Insolvenz (vgl. dazu I.2.d) unten) sowie vom Ausgang des Kollokationsverfahrens und der Verwertung gewisser Aktiven.⁴⁴ Das Insolvenzverfahren muss somit vor der Klage nicht nur eröffnet, sondern oft auch schon ein gutes Stück weit *durchgeführt* sein. Auch das nimmt Zeit in Anspruch.

Auch die einzelnen Gläubiger, welche ohne Mitwirkung der Insolvenzmasse, auf eigene Faust losziehen wollen, sind für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens darauf angewiesen, dass das Insolvenzverfahren zunächst durchgeführt (und finanziert!) wird: Das Bundesgericht legt Art. 757 Abs. 2

⁴¹ So ist es zum Beispiel bemerkenswert, dass im Gefolge der Finanzkrise von 2007 und der Unruhen im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis, in deren Zusammenhang das Organverhalten bei einzelnen Instituten in der Öffentlichkeit und teilweise auch vom Regulator heftig gerügt wurde, und in deren Rahmen Schweizer Banken zu Verlusten in zweistelliger Milliardenhöhe gelangten, soweit ersichtlich keine Organe zivilrechtlich eingeklagt wurden, unter Schweizer Recht. Es fehlte (auch aufgrund des Eingreifens der öffentlichen Hand mit Steuergeldern) schlicht an der Insolvenz.

⁴² Speziell günstig ist die Anreizsituation für die Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG. Sie sind für den erhofften Klagebetrag gegen die Organe im Erfolgsfall noch vor den Erstklass-Gläubigern privilegiert, und bilden im Konkurs quasi eine „nullte Klasse“, bis zum Betrag ihrer kollozierten Forderung, indem sie den Prozesserlös bis zu jenem Betrag zu 100% behalten dürfen (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Und zwar auch für Schäden, welche mit ihrer Stellung als Gläubiger nichts zu tun haben.

⁴³ Und Eile ist nach dem unter I.2.a) Gesagten in der Regel nicht geboten.

⁴⁴ Zwar erlaubt die in BGE 111 II 164 E. 1b–c S. 167 f. begründete Praxis es der Masse in gewissen Konstellationen, einen Schaden auch bereits einzuklagen, bevor feststeht, wie hoch dessen definitive Höhe nach erfolgter Verwertung der Aktiven dereinst sein wird. Auch hier dürfte bei richtiger Betrachtung aber zumindest gefordert sein, dass das Kollokationsverfahren abgeschlossen ist.

OR, wonach jeder Gläubiger⁴⁵ zur Klage berechtigt sei, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche „verzichte“, so aus, dass dieser „Verzicht“ im Rahmen eines durchgeführten Konkursverfahrens mit Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG erfolgen muss – und nicht etwa, wie der Wortlaut durchaus auch nahe legen könnte, durch einen Verzicht auf die Durchführung des Konkursverfahrens (mangels Aktiven).⁴⁶ Zur sicheren Etablierung der Aktivlegitimation und um zu wissen, bis zu welchem Betrag die entsprechende Klägerin bei der Abrechnung eines möglichen Prozessgewinns privilegiert ist (und es sich also zu klagen lohnt), ist zudem faktisch eine definitive Kollokation der entsprechenden Gläubigerin erforderlich.⁴⁷

c) *Abwarten des Strafverfahrens durch die Klägerin*

Häufig stehen bei komplexen Verantwortlichkeitsklagen auch strafrechtlich relevante Vorwürfe im Raum. In der Regel entscheiden sich potentielle Klägerinnen, den Ausgang dieses Strafverfahrens – welches bei Wirtschaftsstraffällen jahrelang dauern kann – abzuwarten (und soweit rechtlich möglich daran teilzunehmen), bevor sie zivilrechtliche Klage erheben (vgl. zur Rolle des Strafverfahrens bei der Aufarbeitung des Sachverhaltes unten, II.5). Auch das führt zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen.

d) *Prioritäre Aufgaben der Masse und komplexe Aufarbeitung des Sachverhaltes*

Ein weiterer Grund für die lange Zeit, die in der Insolvenz oft zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und einer Klage (und damit auch zwischen den relevanten Ereignissen und einer Klage) verstreicht, liegt darin, dass die Insolvenzmasse gerade in grösseren und komplexen Fällen ihre hauptsächliche und dringendste Aufgabe zunächst nicht in der Führung von Verantwortlichkeitsklagen sieht, und auch nicht in der zur Vorbereitung notwendigen Erstellung von Inventar und Kollokationsplan:

⁴⁵ Und zumindest dem Buchstaben nach auch jeder Aktionär.

⁴⁶ BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 9.3.4; BaK-BERTI, Art. 260 SchKG, N 26.

⁴⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann zwar jeder kollozierte Gläubiger die Abtretung verlangen, solange seine Forderung nicht aufgrund einer Kollokationsklage (Art. 250 SchKG) definitiv aus dem Kollokationsplan entfallen ist (BGE 145 III 101 E. 4.1.1 S. 104; BGE 138 III 628 E. 5.3.2 S. 634; BGE 128 III 291 E. 4c/aa S. 293). Bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Zulassung des Abtretungsgläubigers ist die Abtretung aber auflösend bedingt (BGE 128 III 291 E. 4c/aa S. 293; BGE 111 II 81 E. 3a S. 83; Entscheid der Chambre de surveillance Genf vom 3. Mai 2018, E. 2.2, zitiert in: BLSchK 2019, 74; BaK-BERTI, Art. 260 SchKG, N 28), was die Konkursverwaltung in der Abtretungsverfügung ausdrücklich anordnen kann (Urteil des Bundesgerichts 7B.206/2005 vom 2. Februar 2006 E. 4).

Oft muss in solchen grossen Fällen am Anfang primär das „Unternehmen“ operativ weitergeführt werden und der Insolvenzverwalter sieht sich zunächst eher in der Rolle eines CEO. Es müssen die Beteiligungen überwacht, Rechte und Bewilligungen gewahrt, mögliche Käufer für Unternehmensteile gefunden und evaluiert und die ganzen aufwendigen M&A-Arbeiten mit Verkäufer-Due Diligence und Vertragsverhandlungen erledigt werden. Verträge müssen abgewickelt, neu abgeschlossen, gekündigt oder geändert, Vergleiche über umstrittene Forderungen geschlossen werden, etc. Dies alles, um die Wert-erhaltung im Interesse der Gläubiger sicherzustellen und unter einem gewissen Zeitdruck, da der Zeitraum unter der Kuratel einer Insolvenzmasse üblicherweise nicht dazu geeignet ist, den Wert eines Unternehmensteils oder anderer Aktiven (zu denen auch die Immaterialgüterrechte, insbesondere die sensiblen Markenrechte gehören) zu steigern. In Konzernverhältnissen ist zudem das Konzern-Geflecht zu „entwirren“ und die verschiedenen Insolvenzmassen – die nun oft von unterschiedlichen Insolvenzverwaltern geführt werden, manchmal in unterschiedlichen Jurisdiktionen – müssen sich gegenseitig über ihre Forderungen auseinandersetzen und es müssen einzelne Konzerngesellschaften, welche bisher am Nabel des Konzerns hingen, faktisch und vertraglich auf eine Basis gestellt werden, welche sie „stand-alone“ an Dritte verkäuflich machen. All das absorbiert die Insolvenzverwaltung in einer ersten Phase üblicherweise weit mehr und ist dringlicher als mögliche Verantwortlichkeitsverfahren – auch wenn die Erwartung der Öffentlichkeit manchmal eine andere sein mag.⁴⁸

Weiter gibt es aus Sicht der Insolvenzmasse auch oft Aktiv- und Passivprozesse, die wesentlich dringender zu führen sind (etwa Kollokationsverfahren oder Eigentumsansprachen) oder Ansprüche – wie insbesondere früher die paulianischen Anfechtungsklagen⁴⁹ – die mit Verwirkungsfristen belegt sind, welche anders als die Fristen im Zusammenhang mit den Verantwortlichkeitsansprüche nur durch gerichtliche Klage unterbrochen werden können.

Und schliesslich erfordert jene Aufgabe, welche Thema dieses Beitrags ist, die Aufarbeitung und Evaluierung von Sachverhalten, welche Anlass zu einer Verantwortlichkeitsklage geben könnten, aufgrund der Komplexität der Verhältnisse ebenfalls erheblich Zeit.

⁴⁸ Oft ergibt auch erst das *Resultat dieser Bemühungen* den *relevanten Sachverhalt*, namentlich die Höhe des Schadens, für einen später anzustrebenden Verantwortlichkeitsprozess (ein Punkt, der von entscheidender Bedeutung ist; vgl. dazu unten, I.2.f) a.E.).

⁴⁹ Diese Konstellation wurde mit der Revision von Art. 292 SchKG im Jahr 2013 (in Kraft getreten am 1. Januar 2014), welche die dortige Verwirkungsfrist in eine Verjährungsfrist umwandelte, allerdings erheblich entschärft.

Die Dringlichkeit und Fülle dieser Massnahmen wird ergänzt durch die Gewissheit, dass aus Verjährungssicht wie gesehen (oben, I.2.a)) praktisch kein Zeitdruck zur Einreichung von Verantwortlichkeitsklagen besteht (vgl. aber unten, II.3, zu den taktischen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Zeitablauf).

e) „Tranchenweises“ Einklagen von Sachverhaltskomplexen

Die geschilderte Verjährungssituation erlaubt es der Klägerin zudem – wie etwa in den *Swissair*-Verfahren – nicht einen grossen Verantwortlichkeitsprozess zu führen, sondern mehrere, zeitlich hintereinander gestaffelte Klagen gegen (teilweise) identische Beklagte, aber betreffend unterschiedliche Sachverhaltskomplexe.

Dieses Vorgehen ermöglicht es einerseits, die einzelnen Verfahren schlanker zu halten, und auf eine dem Gericht einfacher zu vermittelnde, isolierte Grundlage zu stellen. Andererseits kann so bei ähnlichen Ausgangslagen zunächst im Sinne eines Pilot-Prozesses abgeklärt werden, wie die Prozesschancen stehen (auch im Hinblick auf Vorfragen, die sich im Zusammenhang mit verschiedenen Sachverhaltskomplexen identisch stellen, wie etwa die Frage der Überschuldung einer Gesellschaft zu einem gegebenen Zeitpunkt). Und es besteht die Möglichkeit, aus den früheren Klagen für spätere lernen zu können. Teilweise kann damit auch das Ziel verfolgt werden, mit den ersten, starken Klagen eine günstige Ausgangslage für einen Gesamtvergleich auch im Hinblick auf unsicherere Sachverhaltskomplexe zu schaffen. Diese Vorteile bedingen zumindest teilweise, dass das rechtskräftige, letztinstanzliche Urteil betreffend die jeweils frühere Klage bekannt ist, bevor die nächste eingereicht wird.

Falls sich die Klägerin zu diesem Vorgehen entschliesst, und die verschiedenen Klagen wie an einer Perlenkette zeitlich hintereinander aufreihet, führt dies – aufgrund der Verfahrensdauer für die einzelnen Klagen von mehreren Jahren – zusätzlich zu den vorstehend genannten Punkten natürlich zu einer enormen zeitlichen Verzögerung betreffend der am hinteren Ende der Perlenkette aufgereihten Klagen.

f) *Bei aufrechtstehenden Unternehmen: Kontrollwechsel, Entlassung, interne Untersuchung.*

Während die bisher aufgezählten Punkte primär den (typischen und häufigen) Fall der Verantwortlichkeitsklage in der Insolvenz beschlagen (mit Ausnahme

des Abwartens des Strafverfahrens), liegt der Grund für die zeitlichen Verzögerungen für die immer noch relativ seltenen Klagen gegen die Organe aufrecht stehender Gesellschaften typischerweise in einem anderen Bereich:

Aufgrund der vorstehend geschilderten Rechts- und Interessenlage (oben, I.2.b)) kommt ausserhalb der Insolvenz faktisch beinahe nur die Gesellschaft selbst als Klägerin in Frage. Diese handelt im Normalfall durch den Verwaltungsrat.⁵⁰ Dessen Mitglieder werden aber in der Regel davor zurückschrecken, Verantwortlichkeitsklagen im Zusammenhang mit Sachverhaltskomplexen, die sich während ihrer eigenen Amtszeit zutragen, anzustrengen. Damit es zur ernsthaften Prüfung von möglichen Ansprüchen kommt, ist, wenn man die Fälle in der Praxis betrachtet, daher in aller Regel zunächst ein (beinahe) vollständiger *Wechsel in der Zusammensetzung des Verwaltungsrates* notwendig. Diese Entwicklung braucht Zeit, und die neuen Führungskräfte haben oft vordringliche Prioritäten, so dass auch hier der kritische juristische Blick oft erst mit einer gewissen Verzögerung auf Ereignisse in der Vergangenheit fällt.

Aus einer Vielzahl von Gründen haben Gesellschaften zudem auch nach einer solchen Auswechslung der Organe gewisse Hemmungen, wenn es darum geht, den Streit mit ihren *ehemaligen* Organen vor Gericht und in der Öffentlichkeit auszutragen.⁵¹

In der Regel braucht es daher neben dem Wechsel in der personellen Zusammensetzung des Verwaltungsrates auch noch einen zusätzlichen, aussergewöhnlichen Impuls, damit Gesellschaften eine solche Klage ernsthaft prüfen. Beispiele sind etwa:

- Ein erneuertes Aktionariat, im Rahmen einer M&A Transaktion (Beispiel: Arbonia);⁵²
- Regulatorischer Druck (Beispiel: UBS);
- Das Ende einer Ära, mit einem Kulturwechsel (Beispiel: Raiffeisen);
- Politischer/öffentlicher Druck (Beispiel: Postauto AG);
- Unerwartete und einschneidende wirtschaftliche Schwierigkeiten.⁵³

⁵⁰ Vgl. zur Ausnahme Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR, welcher gemäss BGE 132 III 707 E. 3 S. 711 ff. auch für die Ernennung des Prozessbeistands gelten soll, so dass in seltenen Konstellationen auch Aktionäre, welche nur über die Minderheit der Stimmen verfügen, die Gesellschaft zu einer Verantwortlichkeitsklage „zwingen“ können, handelnd durch andere Personen als den Verwaltungsrat. Diese Möglichkeit ist allerdings, wie der Verfasser aus eigener Anschauung weiss, mit zahlreichen praktischen Hürden versehen und spielt in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle.

⁵¹ Vgl. dazu oben Fn. 37.

⁵² AKERET, 107 ff.; JACQUEMART CHARLOTTE, Edgar Oehler will Schadenersatz in Millionenhöhe, NZZ vom 4. November 2007, S. 39.

Aufrechtstehende Gesellschaften entscheiden sich zum schwerwiegenden Schritt einer Klageeinleitung aber selbst dann oft nur zögerlich und oft nur auf der Basis von umfangreichen internen (oder regulatorischen) Untersuchungen und Gutachten, welche das Handeln der klagenden (neuen) Organe absichern sollen. Dazu kann auch das Abwarten eines Strafverfahrens gehören. All das beansprucht zusätzliche Zeit.

Manchmal ist es auch so, dass sich ein Schaden aufgrund eines fragwürdigen Organverhaltens erst nach einer gewissen Zeit materialisiert, oder zumindest dessen konkrete Berechnung erst möglich wird, nachdem Folgeentwicklungen stattfanden und die Resultate von schadensmindernden Massnahmen vorliegen (z.B. Verträge gekündigt und rechtliche Auseinandersetzungen mit Drittparteien geführt wurden).

3. Zwischenfrage: Wem nützt der lange Zeitablauf mehr? Der Klägerin oder dem Beklagten?

Im weiteren Sinn zur Aufarbeitung des Sachverhalts gehört aus Sicht der Klägerin auch die Frage, *wann* ein Sachverhalt einem Gericht vorgelegt werden soll. Einige der vorstehend geschilderten Gründe für den langen Zeitablauf liegen dabei (zumindest teilweise) im Machtbereich der möglichen Klägerin. Sie kann daher – vor dem Hintergrund der *rechtlichen* Ausgangslage, welche wie gesehen ein praktisch unbeschränktes Zuwarten erlaubt – teilweise *taktisch* steuern, wann sie klagen will. Entsprechend wird kurz die Frage gestreift, wem ein langer Zeitablauf vor Einreichung der Klage eher nützt.

Auf den ersten Blick, und rein technisch betrachtet, dürfte dies die Klägerin sein. Sie ist in aller Regel Herrin über die Akten, während der Beklagte weitgehend auf seine Erinnerung angewiesen ist (vgl. unten, I.2). Ausserdem werden die Anforderungen, Regeln und Erwartungen an eine gute Unternehmensführung in der Tendenz eher strenger, so dass es für die Klägerin von Vorteil sein kann, wenn ein vergangener Sachverhalt mit der Brille von heute oder sogar von morgen betrachtet wird (vgl. unten, IV.3).

Es gibt allerdings auch zumindest drei Aspekte, welche m.E. aus Sicht der Klägerin manchmal gegen ein allzu langes Zuwarten sprechen dürften:

- Eine gewisse „cooling-off“ Periode kann, vor allem in Fällen mit einer hohen Publizität, durchaus dem Beklagten entgegenkommen. Das Abklin-

⁵³ Das Beispiel kann noch nicht geliefert werden, weil der Fall bislang nicht öffentlich bekannt wurde.

gen der ersten grossen Empörungswelle kann manchmal helfen, die Auseinandersetzung zu versachlichen und den unvoreingenommenen Blick auf das Geschehene zu öffnen.

- Ganz subjektiv betrachtet (und ein wenig dem Versuch erliegend, in richterlichen Äusserungen zwischen den Zeilen zu lesen) habe ich zuweilen den Eindruck, dass es als Klägerin generell nicht immer ganz einfach ist, Richtern den Eindruck zu vermitteln, dass hier „ein ganz grosses Unrecht“ geschah, welches gerichtlich korrigiert werden müsse, wenn man nach zehn oder mehr Jahren erstmals an ein Gericht gelangt, mit einem umfangreichen und komplexen Sachverhalt.⁵⁴
- Soweit man es mit Beklagten zu tun hat, welche nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um den verursachten Schaden voll zu decken,⁵⁵ ist aus klägerischer Sicht zudem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Versicherungsdeckung unter den typischen „Claims-made“ Organhaftpflichtversicherungs-policen nur greift, wenn ein konkreter Anspruch von einer potentiellen Klägerin innert einer manchmal recht kurzen Frist geltend gemacht oder zumindest konkret angedroht wird.

4. Bei Verantwortlichkeitsprozessen ist der Sachverhalt oft ungewöhnlich komplex

Die Komplexität des Sachverhaltes bei jener Art von Verantwortlichkeitsklagen, welche den primären Gegenstand dieses Beitrages bilden,⁵⁶ ergibt sich aus mehreren, wahrscheinlich nicht abschliessend aufzählbaren Faktoren. Zu nennen sind unter anderem die Folgenden:

Erstens geht es bei solchen Prozessen oft um die Unternehmensführung, und das Unternehmen definiert sich bereits per se als „komplexes System“.⁵⁷ Zwei-

⁵⁴ Manchmal sind die Äusserungen auch gar nicht so subtil. Ein Richter reagierte auf die Ankündigung einer Klägerin, sie wolle nicht vergleichen, weil sie – nach Jahren – noch weitere Sachverhaltskomplexe in der Hinterhand habe, welche sie dann später noch einklagen werde, mit der Bemerkung: „Ihnen ist schon klar, dass Sie mit so einer Geschichte hier eine ganze Abteilung praktisch lahmlegen, ja?“

⁵⁵ Eine noch bestehende Versicherungsdeckung kann die Dynamik – auch im Hinblick auf Vergleichsgespräche – aber abgesehen von der reinen Frage der Zahlungsfähigkeit auch sonst verändern. Üblicherweise eher zu Gunsten der Klägerin.

⁵⁶ Oben, I.2.

⁵⁷ Urteil des Bezirksgerichts Bülach DG060090 vom 4. Juni 2007 E. 16.3.3; Urteil des Bezirksgerichts Bülach DG060081 vom 4. Juni 2007 E. 12.3, je mit Verweis auf RÜHLI, 59.

tens steht dieses Unternehmen im Wettbewerb. Es wird also in einem Umfeld tätig, in welchem andere Rechtssubjekte völlig legitimerweise und aktiv sein Schlecht-Ergehen, ja letztlich seinen Untergang betreiben. Es genügt demnach nicht (wie etwa bei einem Lokführer oder einem Piloten), einfach „alles richtig“ zu machen, entsprechend vorgegebener Regeln, um nicht zu scheitern. Sondern man muss – mit den vorhandenen Mitteln – *besser* sein als andere, welche dasselbe allerdings auch versuchen. Drittens erstrecken sich die Sachverhalte, welche der Überprüfung unterliegen, oft über einen längeren Zeitraum und bestehen aus zahlreichen Einzelereignissen und Teil-Entscheiden, die oft eine grosse Anzahl natürlicher und gegebenenfalls juristischer Personen involvieren.⁵⁸ Und viertens ist oft auch das vom Unternehmen betriebene Geschäft komplex, und seine Gesetzmässigkeiten, Rahmenbedingungen und die kulturellen und rechtlichen Eigenheiten einer Branche sind für Aussenstehende manchmal nur mit Expertenhilfe erschliessbar.

Als letzter Punkt zu nennen ist die Tatsache, dass bei grösseren Unternehmen oft viele Dinge gleichzeitig passieren, welche sich gegenseitig beeinflussen – allenfalls auch im Widerspruch zueinander stehen –, und dass gerade in schwierigen Situationen laufend und schnell und in grosser Zahl Entscheide getroffen werden müssen, oft bei unvollständiger Informationslage und unter dauernd wechselnden Rahmenbedingungen. Viele dieser Entscheidungen schliessen andere Möglichkeiten definitiv aus, ohne dass man je erfahren würde, wie sich die Dinge entwickelt hätten, wenn man bei einer dieser zahlreichen Weggabelungen eine andere Abzweigung genommen hätte.

5. Vor diesem Hintergrund: Die drei Hauptaufgaben des Prozessanwalts

Vor diesem Hintergrund hat der Prozessanwalt im Zusammenhang mit dem Sachverhalt – wie eigentlich in jedem Prozess – meines Erachtens drei zentrale Aufgaben:

1. Herausfinden, was war (Etablierung des Sachverhalts);
2. Schauen, was wie beweisbar/widerlegbar ist;
3. Die „Geschichte erzählen“.

Im Idealfall gelingt es ihm zudem, den Gang der Geschichte auch noch zu beeinflussen. Das ist seine vierte Aufgabe (vgl. dazu unten, V).

⁵⁸ Der Swissair-Konzern etwa bestand auf dem Höhepunkt seiner Tätigkeit aus mehr als 250 Einzelgesellschaften.

II. Aufgabe 1: Etablierung des Sachverhaltes

1. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler

In einem ersten Schritt geht es darum, herauszufinden, was genau passiert ist. Das klingt lapidar. Und ist eigentlich simples, manchmal ermüdendes Handwerk, welches in wochenlanger Arbeit in Archiven und anlässlich von Gesprächen mit den Beteiligten erledigt werden muss. Das meiste davon wird das Gericht mangels Relevanz nie sehen.

Nach meiner subjektiven Einschätzung kommt es im Rahmen dieser Aufgabe vor allem zu folgenden drei Fehlern:⁵⁹

a) *Zu frühe Selbst-Beschränkung auf Aufgabe 2 (Beweisbares) und Rechtliches*

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte zunächst objektiv und umfassend herausgefunden werden, was *tatsächlich geschehen* ist und welches die Begleitumstände waren. Die Einwände „das lässt sich nicht beweisen“ oder „das kann die Gegenseite nicht beweisen“ oder auch „das ist (rechtlich) irrelevant“, sowie der oft gehörte Einwand „das weckt nur schlafende Hunde“ haben hier in der Regel noch keinen Platz.

Wenn man einmal weiss, was tatsächlich geschehen ist, kann man sich diesen Fragen – die durchaus wichtig sind – mit deutlich mehr Gewinn annähern. Und man wird dann vielleicht erstaunt sein, was sich alles durch die inzwischen gefundenen Indizien untermauern lässt. Und auch, was vielleicht gar nicht strikte bewiesen werden muss, weil andere Umstände, die man mittlerweile entdeckt hat, die Frage irrelevant oder zumindest weniger wichtig als zunächst gedacht machen.

Besonders verlockend ist die Gefahr, sich vorzeitig einzuschränken, nach meiner Erfahrung, wenn man auf Seiten der klagenden Partei einen Sachverhalt eruiert: Man neigt dann dazu, lediglich die Tatsachen für das „Klagefundament“ zusammenzutragen, im Hinblick auf eine rein „technische“ Argumentation. D.h. man sucht von Anfang an nur nach Informationen, welche die vier Haftungsvoraussetzungen aufzeigen und diese zu beweisen vermögen. Nach allem Anderen sucht man nicht. Und wenn man es trotzdem sieht, mag man es nicht so genau anschauen.

⁵⁹ Es ist dem Autor wichtig, zu betonen, dass er jeden einzelnen der hier aufgeführten „Fehler“ auch schon einmal in der einen oder anderen Ausprägung gemacht hat. Jede Form von „Kollegen-Häme“ liegt ihm fern. Sie ist üblicherweise Ausdruck von Anfängertum.

Am Ende weiss der klagende Anwalt dann über den Sachverhalt eigentlich kaum mehr, als er in der Klageschrift schreibt. Und das ist zu wenig. Man läuft dann Gefahr, sich im Nebel stochernd der Klageantwort auszuliefern.

Dazu gehört auch das Risiko, Dinge zu schreiben, die bei Kenntnis der gesamten Umstände vielleicht als kontraproduktiv empfunden werden könnten.

Beispiel: In einem der Swissair-Prozesse behauptete eine Partei, der Verwaltungsrat habe sich an seiner Sitzung nur kurz mit einer bestimmten Frage befasst. Danach sei er offenbar zum Apéro geschritten. Bei diesem „Apéro“ handelte es sich, wie nähere Abklärungen ergaben, um den Trauergottesdienst für die Opfer des Flugzeugabsturzes bei Halifax, welchen der Verwaltungsrat aus Pietätsgründen unbedingt in Corpore besuchen wollte.

Im Idealfall verhält es sich mit dem Sachverhalt wie mit einem Eisberg: Beide Anwälte kennen seine *gesamte* Form und Ausdehnung, bevor sie sich entscheiden, welchen Teil sie für das Gericht vor dem Hintergrund der Rechts- und Interessenlage ihrer jeweiligen Partei und der Beweisbarkeit über der Wasseroberfläche sichtbar machen wollen.

Bei Verantwortlichkeitsprozessen gehören zum abzuklärenden Sachverhalt auch das allgemeine Umfeld des Geschehens und das Verständnis für das Geschäftsmodell. So lohnt es sich zum Beispiel fast immer, einfach einmal alle Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsprotokolle der vergangenen Jahre durchzulesen (mit den wichtigsten Beilagen), völlig unvoreingenommen und losgelöst vom konkret im Streit stehenden Sachverhaltskomplex.

b) *Bei Beklagten-Vertretern: Zu frühe Fokussierung auf die Geschichte der Klägerin*

„Herausfinden, was war“, ist etwas Anderes, Umfassenderes, als „Herausfinden, was an der Klageschrift alles falsch ist“.

Wer sich bereits bei der Erforschung des Sachverhalts von den Vorwürfen der Klägerin leiten lässt, und lediglich versucht, Informationen zu finden, welche diese widerlegen, unterwirft sich genau jenem Rahmen, den die Klägerin abgesteckt hat – weil er für sie günstig ist. Der Schlüssel für das Verständnis des Organhandelns oder für das Entstehen eines angeblichen Schadens liegt bei Verantwortlichkeitsklagen aber oft in Tatsachen, welche die Klägerin mit keinem Wort erwähnte, sei es bewusst oder weil sie dem soeben oben beschriebenen Fehler unterlag und die entsprechenden Tatsachen selbst nicht kennt.

Besonders gross ist diese Gefahr der Verengung, wenn man sich bei der Sachverhaltsermittlung von Beginn weg zu sehr von seinem Mandanten leiten lässt.

Der angegriffene Mandant neigt dazu, einer Klage mit einer „Das-stimmt-alles-nicht“-Haltung zu begegnen, mit welcher er die gegen ihn erhobenen Vorwürfe Punkt für Punkt widerlegen möchte. Dabei übersieht er häufig (oder kann gar nicht wissen), welche Punkte vielleicht ausserhalb des von der Klägerin geschilderten Sachverhalts relevant (und viel leichter beweisbar) sein könnten (z.B. eine Verrechnungslage, welche den Schadaen zum Verschwinden bringt).

Die Fortsetzung dieses Fehlers bei der Sachverhalts-Evaluation findet sich dann oft bei der Präsentation des Sachverhaltes vor Gericht (vgl. dazu die Ausführungen zur „Bestreititis“ unter IV.1, unten).

c) *Zu starke zeitliche Eingrenzung*

Ein Fehler, der sich bei Klägerinnen und Beklagten beobachten lässt, ist die zeitlich zu starke Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes. Die Parteien fokussieren bei der Evaluierung des Sachverhaltes oft fast ausschliesslich auf den Zeitraum der (angeblichen) Pflichtverletzung. Dabei übersehen sie relevante Dinge, die vorher und – vor allem – auch nachher geschahen.⁶⁰

Zum relevanten „Vorher“ gehören insbesondere Tatsachen, welche dazu führten, dass die Organe vielleicht in einer Zwangslage waren, aus der es gar keinen anderen Ausweg mehr gab, als den gewählten (für die Klägerin wäre es dann wichtig, in Vorbereitung der Klage nach Informationen zu suchen, die zeigen, ob bereits das Entstehen dieser Zwangslage den Organen angelastet werden kann).

Vor allem aber besteht für beide Parteien die Gefahr, zu übersehen, dass sich der relevante Sachverhalt grundsätzlich bis zum Urteil der Tatsacheninstanz erstreckt.⁶¹ Im einzelnen führt dies dazu, dass namentlich folgende Aspekte oft ungenügend beachtet werden:

⁶⁰ Dieser Punkt ist aus Sicht des Beklagten eng verknüpft mit dem soeben unter II.1.b) Besprochenen: Die Klägerin wird vor allem auch den zeitlichen Rahmen, den sie in der Klage behandelt, sorgfältig so auswählen, dass sie diese Punkte nicht streift. Entsprechend schädlich ist hier das Vorgehen, sich bei der Sachverhaltsevaluation allein an den klägerischen Vorwürfen zu orientieren.

⁶¹ BK-RÜETSCHI, Art. 236 ZPO, N 23; Urteil und Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2014, LB120088, E. 2.2; vgl. § 188 Abs. 1 aZPO-ZH. Oder zumindest bis zum Beginn der Urteilsberatungen: BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO, N 29; PAHUD-ZPO DIKE-Komm., Art. 229 ZPO, N 16 und 18.

Erstens Umstände, die sich *nach der angeblichen Pflichtverletzung*, aber noch vor der Insolvenz, abspielten, und die ohne Zutun des Beklagten zur Entstehung oder Vergrößerung des Schadens beitrugen (Stichworte: Kausalzusammenhang, Drittverschulden).

Zweitens Umstände, die sich *nach der Insolvenz* abspielen, namentlich auch im Rahmen der „unternehmerischen“ Tätigkeit der Konkursmasse (vgl. I.2.d) oben). Zu diesem Zweck ist es erforderlich, dass sich beide Parteien (soweit möglich; vgl. dazu unten, II.3) auch mit den eigentlichen Konkursakten auseinandersetzen.

Beispiel: Die Klägerin, eine Konkursmasse, behauptet, die Vergabe eines ungesicherten Darlehens an eine Konzerngesellschaft sei pflichtwidrig gewesen. Die Konkursverwaltung gewährt dann aber selbst – im Rahmen des „unternehmerischen“ Teils ihrer Tätigkeit – ebenfalls ungesicherte Darlehen an diese Gesellschaft, weil deren Überleben für das Funktionieren und die Werthaltigkeit der Aktiven der Konkursitin entscheidend ist.

Da es bei grösseren Fällen nicht unüblich ist, dass der Anwalt, welcher mit der Ausarbeitung einer Klage beauftragt wird, nicht identisch ist mit der Konkursverwaltung bzw. dem Liquidator, hat auch er dieses Wissen nicht notwendigerweise automatisch, sondern muss sich bei seinem Auftraggeber darum bemühen – und es berücksichtigen. Umgekehrt sollte sich der Vertreter der Masse, welcher den Entwurf der Rechtsschrift seines Anwaltes liest, prüfend fragen, ob sich seit der Insolvenzeröffnung unter seiner Ägide Tatsachen zugetragen haben, welche die vorgetragene Rechtsposition schwächen könnten und die er mit dem Prozessanwalt besprechen sollte.

Drittens Umstände, die sich *nach Prozessbeginn* abspielen: Weil auch der Schaden sich in vielen Fällen nach wohl herrschender Auffassung erst anhand des Vermögensstandes im Zeitpunkt des Sachurteils der ersten Instanz bemisst,⁶² sind oft auch Entwicklungen im Vermögensstand der Masse während des Prozesses relevant. Solche Entwicklungen sind bei Verantwortlichkeitsverfahren in der Insolvenz häufiger als in gewöhnlichen Zivilprozessen, weil die klagende Masse ja neben ihrer Prozesstätigkeit zeitgleich auch noch gehalten ist, zahlreiche Entscheide über die Aktiven und die Verbindlichkeiten der Masse zu fällen, welche häufig in einem Zusammenhang mit dem eingeklagten Schaden stehen.

Beispiel: Die Klägerin, eine Konkursmasse, behauptet, die Vergabe eines ungesicherten Darlehens an eine mittlerweile ebenfalls in Konkurs gefallene Konzerngesellschaft sei pflichtwidrig gewesen. Sie klagt den im Konkurs-

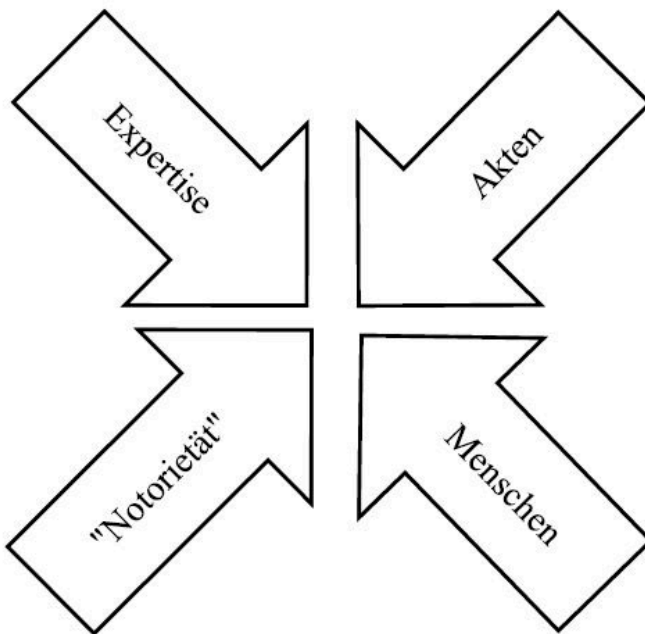
⁶² BGE 145 III 225 E. 4.1.2.2 S. 235 ff. m.w.H.

zeitpunkt ausstehenden Darlehensbetrag bei den ehemaligen Organen als Schaden ein. Während des laufenden Prozesses vergleichen sich die beiden Konkursmassen und ersetzen alle gegenseitig (angeblich) geschuldeten Forderungen (auch die eingeklagte) durch eine neue, sich aus gegenseitigen Aufrechnungen ergebende Netto-Forderung aus Vergleich.

Auch dieser Punkt richtet sich nicht nur an den Beklagtenvertreter, sondern noch fast mehr an den Vertreter der Klägerin und die für die Insolvenzmasse Handelnden. Sie müssen sich bei allen ihren Massnahmen stets fragen, ob sie damit nicht vielleicht eine bereits eingereichte Klage torpedieren.

2. Die vier grundlegenden Erkenntnisquellen und deren ungleiche Verteilung

Bei der Abklärung eines Sachverhaltes können sich die Rechtsvertreter auf folgende hauptsächliche Erkenntnisquellen stützen:



Auf die öffentlich bekannten Tatsachen und die Expertise von beigezogenen Fachpersonen haben Klägerin und Beklagter dabei in der Regel gleichermaßen Zugriff.

Dagegen ist der Zugriff auf die im Rahmen der Sachverhaltsermittlung zunächst im Vordergrund stehenden Akten und die menschliche Erinnerung ungleich verteilt:

- Die (Mehrheit der) Akten stehen im Normalfall in der Verfügungsgewalt der potentiellen Klägerin, und zwar sowohl bei der Klage aufrechtstehender Gesellschaften, als auch bei der Klage einer Insolvenzmasse.
- Bezüglich des menschlichen Wissens und der Erinnerung ist zu unterscheiden: Bei Klagen in der Insolvenz besteht dieses im Normalfall zunächst fast ausschliesslich auf Seiten des oder der Beklagten. Bei Klagen aufrechtstehender Gesellschaften liegt es oft (teilweise) auf beiden Seiten.

Die Stärken (+) und Schwächen (-) dieser beiden Erkenntnisquellen können dabei vereinfacht wie folgt charakterisiert werden:

Akten	Menschliche Erinnerung
+ gleichzeitig Beweismittel	- kein/schwaches Beweismittel
+ zeitlich stabil	- zeitlich abnehmend
- unkontextuell	+ kontextuell
- umfassend	+ problembezogen
+ unabhängig vom Beklagten	- abhängig vom Beklagten

Aus dieser Aufstellung wird klar, dass ein idealer Zustand bei der Aufarbeitung des Sachverhalts natürlich dann vorliegen würde, wenn man über beide Quellen, welche sich ideal ergänzen, verfügen würde. Präzisierend ist aus der praktischen Erfahrung folgendes zu ergänzen:

Wer je versucht hat, einen komplexen Sachverhalt alleine aus Akten zu rekonstruieren, ganz ohne dass ihn eine beteiligte Person durch diese hindurchgeführt hat und zusätzliche Hintergrundinformationen gab,⁶³ weiss, wie aufwendig das ist, und vor allem auch wie *fehleranfällig*: Verträge, die vorliegen, wurden vielleicht nie so gelebt, stillschweigend oder mündlich aufgehoben, durch andere Abmachungen, die nicht (ordentlich) abgelegt sind, ersetzt, oder von den Parteien anders verstanden. Briefe wurden nie abgesandt oder deren Inhalt mündlich sofort bestritten, Buchungsvorgänge falsch erfasst, Leistungen nie erbracht, Protokolle lückenhaft geführt. Motive der Beteiligten bleiben im Dunkeln, Erklärungen für scheinbar Widersprüchliches erschliessen sich nicht. Die Gefahr, sich zu „verklagen“, ist in solchen Fällen gross.

⁶³ Zum Beispiel im Rahmen der Rekonstruktion einer lange zurückliegenden Share History bei einer Due Diligence oder bei der Bereinigung eines Nachlasses.

Und wer bei lange zurückliegenden Sachverhalten je allein auf mündliche Auskünfte angewiesen war, weiss ebenso, wie oft sich die Hoffnung auf eine kohärente, lückenlose Erzählung nicht erfüllt. Und wie unterschiedlich mehrere Beteiligte die Geschehnisse manchmal in Erinnerung haben. Sowie, wie wenig die Beteiligten einschätzen können, welche Tatsachen relevant oder erwähnenswert sein könnten (vgl. dazu unten, IV.4.a)). Bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen kommt nicht selten hinzu, dass der klägerische Angriff aus einer völlig unerwarteten Richtung erfolgt: Ein (zum Beispiel rein konzerninterner) Vorgang, der in den Augen der beteiligten Verwaltungsratsmitglieder vor Jahren von ganz untergeordneter, administrativer Bedeutung war und an den sie sich entsprechend schwach erinnern (falls überhaupt), erhält auf einmal eine für die in unternehmerischen Kategorien denkenden Organe auch heute noch – und trotz aller juristischer Erklärungen – nur schwer nachvollziehbare Bedeutung.

Ein befriedigendes Ergebnis ist fast nur zu erreichen, wenn zumindest teilweise das eine Element mit dem anderen ergänzt werden kann.

Aus Sicht einer möglichen Klägerin kann es daher eine Überlegung wert sein, einen der möglichen Wissensträger frühzeitig aus der Gruppe möglicher Beklagter „herauszukaufen“ und auf die eigene Seite zu ziehen (z.B. mittels eines Vergleichs oder eines Klageverzichts mit anschliessender Bezahlung für die Aufarbeitung und Erklärung der Akten). Auch wenn dieses Vorgehen im Einzelfall – für alle Beteiligten – nicht ohne Tücke ist.⁶⁴

Noch schwieriger ist die Situation aus Sicht der potentiell Beklagten, wenn ihnen der Zugriff auf die Akten verwehrt ist. Es ist ohne eigenen Zugang zu den Akten, und von der Klägerin konfrontiert mit einer selektiven Auswahl von belastenden Schriftstücken, praktisch unmöglich, sich auf der Sachverhaltsebene gegen den Vorwurf eines zehn und mehr Jahre zurückliegenden, unsorgfältigen Verhaltens im Detail und substantiiert zu wehren und herauszufinden, was damals wirklich geschah.

Beispiel I: Die Klägerin behauptet, eine Gesellschaft sei vor fünfzehn Jahren bereits überschuldet gewesen. Sie unterlegt diese Behauptung mit dem statutarischen Jahresabschluss und der Notwendigkeit von bereits damals zu bildenden zusätzlichen (und im Nachhinein gut begründbaren) Rückstellungen.

⁶⁴ Aus anwaltsrechtlicher Sicht stellen sich Fragen im Zusammenhang mit dem aussergerichtlichen Kontakt mit möglichen Zeugen (vgl. REICHART/HAFNER, 201 ff.; FINK, Zweiter Teil, § 3). Für die betroffene Person selbst besteht allenfalls das Risiko, in der Folge eines erfolgreich geführten Prozesses von den Beklagten – trotz des Vergleichs mit der Klägerin – mit Regressforderungen eingedeckt zu werden (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 4.6, nicht publiziert in BGE 133 III 116).

Die Beklagten wissen, dass sie damals stets von stillen Reserven in der Höhe von mehreren Millionen Franken ausgingen, welche deutlich höher waren als diese nun geforderten Rückstellungen, haben die einzelnen unterbewerteten Aktiv- und überbewerteten Passivposten jedoch nicht mehr präsent. Geschweige denn die exakten Zahlen. Die angefragte Revisionsstelle lehnt bereits ein Treffen mit dem Anwalt der Beklagten unter Hinweis auf das Revisionsgeheimnis (welches über den Konkurs hinaus gelte) ab.

Beispiel II: Die Klägerin behauptet, eine vor mehr als zehn Jahren getätigte (aus damaliger Sicht kleinere) Akquisition sei unsorgfältig vorbereitet gewesen. Es habe keine einlässliche Diskussion im Verwaltungsrat, keinen Due Diligence-Bericht und keine tiefgreifende juristische Begleitung gegeben. Die beteiligten Verwaltungsratsmitglieder wissen lediglich noch, dass eigentlich bei Beteiligungserwerben immer eine eingehende Diskussion stattfand, immer ein Due Diligence-Bericht vorlag und eine Beratung durch interne und externe Juristen erfolgte. Ob das im konkreten Fall ebenfalls so war, und welches die involvierte Anwaltskanzlei war, können sie allerdings nicht mehr mit letzter Sicherheit sagen.

Der mangelnde Aktenzugang ist dabei in Verantwortlichkeitsverfahren für den Beklagten im Normalfall weit gravierender als in anderen Prozessen, weil (a) in vielen Gesellschaften Mechanismen bestehen, welche verhindern sollen, dass ein Organ nach dem Ende seiner Amtszeit bei sich selbst noch über irgendwelche schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnungen betreffend die eigene Arbeit verfügt;⁶⁵ (b) Gegenstand des Prozesses dann aber genau dieses Arbeitsergebnis des Beklagten (und sein Zustandekommen sowie die damaligen Umstände) ist, zu dem man ihm den Zugriff verweigert; (c) der relevante Sachverhalt wie gezeigt oft ungewöhnlich weit zurück liegt (dazu oben, I.2) und (d) oft sehr komplex ist (dazu oben, I.4).

Bei den – allerdings seltenen und üblicherweise mit weniger Zeitverzug erfolgreichen – Klagen der aufrechtstehenden Gesellschaft, war die Situation in Bezug auf den Aktenzugang schon immer schwierig für den Beklagten.

Zumindest bei den Klagen in der Insolvenz hatte er aber aufgrund des SchKG-rechtlichen Akteneinsichtsrechts (Art. 8a SchKG) nach traditioneller Auffassung die Möglichkeit, sich einen eigenen Überblick über den durch Urkunden festgehaltenen Sachverhalt zu verschaffen. Diese Ausgangslage unterlag in

⁶⁵ Die Massnahmen sind vielschichtig und weitverbreitet: Zur Vorbereitung von Sitzungen versandte schriftliche Unterlagen werden an den Sitzungen eingesammelt, Organe müssen sich schriftlich verpflichten, keine Kopien zu erstellen, elektronische Datenzugänge werden nach Ablauf der Amtszeit gesperrt und ein Download wird technisch verunmöglicht und überwacht und ist verboten, Organträger müssen am Ende der Amtszeit schriftlich versichern, keine Akten mehr bei sich zu haben, etc.

den letzten Jahren aber einer – aus Sicht von potentiell Beklagten unerfreulichen – Entwicklung, welche nachfolgend in einem Exkurs dargelegt wird, zusammen mit der Prüfung von möglichen Behelfsmöglichkeiten.

3. Exkurs: Neue und unbefriedigende Situation betreffend Aktenzugang für potentiell Beklagte in der Insolvenz

a) *Traditionelle Sichtweise (Verantwortlichkeitsprozess begründet Aktenzugang)*

Gemäss traditioneller Sichtweise und Handhabung in der Praxis stand einem Beklagten im Rahmen des Verantwortlichkeitsprozesses grundsätzlich ein Recht auf Einsicht in die bei der Insolvenzmasse liegenden Akten zu. Dieses wurde üblicherweise – sofern es überhaupt begründet werden musste – auf Art. 8a SchKG gestützt. Das Bundesgericht führte zu dem unter Art. 8a SchKG geforderten Interessennachweis in BGer 5A_83/2010 vom 11. März 2010, E. 6.3 aus:

„Nach stehender Praxis genügt [...] die Tatsache, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Gemeinschuldnerin ein Prozess hängig ist, zur Begründung eines damit zusammenhängenden Einsichtsgesuchs (BGE 105 III 38 E. 1 S. 39 m.w.H.).“

Dieses auf Art. 8a SchKG gestützte Einsichtsrecht umfasste nicht nur die eigentlichen Konkursakten, welche den Gang des Konkursverfahrens dokumentierten, sondern auch die Gesellschaftsakten der in die Insolvenz gefallenen Gesellschaft. Das beklagte Organ hatte damit zur Evaluierung des Sachverhaltes grundsätzlich Zugriff auf sämtliche Urkunden, welche auch der Klägerin zur Verfügung standen, einschliesslich der Buchhaltungsunterlagen samt Belegen, der Sitzungsprotokolle, der einschlägigen Verträge und der weiteren Urkunden, welche den Sachverhalt prägten.⁶⁶

Dies galt zumindest insoweit, als die Konkursverwaltung keine spezifisch entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen behauptete, wobei der (drohende) Verantwortlichkeitsprozess selbst nicht als Geheimhaltungsgrund galt. Denn spezifisch im Hinblick auf diese Konstellation hatte das Bundesgericht bereits in BGE 91 III 94 E. 3 S. 96 im Zusammenhang mit Art. 8 aSchKG⁶⁷ klargestellt:⁶⁸

⁶⁶ BGE 85 III 119; BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 ff.; BGE 105 III 38 E. 1; bestätigt im vorstehend zitierten Urteil des Bundesgerichts 5A_83/2010 vom 10. März 2010 E. 6.3.

⁶⁷ Art. 8 Abs. 2 aSchKG entspricht dem heutigen Art. 8a SchKG.

⁶⁸ Hervorhebung durch Kursivdruck beigelegt.

„L'action en responsabilité [...] ne constitue pas à elle seule un motif de refus. Au contraire, les parties au procès civil ont en principe le droit de prendre connaissance des pièces produites.“

Weiter hielt das Bundesgericht in jenem Entscheid fest, dass das Einsichtsrecht des beklagten Organs auch direkt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 aBV) fliesse, weil die Kenntnis dieser Akten eine Voraussetzung bilde, damit der Beklagte dieses Recht im Prozess wahrnehmen könne. Das Einsichtsrecht dürfe daher nur ausnahmsweise verweigert werden, und nur bezüglich spezifischer Aktenstücke (a.a.O).⁶⁹

„L'art. 4 Cst. garantit en effet le droit d'être entendu, et partant de s'exprimer. Or la consultation du dossier est une condition de l'exercice de ce droit. Elle ne peut être limitée qu'exceptionnellement. Le refus motivé par un impérieux devoir de discrétion visera uniquement les pièces qui devraient rester secrètes [...]“

Und schliesslich vertrat das Bundesgericht in jenem Entscheid im Rahmen der Interessenabwägung (Geheimhaltungsinteresse) die Auffassung, dass es eigenartig wäre, einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied den Zugang zu Gesellschaftsakten zu verweigern, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte (BGE 91 III 94 E. 3 S. 97).

Zwar gab es im Zusammenhang mit der Akteneinsicht von potentiell Beklagten in Verantwortlichkeitsprozessen bereits früher auch unterschiedliche Urteile kantonaler Instanzen (restriktiv: Bern; grosszügiger: Neuenburg).⁷⁰ In der Regel durften die Rechtsvertreter eines Beklagten vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber umfassend in alle bei der Insolvenzmasse liegenden Akten Einsicht nehmen und auch Kopien erstellen oder erstellen lassen.

b) BGE 135 III 503 (Prüfung im Einzelfall)

Eine erste Verschärfung der Situation zeichnete sich mit BGE 135 III 503 ab. In jenem – nicht in Zusammenhang mit einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ergangenen – Entscheid hat sich das Bundesgericht neu und detaillierter mit der Frage beschäftigt, wie tief dieses auf Art. 8a SchKG gestützte Einsichtsrecht geht. Es stellte zunächst fest, dass die kantonale Praxis nicht einheitlich sei, und kam unter Referierung der Lehre zum Schluss, dass die

⁶⁹ Hervorhebung durch Kursivdruck beigelegt.

⁷⁰ BLSchK 40/1976 Nr. 48 vom 29. April 1974; BLSchK 53/1989 Nr. 26 vom 23. Februar 1987.

Tiefe des Einsichtsrechts fallweise dem konkreten Auskunftsinteresse anzupassen sei, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 3 BV respektiert werden müsse.

Dieser Entscheid konnte so gelesen werden (und wurde teilweise so gelesen), dass bei einem hängigen Verantwortlichkeitsprozess nicht mehr automatisch ein grundsätzliches Einsichtsrecht des Beklagten bestand, sondern dass im Einzelfall und vor dem Hintergrund der spezifisch zur Einsicht begehrten Akten zu bewerten war, wie die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft/Konkursmasse, die Geheimhaltungsinteressen Dritter und die Einsichtsinteressen des Gesuchstellers angesichts des Verhältnismässigkeitsgebots gegeneinander abzuwägen sind. Gestützt auf dieses Verständnis gewährte ein Liquidator dem Autor dieses Beitrags, der ein beklagtes Organ vertrag, zwar Einsicht in die Gesellschaftsakten der betroffenen Gesellschaft, nicht mehr jedoch (zunächst) in die Konkursakten und den Kollokationsplan – mit der Begründung, dieser habe mit dem Prozess nichts zu tun (mangelnde „Geeignetheit“ unter dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz) und es seien eine „Vielzahl von schützenswerten Personendaten“ Dritter betroffen.

c) *Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2014 (PS140053) (ZPO verdrängt SchKG)*

Im Jahr 2014 hatte das Obergericht des Kantons Zürich dann einen Fall zu beurteilen, in dem eine vormalige Revisionsstelle einer Konkursitin Einsicht in deren Konkursakten (genau spezifizierte Aktenstücke, keine Gesellschaftsakten) verlangte, nachdem sie von dieser im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses über CHF 11 Mio.⁷¹ eingeklagt worden war. Der ausseramtliche Konkursverwalter lehnte das gestützt auf Art. 8a SchKG gestellte Akteneinsichtsgesuch ab. Die Vorinstanz (Bezirksgericht Bülach) hob den Entscheid auf und gewährte umfassende Akteneinsicht. Auf Beschwerde der Konkursmasse hin hob das Obergericht diesen Entscheid wieder auf, und schloss sich der Auffassung des ausseramtlichen Konkursverwalters an, wonach die Akteneinsicht komplett zu verweigern sei.

Das Obergericht tat dies auf der Grundlage von ganz grundsätzlichen und weitreichenden Überlegungen: Es hielt fest, dass die bisherigen Entscheide zu dieser Frage alle vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO ergangen seien. Damals sei klar gewesen, dass das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG als Bundesrecht den Regeln der (kantonalen) Zivilprozessordnungen vorging. Neu

⁷¹ Mit einem Nachklagevorbehalt über CHF 114 Mio.

müsse jetzt aber geprüft werden, wie das Verhältnis von Art. 8a SchKG zu den (nun bundesrechtlichen) Regeln der ZPO betreffend die prozessuale Urkundenedition sei.

Dieses Verhältnis der beiden Normenkomplexe müsse vorliegend zwar nicht abschliessend geprüft werden, sondern es sei „nur die Frage zu beantworten, wie es sich mit ‚gewöhnlichen‘ Zivilverfahren verhält, bei denen eine der Parteien sich ‚zufällig‘ im Konkurs befindet“. Und zumindest in dieser Konstellation sei „kein Grund ersichtlich, warum nicht die (bundesrechtlichen) Regeln der ZPO – als *lex specialis* für die prozessuale Edition – anwendbar sein sollten, wie dies in jedem Zivilprozess der Fall ist“ (PS140053, S. 20). Entsprechend biete Art. 8a SchKG in dieser Situation keine Grundlage für ein Einsichtsrecht mehr.

d) *BGE 141 III 281 (keine Einsicht in Konkursakten aufgrund Prozess)*

Auf Beschwerde gegen den soeben genannten Entscheid hin, hielt das Bundesgericht dann generell fest (Regeste):

„Der Umstand, dass die Konkursmasse einen Zivilprozess gegen einen Nichtgläubiger erhoben hat, vermag das für die Akteneinsicht gemäss Art. 8a SchKG erforderliche Interesse nicht zu begründen (E. 3).“

Dabei stützte sich das Gericht teilweise auf die Begründung der Vorinstanz (vgl. oben), machte aber zusätzliche Ausführungen mit weitreichenden Konsequenzen:

Es führt zunächst aus, dass sich das Einsichtsgesuch der Beschwerdeführerin unstrittig auf Verfahrensakten des Konkurses bezieht (E. 3.1 S. 283 unter Verweis Art. 8 ff. KOV und BGE 126 V 450).⁷²

Die Auffassung, dass die Bestimmungen der eidgenössischen ZPO in ihrem Anwendungsbereich Art. 8a SchKG verdrängen – auf welche sich die Vorinstanz entscheidend gestützt hatte – behandelt das Bundesgericht dann eher am Rand, widerspricht dem Obergericht in diesem Punkt aber auch nicht und hält fest, dass aus der Tatsache, dass Art. 8a SchKG mit Erlass der ZPO unver-

⁷² Soweit man aus dieser in den rechtlichen Erwägungen enthaltenen Bemerkung ableiten wollte, das Bundesgericht habe damit obiter das Einsichtsrecht in die Gesellschaftsakten gestützt auf Art. 8a SchKG zum vornherein verneint, wäre dies eine grundlegende Praxisänderung: Vgl. etwa BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 f. und BGE 91 III 94 E. 1 S. 95 f., wo ausdrücklich auch die Gesellschaftsakten als vom Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG (damals noch Art. 8 Abs. 2 aSchKG) erfasst erklärt werden.

ändert blieb, jedenfalls nicht geschlossen werden könne, dass der Gesetzgeber auch dessen Anwendungsbereich unverändert habe beibehalten wollen (kein „qualifiziertes Schweigen“; E. 3.2 S. 283).

Gefragt sei aber ohnehin primär eine *sachlich richtige Entscheidung* im normativen Gefüge, gestützt auf die *ratio legis*. Und bereits daraus ergebe sich, dass ein solches Gesuch nicht gutgeheissen werden könne, weil es am (gemäss BGE 135 III 503; vgl. oben) geforderten, im Einzelfall zu prüfenden Interesse zur Einsicht vor dem Hintergrund des Zwecks der Norm fehle.

Die von der Beschwerdeführerin angerufenen früheren Entscheide zu dieser Frage (bei welchen das Einsichtsrecht bejaht wurde) würden sich „auf die Einsicht in das Betreibungsregister im Falle eines Prozesses zwischen dem Gesuchsteller und der betreffenden Person“ beziehen. Es gehe dort um die Frage der Kreditwürdigkeit (E. 3.3.1 S. 284). Hier gehe es aber um die weitergehende Frage der Einsicht in die Akten jener Person (der Konkursmasse), der man im Prozess gegenüberstehe.⁷³

Nach eröffnetem Konkurs bezwecke das Einsichtsrecht, dass die Konkursgläubiger die Lage des Schuldners prüfen und im Konkursverfahren ihre Rechte wahrnehmen können (E. 3.3.2 S. 285 mit zahlreichen Verweisen). Alternativ bestehe ein genügendes Interesse auch dann, wenn eine Drittperson, die im Konkurs zu Schaden gekommen sei, Beweise für eine Klage zur Deckung dieses Schadens sammeln wolle (E. 3.3.2 S. 285 unter Verweis auf BGE 93 III 4, E. 1).

Da im vorliegenden Fall aber ausgeschlossen werden könne, dass der Gesuchsteller Konkursgläubiger sei, und er auch keinen durch den Konkurs erlittenen Schaden gegen einen Dritten einklagen wolle, liege keine solche Konstellation vor, welche vor dem Hintergrund des Zweckes von Art. 8a SchKG ein Einsichtsrecht begründet hätte.

BGE 93 III 4, welcher dem klagewilligen Dritten ein Einsichtsrecht gewährte, sei zudem in der Lehre kritisiert worden, denn die Beweisnot dieses Dritten sei ja nicht grösser als jene einer normalen Prozesspartei. Die Privilegierung des im Konkurs zu Schaden gekommenen Klägers lasse sich deshalb „nur schwer begründen“ (E. 3.4.1 S. 285). Ob an jener Rechtsprechung dennoch festzuhalten

⁷³ Es mag sein, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift nur Entscheide anführte, welche die Einsicht in das Betreibungsregister beschlagen. Wenn man aber die gesamte Rechtsprechung überblickt, ist diese Aussage des Bundesgerichts inhaltlich nicht korrekt: In BGE 91 III 94 ging es um die Einsicht in die *Buchhaltung* der Konkursitin durch ein von einer Klage durch die Masse bedrohtes Organ (welches gleichzeitig behauptete, Gläubiger zu sein), und das Einsichtsrecht wurde bejaht.

sei, könne aber offengelassen werden: Denn jedenfalls sei im *umgekehrten* Fall, der hier zu prüfen sei (der Beklagte fordert Akteneinsicht, um sich in einem Prozess zu wehren), dessen Privilegierung durch das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG „*offensichtlich und unzumutbar*“ (E. 3.4.2 S. 286).

Das Obergericht Zürich habe daher zu Recht festgehalten, dass in der vorliegenden Konstellation einzig die Regeln der ZPO betreffend die prozessuale Edition anwendbar seien (E. 3.4.3 S. 286 f.). Es sei daher auch nicht ersichtlich, „inwiefern sich die Beschwerdeführerin für das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG auf ein schützenswertes Interesse berufen könne“ (E. 3.4.3 S. 287). Dann gelangte das Gericht zum Schluss (E. 3.4.3 a.E.):

„Die Anwendung von Art. 8a SchKG in der vorliegenden Konstellation würde zur Verwirklichung von Interessen führen, die dieses Institut nicht schützen will, sondern durch die Regeln der ZPO geschützt werden.“

Es ist hier nicht der Ort, um diesen Entscheid einer eingehenden Besprechung zu unterziehen. Immerhin ist aber bemerkenswert, wie dieselbe Tatsache (drohender/laufender Verantwortlichkeitsprozess), welche während Jahrzehnten als genügender Grund für den Anspruch auf Aktenzugang galt, nun dessen *Verweigerung* rechtfertigt. Ebenso bemerkenswert ist, dass sich das Bundesgericht bei der Abwägung auf *Gesetzesstufe* nicht mit seiner älteren Aussage im Leitentscheid BGE 91 III 94 auseinandersetzte, wonach das Akteneinsichtsrecht des (potentiell) Beklagten unter Art. 8a SchKG auch aus der *Verfassung* fliesse. Und schliesslich ist auch die dem Entscheid zugrundeliegende Auffassung,⁷⁴ dass die zivilprozessualen Regeln zur Edition nun auf Bundesebene eine *lex specialis* zum Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG bilden, und dessen Anwendungsbereich im Prozess daher einschränken, bemerkenswert. Denn im selben Entscheid hielt das Bundesgericht fest: „Weiter ist unbestritten, dass das Institut der prozessualen Edition nicht als Instrument der Informationsbeschaffung dienen kann, sondern nach der ZPO ein Mittel der Beweiserhebung darstellt, was substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt“ (BGE 141 III 281 E. 3.4.3 S. 286). Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Norm, welche ausdrücklich *nicht* die Informationsbeschaffung zum

⁷⁴ Besonders deutlich noch die Vorinstanz in Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS140053 vom 25. Juni 2014 (vgl. oben, II.3.c)).

Gegenstand hat, nicht eine *lex specialis* zu einer anderen Norm bilden, welche in ihrem Anwendungsbereich die Informationsbeschaffung – in einer besonderen Situation⁷⁵ – regelt.

e) *Einschränkende Lesart von BGE 141 III 281?*

Es stellt sich die Frage, ob der für potentiell Beklagte schmerzliche Entscheid vielleicht aus sich selbst heraus relativiert und in seinem Anwendungsbereich eingeschränkt werden könnte. Prüfwert sind m.E. folgende mögliche Einschränkungen:

aa) *Einschränkung auf eigentliche Konkursakten?*

Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 281 ausdrücklich lediglich den Fall eigentlicher Konkursakten (und also nicht der Gesellschaftsakten) angesprochen. Die Hoffnung, dass es bei Gesellschaftsakten anders entscheiden würde, ist allerdings – wenn es ansonsten an der mit dem Entscheid begründeten Praxis festhalten würde – gering:

Zum einen könnte der Entscheid auch so gelesen werden, dass das Gericht (neu) der Auffassung ist, eine Einsicht in die Gesellschaftsakten falle gestützt auf Art. 8a SchKG im Normalfall generell ausser Rang und Traktanden (vgl. E. 3.1).

Zweitens würde die vom Bundesgericht gelieferte Begründung, selbst wenn Art. 8a SchKG auf die Gesellschaftsakten weiterhin grundsätzlich anwendbar wäre, auch für diese tragen: Denn die ungerechtfertigte „Privilegierung“ einer Prozesspartei, welche sich daraus ergeben soll, dass die Gegenpartei quasi „zufällig“ (so wörtlich die Vorinstanz) im Konkurs ist, würde ja auch für diese Akten bestehen, und damit auch die Zweckfremdheit dieses Einsichtsrechts, und dessen Konflikt mit der ZPO, welchen das Bundesgericht erblickt und zu Gunsten der ZPO entscheidet.

⁷⁵ Wenn man zu einem gegenteiligen Schluss käme, und den Regeln der ZPO zur Edition und Art. 8a SchKG den gleichen Anwendungsbereich und Normzweck zuerkennen wollte, könnte man zudem auch die Frage aufwerfen, ob nicht Art. 8a SchKG die *lex specialis* ist, die Vorrang verdient: Denn dass eine der beiden Prozessparteien in Konkurs ist (und daher nicht mehr die gleichen Geheimhaltungsinteressen hat wie eine aufrecht stehende Gesellschaft), ist eine in der ZPO nicht geregelte Spezialsituation. Und die Insolvenzverwaltung ist ja nicht einfach nur eine normale Gegenpartei, wie sie in der ZPO allgemein geregelt wird, sondern eine zur Neutralität und gesetzes- und verfassungsmässigem Handeln verpflichtete Institution, welche staatliche Aufgaben wahrnimmt (BGE 114 III 120 f.; BGE 42 III 455 E. 1 S. 460).

Drittens hat eine (potentiell) beklagte Partei eben oft auch ein erhebliches Interesse an der Einsicht in die eigentlichen Konkursakten: Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Masse dieselben Ansprüche, welche sie vom Beklagten einfordert, mit einer ganz anderen – vielleicht widersprüchlichen – Begründung, auch noch von einer weiteren Partei einfordert. Oder der Fall, in dem sich aus den Konkursakten eine Verrechnungslage ergibt, die den angeblichen Schaden erheblich vermindern würde.

bb) Einschränkung auf laufende Prozesse?

Im hier zu prüfenden BGE 141 III 281 war der Verantwortlichkeitsprozess bereits hängig. Und im Zusammenhang mit der Prüfung der kantonalen Praxis, welche der Beschwerdeführer für seinen Standpunkt ins Feld führte, wies das Bundesgericht unter der E. 3.5.2 auf S. 287 f. darauf hin, dass jene Fälle eben Konstellationen betrafen, in denen der Gesuchsteller „vorprozessuale Abklärungen“ treffen wollte. Man könnte daher versucht sein, zu argumentieren, dass der Entscheid nicht auf Fälle anwendbar sei, in denen noch kein Prozess hängig ist. Vorprozessuale Abklärungen gestützt auf Art. 8a SchKG seien weiterhin möglich.

Auch hier dürfte die Hoffnung allerdings beschränkt sein, wenn man der Argumentation des Entscheids in den übrigen Punkten folgen möchte: Denn das Bundesgericht hat sich an anderer Stelle im Entscheid ersichtlich kritisch zu seinem eigenen Entscheid BGE 93 III 4 geäußert, und durchblicken lassen, dass es auch die Fallkonstellation, in welcher ein klagewilliger Dritter die Konkursakten dazu benutzen möchte, um für eine mögliche *Klage den Prozessstoff zusammenzutragen*, in Zukunft allenfalls nicht mehr als von Art. 8a SchKG gedeckt sehen würde, weil darin eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung eines solchen Klägers erblickt werden könnte. Dies gelte *umso mehr*⁷⁶ in der umgekehrten Konstellation in welcher sich der potentiell Beklagte auf seine Abwehr vorbereiten wolle. Hier wäre eine solche Privilegierung geradezu „offensichtlich und unzumutbar“ (E. 3.4.2 S. 286).

Diese Einschränkung wäre zudem für (potentiell) Beklagte auch nur von beschränktem Wert. Einerseits weil sie *erstens* nur schwer aufs Geratewohl Akten einsehen und kopieren können werden, bevor klar ist, dass ein prozessualer Angriff überhaupt erfolgen wird – und wenn ja, wo (auch die Haft-

⁷⁶ Dieses „umso mehr“ ist in seiner nicht begründeten Selbstverständlichkeit nur schwer nachvollziehbar. Weshalb der (potentiell) Beklagte zur Abwehr eines Anspruchs einen *weniger* legitimen Anspruch auf Zugang zu *seinen eigenen Arbeitsergebnissen* und Entscheidungsgrundlagen, z.B. den Protokollen von Sitzungen, an denen er selbst teilnahm, haben soll, als eine Drittpartei, die einen Aktivprozess vorbereitet, liegt zumindest nicht auf der Hand.

pfllichtversicherungen dürften solchen vorsorglichen Akteneinsichten kritisch gegenüberstehen). Und *zweitens*, weil es die Konkursmasse jederzeit in der Hand hätte, durch Rechtshängigmachung des Streits das Einsichtsrecht zu unterbinden (und sei es durch ein Sühnbegehren; Art. 62 Abs. 1 ZPO).

cc) *Einschränkung auf die reine „Nicht-Gläubigerstellung“*

Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 281 E. 3.5.2 S. 287 f. kurz darauf hingewiesen, dass in jenen kantonalen Entscheiden, in denen die Gerichte grosszügiger waren, der Gesuchsteller *auch* Konkursgläubiger gewesen sei. Man könnte sich also fragen, ob derartige Fälle anders zu entscheiden wären. Das würde den potentiell beklagten Organen oft helfen, weil es nicht selten ist, dass sie ihrerseits auch noch eine Forderung gegenüber der Konkursitin haben (z.B. Honorar- oder Lohnzahlungsansprüche). Ausserdem würde das allenfalls die Möglichkeit eröffnen, durch Erwerb einer Forderung in die Lage zu kommen, Einsicht in die Akten zu erhalten.

Auch diese Aussichten dürften allerdings beschränkt sein: Denn erstens gewährt Art. 8a SchKG nach dieser neuen Sichtweise des Bundesgerichts dem Gläubiger vielleicht (der Entscheid ist in diesem Punkt etwas unklar) nur Anspruch auf Einblick in die eigentlichen Konkursakten (nicht aber in die für einen potentiell Beklagten mindestens ebenso wichtigen Gesellschaftsakten). Und zum anderen wäre auch das Einsichtsgesuch eines ehemaligen Organs „im Gewand eines Gläubigers“ gemäss den in BGE 135 III 503 aufgestellten Kriterien einer Prüfung im Einzelfall zu unterziehen.⁷⁷ Das Einsichtsrecht bestünde demnach auch nicht einfach für „die“ Akten, sondern lediglich betreffend jener, welche nach dem vom Bundesgericht anerkannten Zweck von Art. 8a SchKG (Fragen der Kreditwürdigkeit und der Ausübung der Rechte des entsprechenden Gläubigers) geschützt wären.⁷⁸ Das umfasst jene Akten, an denen der potentiell Beklagte ein hohes Interesse im Zusammenhang mit der Zusammentragung des Prozessstoffes hat (Protokolle von VR- und GL-Sitzun-

⁷⁷ Der „Trick“, sich über den Umweg der Gläubigerstellung Zugang zu Akten zu verschaffen, welche man für einen anderen Zweck benötigt, wurde schon in früheren Entscheiden angesprochen. In BGE 93 III 4 E. 3/c hat das Bundesgericht noch ausgeführt, dass einem Gläubiger die Tatsache, dass er die Einsicht aus Gründen verlange, die mit seiner Gläubigerstellung „nicht zu tun habe“, praktisch nur entgegengehalten werden könne, wenn sich sein Gesuch „als geradezu missbräuchlich erweist“.

⁷⁸ Damit wurde eine Umkehr der Begründungslast zum älteren BGE 91 III 94 E. 3 S. 96 geschaffen, in welchem noch festgehalten wurde, dass das Einsichtsrecht des (potentiell) Beklagten die Regel sei, die nur „ausnahmsweise“ („exceptionnellement“) und nicht generell, sondern lediglich beschränkt auf einzelne Aktenstücke („uniquement les pièces qui devraient rester secrètes“) eingeschränkt werden dürfe (Zitat oben unter II.3.a)).

gen, Verträge, Buchhaltungsunterlagen der Gesellschaft, interne Reglemente, etc.) im Normalfall gerade *nicht*. Und selbst dort, wo grundsätzlich ein Interesse eines Gläubigers gegeben sein könnte, wäre noch eine Interessenabwägung vor dem Hintergrund der Geheimhaltungsbedürfnisse der Masse gegenüber *diesem* Gläubiger (und potentiell Prozessgegner) vorzunehmen. Wenn man bei dieser Interessenabwägung den Leitlinien von BGE 141 III 281 folgt, hätte das ehemalige Organ in seiner Eigenschaft als Gläubiger eher noch *weniger* Einsichtsrechte als ein normaler Gläubiger, sofern ein Prozess zwischen ihm und der Masse hängig oder unmittelbar angedroht ist – weil es auch hier gälte, seine „Privilegierung“ zu verhindern.

dd) Einschränkung auf die Revisionsstelle?

Im konkreten Entscheid ging es nicht um das Akteneinsichtsrecht eines Exekutivorgans, sondern um eine potentiell beklagte Revisionsstelle. Der Entscheid selbst liefert zwar keine Hinweise in diese Richtung, aber es ist nicht komplett abwegig, in dieser Hinsicht zu differenzieren:⁷⁹ Wie gezeigt (II.3.a)), berücksichtigte das Bundesgericht in einem älteren Entscheid zur Akteneinsicht eines ehemaligen Organs bei der Abwägung der Interessen auch die Tatsache, dass es eigenartig wäre, einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied den Zugang zu Gesellschaftsakten zu verweigern, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte. Dieses Argument gilt für die Revisionsstelle nicht, oder nicht im selben Ausmass. In einem Entscheid, den der Autor dieses Beitrags bei einer unteren SchKG-Aufsichtsinstanz erwirkte, wurde die Akteneinsicht gestützt auf die Sichtweise des Zürcher Obergerichts und des Bundesgerichts allerdings auch einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied verwehrt.

f) Mögliche Alternativen in einer Welt nach BGE 141 III 281?

Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welche Alternativen ein (potentiell) Beklagter haben könnte, um unter der derzeit geltenden Rechtsprechung in die Akten „seiner“ Gesellschaft und in die Konkursakten Einsicht zu erhalten. Prüfwert sind unter anderem folgende:

⁷⁹ Ein Differenzierungskriterium könnte zum Beispiel in der Tatsache liegen, dass die Revisionsstelle die Revision umfassend zu dokumentieren hat und die entsprechenden Revisionsunterlagen bei sich behalten darf und aufbewahren *muss* (Art. 730c Abs. 1 OR), während ein Verwaltungsratsmitglied in vielen Fällen alle Dokumente sofort wieder abgeben muss (oder gar nicht lokal herunterladen oder speichern bzw. ausdrucken kann), so dass es quasi „nackt“ in den Prozess geht, wenn man ihm den Zugang zu „seinen“ Gesellschaftsakten im Konkurs verwehrt.

aa) *Prozessuale Editionsspflicht als Alternative?*

Wie das Bundesgericht im hier besprochenen BGE 141 III 281 bei der Verweigerung des Einsichtsrechts nach Art. 8a SchKG richtig festhielt, ist unbestritten, dass das Institut der prozessualen Edition „*nicht als Instrument der Informationsbeschaffung*“ dienen kann, sondern nach der ZPO bloss ein „Mittel der Beweiserhebung darstellt, was substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt“ (E. 3.4.3 S. 286).

Für diese substantiierten Tatsachenbehauptungen ist der Beklagte aber bei lange zurückliegenden Sachverhalten in aller Regel auf den Aktenzugang angewiesen. Ohne diesen dürfte er in den meisten Fällen gar nicht bis zum Stadium des substantiierten Behauptens (welches der Beweisführung vorgelagert ist) gelangen, weil er gar nicht (mehr) weiss, was genau wann passiert ist. Entsprechend hilft die prozessuale Editionsspflicht in aller Regel nicht weiter.

Hinzu kommt, dass der Beklagte als Voraussetzung für die Edition nicht nur die zu beweisenden Tatsachen substantiiert zu behaupten hat, sondern nach herrschender Auffassung⁸⁰ auch (a) die zu edierende Urkunde genau umschreiben muss, sowie (b) deren ungefähren Inhalt und (c) ihre Beweiseignung⁸¹ im entsprechenden Punkt darzulegen hat. Diese Hürden sind bei lange zurückliegenden, komplexen Verantwortlichkeitssachverhalten in aller Regel unüberwindbar für den Beklagten.

Selbst in Fällen, in welchen der Beklagte aus seiner Erinnerung ausnahmsweise genügend substantiierte Behauptungen zu den vorstehenden Punkten aufstellen kann, um in die Editionsphase zu gelangen, nützt ihm dieses Recht zudem nur beschränkt: Erstens weiss er in aller Regel nicht mehr, was in einer vor Jahren erstellten Urkunde (z.B. in einem umfangreichen Due Diligence Report oder einer Board-Präsentation), abgesehen von den Tatsachen, welche er beweisen möchte und an die er sich erinnert, sonst noch alles steht, und ob die Urkunde insgesamt seinen Standpunkt wirklich stützen wird. Es ist ein riskantes Spiel, quasi „blind“ neue Beweismittel in einen Prozess einzuführen, ohne zu wissen, was sie für die eigene Position und jene der Gegenseite für eine umfassende Wirkung haben werden. Zweitens wird sich das Gericht oft ein (erstes) Bild zu machen versuchen, ohne auf die Edition von allenfalls

⁸⁰ BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 16; GÄUMANN/MARGHITOLA, N 5 ff.; GÖKSU, 93 f.; HASENBÖHLER-ZPO Komm., Art. 160 ZPO, N 13; LIVSCHITZ/SCHMID, 740 f.

⁸¹ GÄUMANN/MARGHITOLA, N 13 und LIVSCHITZ/SCHMID, 740 f. sehen die Beweiseignung nicht als eigene Voraussetzung, sondern durch die Beschreibung des Inhalts der Urkunde abgedeckt.

Dutzenden von Urkunden zurückzugreifen.⁸² Und drittens darf nicht übersehen werden, dass die Informationsbeschaffung ja nicht nur der eigentlichen Prozessführung dient, sondern auch dazu, die eigene Stärke abzuschätzen und Vergleichsoptionen abzuwägen. Dafür kommt die Edition zu spät. Auch eine gerichtliche Vergleichsverhandlung erfolgt oft vor dem zweiten Schriftenwechsel und vor der Edition, und damit auf der Basis eines gewissen Drucks und einer Chanceneinschätzung des Gerichts, die noch ohne Kenntnis der zu edierenden Urkunden erfolgt. Und ohne dass der Beklagte in der Diskussion fundiert und basierend auf Urkunden-Wissen argumentieren könnte.

Man darf – bei allem positiven Menschenbild – auch die Möglichkeit nicht ganz ausser Acht lassen, dass bei zur Edition verlangten Dokumenten (zum Beispiel, wenn es darum geht, ob es im Rahmen einer Akquisition vor fünfzehn Jahren einen Due Diligence Report gab) die Rückmeldung der Klägerin kommen könnte, man habe erwartungsgemäss kein solches Dokument gefunden. Bei einem Aktenumfang von bis zu 4'500 Bundesordnern, wie in den Swissair-Prozessen, braucht es manchmal ziemlich viel Zähigkeit und Eifer, und manchmal auch ein bisschen Glück, um ein Dokument zu finden, das vielleicht an einem falschen Ort abgelegt ist. Jene Partei, welche ein vitales Interesse am Auffinden des Dokuments hat, hat typischerweise von allen dreien dieser Elemente ein bisschen mehr.

bb) Vorsorgliche Beweisaufnahme als Alternative?

Mit Art. 158 Abs. 1 lit. b bietet die ZPO ein Mittel, um bereits vor Rechtshängigkeit eines Prozesses Beweise erheben zu können. Diese Möglichkeit ist mit Erlass der eidgenössischen ZPO im Vergleich zu den früheren kantonalen ZPOs erheblich ausgeweitet worden.⁸³ Das Gericht nimmt nun jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Die in der ZPO geschaffene, zweite soeben erwähnte Möglichkeit der vorsorglichen Beweiserhebung bei Glaubhaftmachung eines *schutzwürdigen Interesses* (also ohne eigentliche

⁸² Bei Prozessen vor dem Handelsgericht Zürich gilt wahrscheinlich für Akteneditionen ungefähr dasselbe wie für Zeugenaussagen: „Oft verlangt, selten gesehen“.

⁸³ Vgl. etwa § 135 aZPO-ZH: Nur für *gefährdete* Beweise, und nur *nach Eintritt der Rechtshängigkeit*. Art. 199 aZPO-SG: Nur wenn eine spätere Beweiserhebung wesentlich *erschwert* oder *unmöglich* wäre.

Beweisgefährdung) sollte nach der bundesrätlichen Botschaft gerade auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen, was dazu beitrage, aussichtslose Prozesse zu vermeiden.⁸⁴

Für die Annahme eines solchen schutzwürdigen Interesses muss der Gesuchsteller (in der publizierten Gerichtspraxis jeweils der Kläger) gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann“.⁸⁵ Jene Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, müssen dabei zwar nicht glaubhaft gemacht, aber immerhin *substantiiert und schlüssig behauptet* werden.⁸⁶ Wie hoch dabei die Anforderungen für einen potentiell *Beklagten* sind, also im hier interessierenden Fall, wurde soweit ersichtlich noch nie höchstrichterlich entschieden. Immerhin erscheint aber unbestritten, dass die Möglichkeit einer vorsorglichen Beweisaufnahme gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO grundsätzlich auch einem präsumtiv *Beklagten* offen stehen soll.⁸⁷

Dabei ist davon auszugehen, dass auch den *Beklagten* die Pflicht trifft, die durch ein vorsorglich beantragtes Beweismittel zu beweisende Tatsache substantiiert und schlüssig zu behaupten: Das ergibt sich zum einen aus den soeben für die Klägerin gezeigten bundesgerichtlichen Anforderungen. Zum anderen aber auch aus der Tatsache, dass die vorsorgliche Beweisaufnahme ja nur insoweit speziell ist – und besonderen Anforderungen unterliegt –, als sie eben „vorsorglich“ ist. D.h. es handelt sich zwar um eine *zeitlich frühere* Beweisaufnahme, aber *nicht* um eine *anderweitig irgendwie „erweiterte“* Möglichkeit der Beweismittel- oder Informationsbeschaffung.⁸⁸ Die Beweismittel

⁸⁴ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7315.

⁸⁵ BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81; ähnlich BGE 142 III 40 E. 3.1.1 S. 43; vgl. auch BGE 140 III 24 E. 3.3.4 S. 29.

⁸⁶ BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.

⁸⁷ DOMEJ, 75 f. wendet denn auch ein, dass das Kriterium des glaubhaft gemachten Anspruchs spätestens dann unbrauchbar werde, wenn es der vermeintliche Schuldner/Beklagte ist, der eine vorsorgliche Beweiserhebung beantragt. Sie spricht sich dafür aus, dass der Gesuchsteller in diesen Fällen glaubhaft machen müsse, dass der Hauptsacheanspruch zwischen den Parteien *streitig* ist oder voraussichtlich werden wird (a.a.O., 77).

⁸⁸ BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 119: „Die vorsorgliche Beweisführung unterscheidet sich nämlich von der ordentlichen nur dadurch, dass sie zeitlich vorgelagert ist“ (unter Verweis auf FELLMANN-ZPO Komm., Art. 158 ZPO, N 31b).

und -regeln bleiben in allen anderen Punkten unverändert, ebenso wie die Anforderungen an die Mitwirkung der Gegenpartei und die Rechtsfolgen einer verweigerten Mitwirkung.⁸⁹

Damit ist der potentiell Beklagte wieder auf die normalen Anforderungen der Urkundenedition zurückgeworfen. Diese kann er zwar bei einer vorsorglichen Beweisaufnahme allenfalls zeitlich *früher* verlangen, womit einige der soeben (II.3.f)aa) a.E.) geschilderten Nachteile abgemildert werden.⁹⁰ Aber er unterliegt ansonsten denselben Anforderungen an die Substantiierung, so dass die vorsorgliche Beweisaufnahme aufgrund der unter II.3.f)aa) geschilderten Hürden in den meisten Fällen nicht zielführend sein wird, wenn es um die Etablierung des Sachverhaltes im Hinblick auf einen Passivprozess geht.⁹¹

cc) *Datenschutzrechtliche Ansprüche als Alternative?*

Ein mögliches Mittel zu Beschaffung von Informationen und allenfalls Beweismitteln bietet an sich das Datenschutzgesetz mit Art. 8 DSGVO.⁹² Diese Bestimmung verleiht jeder Person grundsätzlich ohne Interessennachweis und kostenlos (Abs. 5) umfassende Einsicht in die über sie in einer Datensammlung

⁸⁹ BIEDERMANN, 425 m.w.N. A.M. in Bezug auf die Folgen der verweigerten Mitwirkung für den Gesuchsgegner ZÜRCHER-ZPO DIKE-Komm., Art. 158 ZPO, N 14.

⁹⁰ Allerdings zu einem Preis: Die Gerichtskosten und die *Parteientschädigung* im Verfahren um vorsorgliche Beweiserhebung trägt gemäss Bundesgericht nämlich *stets die gesuchstellende Partei*, selbst wenn die Gegenpartei die Abweisung des Begehrens beantragt hat und *unterlegen* ist. Denn der Gesuchsteller könne die Kosten dieses Verfahrens im Falle seines Obsiegens in einem allfälligen Hauptprozess immer noch auf die Gegenpartei abwälzen (BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34 f.). Diese Rechtsprechung stösst in der Lehre teilweise – vor allem in Bezug auf die Parteientschädigung – auf Kritik (vgl. hierzu die Übersicht über die Lehrmeinungen bei SCHMID, 615 ff. sowie seine Würdigung, 618 ff.). Sie dürfte einen Anreiz für den Gesuchsgegner setzen, die vorsorgliche Beweisabnahme zu behindern und so die Kosten in die Höhe zu treiben (so DOMEJ, 91). Einige Stimmen in der Lehre betrachten die Attraktivität des Instituts der vorsorglichen Beweiserhebung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO aufgrund dieser Kostenregelung denn auch ganz allgemein als stark verringert (SCHMID, 620; DROESE, 234).

⁹¹ In BGE 141 III 564 E. 4.2.1 f. S. 567 f. hat das Bundesgericht zudem klargestellt, dass die vorsorgliche Beweisaufnahme auch nicht als Ersatz für die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Informationsanspruchs (im konkreten Fall der Rechenschaftspflicht aus Auftragsrecht) dient. Entsprechend verweigerte es dem Gesuchsteller (Auftraggeberin) die Herausgabe einer unbestimmten Anzahl sehr allgemein umschriebener Dokumente gestützt auf diese Bestimmung.

⁹² Nach ROSENTHAL, Entwicklungen, 586, hat sich das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO „zu einem Standardinstrument zur vorprozessualen Beweiserhebung in beliebigen Streitfällen entwickelt“.

vorhandenen Personendaten. Zur Auskunft verpflichtet ist der Inhaber der Datensammlung.⁹³ Dem Auskunftsbegehren kann mit einem Verweis auf die Strafbarkeit der Verletzung der Auskunftspflichten nach Art. 34 DSGVO Nachdruck verliehen und das Auskunftsrecht klageweise durchgesetzt werden (Art. 15 Abs. 4 DSGVO).

Dabei bestehen aber aus Sicht einer (potentiell) im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses beklagten Person gewichtige Einschränkungen:

Erstens umfasst das Einsichtsrecht nur „Personendaten“.⁹⁴ Personendaten sind Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSGVO). In Betracht kommen daher zum Beispiel ein- oder ausgehende schriftliche Mitteilungen an den oder vom Gesuchsteller oder Protokolle von Sitzungen, an denen der Gesuchsteller beteiligt gewesen ist.⁹⁵ Angaben ohne direkten oder indirekten⁹⁶ Bezug zur gesuchstellenden Person gelten dagegen nicht als sie betreffende Personendaten.⁹⁷ Der Personenbezug muss dabei inhaltlicher Natur sein,⁹⁸ d.h. er kann trotz Nennung des Namens der gesuchstellenden Person fehlen, wenn das betreffende Aktenstück keine inhaltlichen Aussagen über diese Person macht.⁹⁹ Bereits daraus ergeben sich für einen potentiell beklagten Verwaltungsrat gewichtige Einschränkungen. Denn viele relevante Akten werden ihn weder direkt noch indirekt erwähnen und er ist auch nicht als Empfänger ausgewiesen (zu denken ist etwa an die GL-Sitzungen von Tochtergesellschaften oder an wichtige Verträge oder Buchhaltungsunterlagen).

Fraglich ist zweitens auch, ob der Aktenbestand in einem Konkurs in jedem Fall als „Datensammlung“ gilt. Denn vom Begriff der Datensammlung erfasst sind nur Bestände von Personendaten, die so aufgebaut sind, dass die Daten nach

⁹³ Die natürlichen oder juristischen Personen oder die Bundesorgane, die über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheiden (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. i DSGVO). Eingehend zu den Auskunftspflichtigen: BaK-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 DSGVO, N 10 ff.; ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 8 DSGVO, N 6 f.

⁹⁴ FRITSCHÉ/STUDER, 179. Gar für die Zulässigkeit der Offenlegung bloss einer „collageartigen“ Zusammenstellung der einzelnen, zerstückelten Personendaten: PASSADELIS, N 16 ff.; WIDMER, in: Datenschutzrecht, N 5.24; vgl. auch FRIEDRICH/KAISER, 526; a.M. aber GNEHM, 93 f.

⁹⁵ Vgl. ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSGVO, N 14.

⁹⁶ Indirekten Personenbezug haben z.B. Angaben über Grundstücke oder Motorfahrzeuge, die dem Eigentümer bzw. Halter zugerechnet werden können (BaK-BLECHTA, Art. 3 DSGVO, N 7 f.).

⁹⁷ BaK-BLECHTA, Art. 3 DSGVO, N 8.

⁹⁸ FRIEDRICH/KAISER, 25; GNEHM, 90 f.; ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSGVO, N 15.

⁹⁹ Vgl. dazu Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission VPB 64/69 E 4b. vom 28. Mai 1998; Fritsche/Studer, 179.

betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 lit. g DSGVO). Das gilt in der Regel für Sammlungen von elektronisch gespeicherten Textdokumenten, nicht aber für ungeordnete und verstreute Ablagen von Papierunterlagen.¹⁰⁰

Drittens ist das DSGVO in hängigen Zivilprozessen und anderen staatlichen Gerichts- und Verwaltungsverfahren nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO). Damit ein Beklagter von dieser Möglichkeit zumindest theoretisch Gebrauch machen kann, müsste er das entsprechende Gesuch daher in jedem Fall *vor der Rechtshängigkeit* der Klage einreichen (und für die Klägerin bietet es sich unter diesem Gesichtspunkt an, die Verjährung soweit möglich eher durch Schlichtungsgesuch zu unterbrechen, als durch eine andere Massnahme, bzw. relativ schnell und ohne Vorwarnung zu klagen).

Viertens hat es das Bundesgericht zwar abgelehnt, die zeitliche Ausnahme vom Geltungsbereich des DSGVO für *hängige Zivilprozesse* grundsätzlich bereits auf das Vorfeld eines Zivilprozesses auszudehnen, um den Gebrauch des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSGVO durch einen (späteren) Beklagten stets zu unterbinden.¹⁰¹ Es verweist in Bezug auf diese Problematik aber auf das *Rechtsmissbrauchsverbot* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und hat drei Fallgruppen von Begehren mit „*datenschutzwidrigen Zwecken*“ gebildet: Eine davon betrifft das Stellen eines Begehrens mit dem *ausschliesslichen* Zweck, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte.¹⁰² Kein Rechtsmissbrauch soll dagegen vorliegen, wenn der Gesuchsteller zumindest ein Interesse daran geltend macht, die ihn betreffenden Daten auf ihre *Richtigkeit zu kontrollieren*, und keine hinreichenden Anhalts-

¹⁰⁰ BaK-BLECHTA, Art. 3 DSGVO, N 81. Durch seine Offenheit und den technologischen Fortschritt (insb. die Durchsuchbarkeit praktisch aller elektronischer Datensätze) hat der Begriff der Datensammlung allerdings an Abgrenzungskraft eingebüsst (Urteil des Bundesverwaltungsgericht BVGE 2016/28 vom 30. November 2016 E. 3; GERSCHWILER, in: Datenschutzrecht, N 3.56). Demgegenüber will ROSENTHAL den Begriff der Datensammlung aber als durch verschiedene Kriterien eingeschränkt verstanden wissen: U.a. setzt er für das Vorliegen einer Datensammlung einen thematischen Zusammenhang der gesammelten Personendaten zueinander sowie eine gewisse (zeitliche) Beständigkeit der Sammlung voraus (ROSENTHAL-DSG Handkomm., Art. 3 DSGVO, N 82 ff.).

¹⁰¹ BGE 138 III 425 E. 4.3 S. 429 f.: Massgebend ist an sich allein die zivilprozessuale Rechtshängigkeit nach Art. 62 ZPO. So bereits WIGET/SCHOCH, 1006.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.1; BGE 141 III 119 E. 7.1.1 S. 127 f.; BGE 138 III 425 E. 5.5 S. 432. Die anderen beiden Fallgruppen sind das Stellen eines Auskunftsbegehrens (i) zwecks Ersparnis der Kosten einer Datenbeschaffung, die sonst bezahlt werden müssten, (ii) zwecks schikanöse Rechtsausübung ohne wirkliches Interesse an der Auskunft, allein um den Auskunftspflichtigen zu schädigen.

punkte für ein offenkundig zweckwidriges Vorgehen ersichtlich sind. Das gilt selbst wenn er die Datenüberprüfung (auch) im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess vornehmen möchte.¹⁰³

Obwohl ein legitimes Interesse für das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO nicht vorausgesetzt ist, muss ein solches unter Umständen also trotzdem dargelegt werden, damit das Gericht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs überprüfen oder aber das Interesse des Gesuchstellers gegen die Interessen Dritter bzw. des privaten Inhabers der Datensammlung abwägen kann (vgl. Art. 9 f. DSGVO).¹⁰⁴ Um Aussicht darauf zu haben, mit dem Gesuch durchzudringen, braucht es dabei zumindest *auch* ein eigentliches datenschutzrechtliches Motiv, und nicht nur ein prozessuales.¹⁰⁵ Immerhin setzt das Bundesgericht die Schwelle für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs in Zusammenhang mit der Gefahr einer verpönten Beweisausforschung relativ hoch an.¹⁰⁶

Im Rahmen der laufenden Totalrevision des DSGVO soll präzisiert werden, dass die betroffene Person nur diejenigen Informationen enthalten soll, die erforderlich sind, damit sie *ihre Rechte nach dem Datenschutzgesetz* geltend machen kann.¹⁰⁷ Damit reagiert der Gesetzgeber auf die Kritik an der obigen Rechtsprechung in der Vernehmlassung und der Literatur, welche den Missbrauch des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSGVO zu datenschutzfremden Zwecken, insbesondere zur Beweisausforschung im Hinblick auf Prozesse ohne datenschutzrechtliche Berührungspunkte, beklagte.¹⁰⁸ Neu eingeführt werden soll auch eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Auskunftsrechts, wenn das Auskunftsgesuch „offensichtlich unbegründet oder querulatorisch“ ist (Art. 24 Abs. 1 lit. c E-DSG). Zwar solle ein Auskunftsgesuch nach wie vor grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses und ohne Begründung möglich sein, auch aus blosser Neugier. Wenn aber offenkundig sei, dass das Gesuch aus Gründen gestellt wurde, die mit einem vom DSGVO verfolgten Zweck nichts zu tun haben, soll die Auskunft verweigert werden können.¹⁰⁹ Im Entwurf nicht

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.4.2; BGE 138 III 425 E. 5.6 S. 432 f.

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_506/2014, 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015 E. 8.1; BGE 138 III 425 E. 5.4 S. 432.

¹⁰⁵ A.M. RÜD/MICHLIG, 175.

¹⁰⁶ FRITSCHÉ/STUDER, 179; GNEHM, 87; PASSADELIS, N 12; ROSENTHAL, Entwicklungen, 586.

¹⁰⁷ Art. 23 Abs. 2 E-DSG (Botschaft vom 15. September 2017 über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017, 6941 ff., 7217).

¹⁰⁸ BBl 2017, 7066 f. Zur Kritik siehe ROSENTHAL, Entwicklungen, 588 ff.; ROSENTHAL, Vorentwurf, N 54.

¹⁰⁹ BBl 2017, 7068 f.

mehr enthalten ist die Vorschrift, nach der die Auskunft in der Regel schriftlich zu erteilen sei.¹¹⁰ Angesichts dessen ist denkbar, dass die Gerichte unter dem totalrevidierten DSG geneigt sein könnten, eine anderweitige Form der Auskunft (etwa eine reine Einsichtnahme) zu akzeptieren.¹¹¹ Es bleibt abzuwarten, ob die im Entwurf vorgesehenen „Präzisierungen“ von den Räten verabschiedet werden und gegebenenfalls zu einer Änderung in der Rechtsprechung führen.

dd) Materieilrechtlicher Anspruch aus Art. 715a OR als Alternative?

Art. 715a OR räumt – allerdings unter relativ komplizierten Voraussetzungen¹¹² – jedem Mitglied des Verwaltungsrates einen Anspruch auf Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft ein, dessen Durchsetzung nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts mittels Leistungsklage gegen die Gesellschaft möglich ist.¹¹³

Auch diese Möglichkeit unterliegt allerdings einer Reihe von gewichtigen Einschränkungen und Unsicherheiten, wenn es darum geht, einen lange zurückliegenden Sachverhalt im Rahmen eines (angedrohten) Verantwortlichkeitsprozesses zu etablieren:

- Sie steht zum vorneherein nur den möglicherweise beklagten Verwaltungsratsmitgliedern zur Verfügung¹¹⁴ – und damit nicht (a) den materiellen

¹¹⁰ Art. 23 E-DSG (BBl 2017, 7217); ROSENTHAL, Vorentwurf, N 57.

¹¹¹ Vgl. dazu ROSENTHAL, Entwicklungen, 590, 592 ff., welcher dies bereits unter geltendem DSG fordert, wenn bei der Herausgabe von Unterlagen die Verletzung einer Geheimhaltungspflicht droht.

¹¹² Während das einzelne Verwaltungsratsmitglied von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen grundsätzlich uneingeschränkt Auskunft über den allgemeinen Geschäftsgang verlangen kann (Art. 715a Abs. 3 OR), wird ihm Einsicht in die Bücher und Akten der Gesellschaft durch den Präsidenten (bzw. den Gesamtverwaltungsrat, Abs. 5) nur insoweit gewährt, als es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist (Abs. 4). Das Begehren um Einsicht in Geschäftsunterlagen kann demnach verweigert werden, wenn keinerlei Zusammenhang zur Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats gegeben ist (BÖCKLI, §13 N 217; KILLIAS, 339).

¹¹³ BGE 144 III 100 E. 5.2.3.2 S. 106 f. (zur Leistungsklage) und E. 6 S. 110 (zum Verfahren).

¹¹⁴ KILLIAS, 343.

Organen (CEO, CFO, andere Mitglieder der Geschäftsleitung), (b) der Revisionsstelle oder (c) den als faktische Organe ins Recht gefassten Personen.¹¹⁵

- Sie verleiht lediglich einen Anspruch auf Einsicht in die Gesellschaftsakten, nicht aber in die – bisher durch Art. 8a SchKG abgedeckten – Konkursakten, die ebenso wichtig sein können (vgl. oben, II.1.c)).
- Zweck dieses Auskunfts- und Einsichtsrechts ist es nach herrschender Auffassung, den Verwaltungsratsmitgliedern die *Erfüllung ihrer Aufgabe* zu ermöglichen.¹¹⁶ Ein *ehemaliges* Verwaltungsratsmitglied hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit grundsätzlich kein hinreichendes Interesse mehr an der Geltendmachung dieses Rechts, und zwar auch nicht in Bezug auf die Vorgänge während seiner Amtszeit.¹¹⁷ Die allermeisten Fälle aktienrechtlicher Verantwortlichkeit betreffen aber natürlich Beklagte, die nicht mehr im Amt sind. Dennoch – und in bemerkenswerter Widersprüchlichkeit zum soeben proklamierten Zweck des Einsichtsrechts¹¹⁸ – sah das Bundesgericht offenbar in einem Entscheid (obiter) ein hinreichendes Interesse auch dann als gegeben an, wenn der ehemalige Verwaltungsrat Informationen benötigt, um strittige Ansprüche (insbesondere Verantwortlichkeits- oder Honoraransprüche) bezüglich des abgeschlossenen Verwaltungsratsmandats beurteilen zu können.¹¹⁹ Begründet ist dies wohl in einer (stillschweigend angenommenen) weiteren Funktion des Auskunfts- und Einsichtsrechts, nämlich in der Schaffung der Kongruenz von Information und (unbegrenzter, solidarischer) Verantwortlichkeit des Verwaltungsratsmitglieds nach Art. 754 ff. OR.¹²⁰ Wie weit dieser Entscheid im Detail trägt, ist allerdings unklar. Dies zumal in der Lehre bestimmte allgemeine Schranken des Auskunfts- und Einsichtsrechts nach Art. 715a OR auch bei noch amtierenden Verwaltungsratsmitgliedern dis-

¹¹⁵ Letztere wären auf den Zugang zu den Gesellschaftsakten (Organisationsreglemente, Protokolle, etc.) häufig auch schon daher dringend angewiesen, um ihre faktische Organstellung (und damit ihre Passivlegitimation in einem möglichen Prozess) widerlegen zu können.

¹¹⁶ BGE 144 III 100 E. 5.2.2 S. 104; BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501.

¹¹⁷ BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501.

¹¹⁸ Vgl. CARBONARA/VON DER CRONE, 93.

¹¹⁹ BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501 f., wo ein solches Interesse nicht geltend gemacht worden ist (E. 3.4 S. 502); ähnlich ZK-HOMBURGER, Art. 715a OR, N 496; BÄCHTOLD, 128; a.M. KILLIAS, 343, der die Aktivlegitimation des ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds ablehnt.

¹²⁰ Böckli, §13 N 163; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 3; vgl. hierzu CARBONARA/VON DER CRONE, 92, insb. Fn. 41.

kutiert werden.¹²¹ Danach muss das Begehren in zeitlicher Hinsicht und in Bezug auf den Umfang der verlangten Informationen *verhältnismässig* sein und es kann insbesondere auch verweigert werden, wenn das Verwaltungsratsmitglied wegen Interessenkollision (z.B. Marktgegenseite, *Prozessgegenpartei*, Konkurrenz) *zum Ausstand verpflichtet* wäre. Das führt zur auf den ersten Blick etwas absurden Situation, dass – wenn man den genannten Entscheid zum Nennwert nehmen wollte – einem amtierenden Verwaltungsrat (der immerhin einer Treue- und Geheimhaltungspflicht untersteht¹²²) die Einsicht verweigert werden könnte, mit der Begründung er sei (potentielle) Prozessgegenpartei, während einem ehemaligen Verwaltungsrat die Einsicht just mit dieser Begründung zu gewähren wäre.

- Aus Sicht eines potentiell Beklagten ist der Weg über den materiellrechtlichen Anspruch von Art. 715a OR (soweit er nach dem Gesagten überhaupt besteht) wesentlich mühsamer als über den bisherigen nach Art. 8a SchKG, weil er sich nicht auf ein öffentlich-rechtliches Einsichtsrecht (mit kostenloser Beschwerdemöglichkeit) stützen kann, sondern einen zeitraubenden Prozess führen muss – vorsichtshalber vielleicht bevor er überhaupt weiss, ob er in der Hauptsache je eingeklagt werden wird. Soweit er in der Hauptsache eingeklagt wird, ohne dass er sich zuvor auf diesem Weg um Akteneinsicht bemühte, ist er zudem davon abhängig, dass das Hauptsachengericht den Verantwortlichkeitsprozess sistiert, bis er aufgrund seines Informationsanspruchs Zugang zu den Akten hatte – ein Anliegen, dem nach meiner Erfahrung nicht alle Gerichte ihr Ohr leihen.
- Einsicht in die „Bücher und Akten“ nach Art. 715a Abs. 4 OR meint zwar grundsätzlich Einsicht in alle gesellschaftsinternen Schriftstücke sowie in die auf anderen Datenträgern festgehaltenen Informationen¹²³ – vorbehaltlich der vorgenannten allgemeinen Schranken. Zu den Büchern und Akten gehören insbesondere die Geschäftsbücher nach den Art. 957 ff. OR und die Korrespondenz.¹²⁴ Ein Recht des Verwaltungsratsmitglieds, diese Unterla-

¹²¹ Zum Ganzen: BÖCKLI, § 13 N 171 ff.; KILLIAS, 339; KRNETA, N 961 ff.; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 4; vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 98 f. und 102 f.

¹²² Und dieser Umstand soll den von der Gesellschaft allfällig geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen entgegengehalten werden können: BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 5; vgl. auch BÖCKLI, § 13 N 174; NAEF/RIEGER, 605; ROTH PELLANDA, N 693 m.w.N. Siehe dazu auch Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Oktober 2018, HE180280, E. 4.6, betr. das Einsichtsrecht des Gesellschafters bei der GmbH.

¹²³ BÄCHTOLD, 123 f.; KRNETA, N 1017 ff.

¹²⁴ BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 11; BÖCKLI, §13 N 217.

gen im Rahmen der Einsicht zu kopieren, wie es ihm unter Art. 8a SchKG üblicherweise zugestanden wurde, besteht jedoch gemäss Teilen der Lehre nicht,¹²⁵ was einen erheblichen Nachteil darstellt.

Vieles im Zusammenhang mit der Möglichkeit, sich gestützt auf Art. 715a OR Zugang zu den zur Abwehr eines Verantwortlichkeitsanspruches notwendigen Akten zu verschaffen, erscheint derzeit *unklar*. Das gilt namentlich auch für die Situation in der Insolvenz, welche bisher über Art. 8a SchKG sachgerecht gelöst war.

M.E. könnte hier ein möglicher Ansatzpunkt darin liegen, dass man der Lehrmeinung (und dem Gedanken, welcher dem *obiter dictum* in BGE 129 III 499 E. 3.3 S. 501 f. wohl zugrunde liegt) folgt, wonach Art. 715a OR *auch* bezweckt, eine Informationskongruenz in Haftungsfällen zu schaffen (in Erweiterung der gängigen Lehrmeinung, auch über das Ende der Tätigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds hinaus). Und zwar derart, dass sich aus dieser Bestimmung ein „rechtliches“ (und nicht nur tatsächliches) Interesse an einem Einsichtsrecht *gestützt auf Art. 8a SchKG* ergeben würde.¹²⁶ Damit würde sich auch der Kreis zur älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliessen, welche zu Art. 8a SchKG festhielt, dass es eigenartig wäre, wenn man einem Verwaltungsratsmitglied zur Abwehr eines Haftungsanspruchs den Zugang zu Akten verweigern würde, zu denen es bis kurz vor dem Konkurs noch unbeschränkten Zugang hatte.¹²⁷ Auch die *lex generalis/lex specialis* Problematik wäre (soweit man hier an der Auffassung des Bundesgerichts festhalten wollte) damit m.E. einigermassen sachgerecht entschärft: Die Regeln der ZPO gingen zwar jenen von Art. 8a SchKG im allgemeinen vor, die Situation eines beklagten Verwaltungsratsmitglieds im Konkurs würde aber aufgrund des Art. 715a OR zu Grunde liegenden Gleichlaufes von „umfassender Information“ und „umfassender Haftung“ als eine *noch speziellere* betrachtet, welche in diesem engen Bereich eine Schneise zugunsten eines rechtlichen Interesses im Sinne von Art. 8a SchKG schlägt.

¹²⁵ BÄCHTOLD, 125; BÖCKLI, §13 N 219; ZK-HOMBURGER, Art. 715a OR, N 499, mit Ausnahmen; KRNETA, N 1034; ROTH PELLANDA, N 691; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR, N 11; anders aber Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Oktober 2018, HE180280, E. 4.6 für das uneingeschränkte Einsichtsrecht des Gesellschafters bei der GmbH ohne Revisionsstelle nach Art. 802 Abs. 2 OR; differenziert: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 107.

¹²⁶ Gemäss BGE 105 III 38 E. 1 S. 39; BGE 99 III 41 E. 3 S. 44; BGE 93 III 4 E. 1 S. 6 muss das besondere und gegenwärtige Interesse nicht finanzieller Natur sein, es genüge vielmehr ein rechtliches Interesse anderer Art.

¹²⁷ Oben, II.3.a).

ee) *Vertragliche Ansprüche (Verwaltungsratsvertrag) und „Handakten“?*

Man kann sich fragen, ob ein vorsichtiges Organ sich auf der Basis der hier geschilderten Rechtsprechung noch ohne weiteres darauf einlassen soll, sämtliche Unterlagen am Ende jeder Sitzung abzugeben oder diese in einer der Kontrolle der Gesellschaft unterstehenden Cloud bzw. einer der gebräuchlichen Management-Softwares für die Verwaltungsratsstätigkeit abzulegen, ohne eigene Download-Möglichkeit und mit der jederzeitigen Gefahr, dass die Gesellschaft ihm den Zugang zu *seinen eigenen Entscheidungsgrundlagen* abschneidet (oder er ihn mit dem Austritt automatisch verliert).

Wo das Gesetz (derzeit) den Aktenzugang nicht mehr gewährt, wäre vielleicht eine vertragliche Pflicht der Gesellschaft, unter welcher man die Unterlagen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen herausverlangen darf¹²⁸ bzw. diese bei einer Drittstelle hinterlegt werden – oder, soweit es um eigentliche „Handakten“ geht, man diese behalten darf – empfehlenswert. Ein möglicher Ort für solche Regelungen könnte z.B. ein „VR-Vertrag“ sein, in welchem noch weitere wichtige Fragen geregelt werden könnten (z.B. die Aufrechterhaltung der Organhaftpflichtversicherung über einen bestimmten Zeitraum nach dem Ausscheiden des Organs hinaus, welche für ehemalige Organe zentrale Bedeutung haben kann). Derartige Verträge bestehen derzeit aber typischerweise nur in Verhältnissen, in welchen ein Verwaltungsrat als (fiduziarisch) Abgesandter für einen bestimmten Aktionär in einem Verwaltungsrat Einsitz nimmt – und dann mit jenem Aktionär und in der Regel nicht mit der Gesellschaft selbst.¹²⁹

ff) *Beilagen des Prozessgegners (Klägerin)*

Jeder prozessierende Anwalt weiss, dass man zuweilen am meisten für seinen Standpunkt aus den von der Gegenpartei eingereichten Urkunden gewinnen kann. Manchmal lässt sich aus diesen auch ein Editionsbegehren ableiten (z.B. weil aus einem Brief klar wird, dass es eine Antwort gegeben haben muss, oder weil ein Protokoll auf ein früheres Protokoll oder eine Präsentation verweist). Je dürre seine allgemeine Informationslage ist, umso wichtiger ist diese – allerdings nur sehr punktuelle, und zeitlich sehr späte – Quelle für den Beklagten.

¹²⁸ Die Frage, inwieweit solche Abmachungen einen Konkurs „überleben“ und (auch ohne ihren Vertragseintritt) auf die Insolvenzmasse übergehen würden, wird hier nicht vertieft.

¹²⁹ Siehe dazu BÖCKLI, § 13, N 866 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 407 f. Zu Verträgen mit der Gesellschaft über die Schadloshaltung vgl. auch BÖCKLI, § 13, N 861 ff.

Gleichzeitig wird es für die Klägerin noch wichtiger, bei jeder eingereichten Urkunde umfassend zu prüfen, ob damit nicht dem Beklagten unnötigerweise die Tür zu – ansonsten verschlossenen – Informationen geöffnet oder ein wertvolles Argument in die Hand gegeben wird.¹³⁰

gg) *Weitere Linderungsmöglichkeiten: „Kriegstagebuch“ und „Bericht des Klienten“*

In Fällen, in denen für das handelnde Organ eine gewisse Gefahreneigenschaft besteht (z.B. im Umfeld von Sanierungsversuchen bei einer akuten Liquiditätskrise) empfehle ich den Mandanten, jeden Abend in einem Heft kurz zu notieren, welche Entscheide sie aufgrund welcher Informationen gefällt haben, mit wem sie dazu gesprochen haben und was ihre Überlegungen und Befürchtungen waren („Kriegstagebuch“).¹³¹

Oft empfiehlt es sich auch, den Mandanten gleich zu *Beginn* einer Abwehrberatung (z.B. nach einem Konkurs) dazu anzuhalten, einen Bericht über seine Tätigkeit zu verfassen, so lange die Erinnerung noch einigermaßen frisch ist. Soweit möglich mit Verweis auf die einzelnen Grundlagendokumente („Bericht des Klienten“).

In beiden Fällen erleichtert das nicht nur die eigene Aufarbeitung des Sachverhaltes, sondern auch das Stellen von substantiierten Editionsbegehren (weil man noch weiss, an welchem Tag ein von wem verfasstes Dokument mit welchem ungefähren Inhalt zur Kenntnis genommen wurde) sowie die Offerte von Zeugenbeweisen.

Viele Mandanten unterziehen sich diesen – mühsamen, und manchmal auch etwas schmerzlichen – Aufgaben allerdings nur mit Widerwillen, so lange eine

¹³⁰ Es ist manchmal erstaunlich, wie sehr Anwälte der Versuchung unterliegen, eine an sich bereits bewiesene (oder gar nicht bestrittene) Tatsache „sicherheitshalber“ noch mit zusätzlichen Urkunden zu unterlegen, und dabei übersehen, dass sich aus diesen Urkunden noch zahlreiche andere Tatsachen ergeben, welche den eigenen Standpunkt vielleicht eher schwächen oder neue Diskussionsfelder eröffnen.

¹³¹ Wenn dieses Dokument handschriftlich geführt wird, kann es unter Umständen später einmal sogar als Beweismittel dienen, denn es lässt sich mit forensischen Mitteln teilweise feststellen, dass ein solcher Eintrag eine gewisse Zeit zurückliegt, und dass die Einträge an unterschiedlichen Tagen verfasst wurden.

Klage noch nicht konkret in Aussicht steht. Und diese Massnahmen wirken nur, soweit der spätere klägerische Angriff nach Jahren aus einer zu erwarteten Richtung kommt, was bei weitem nicht immer der Fall ist.¹³²

hh) Die Strafuntersuchung als „Segen“ für den Beklagten

Unter der geschilderten Rechtsprechung könnte sich in Zukunft eine dem Zivilprozess vorgelagerte Strafuntersuchung¹³³ oft als „Segen“ für den Beklagten erweisen. Dort werden – mit den Zwangsmitteln des Strafrechts – oft umfangreiche Akten erhoben und von der Staatsanwaltschaft mit viel Aufwand sauber systematisiert und elektronisch erfasst, zu denen der Beklagte dann Zugriff erhält.¹³⁴ Umgekehrt muss sich eine Klägerin vor diesem Hintergrund vielleicht überlegen, ob sie dem Beklagten diese Möglichkeit gewähren will oder lieber auf eine Strafanzeige verzichten.

4. Die oft grosse Bedeutung der Rechnungslegung (Expertise)

Unter der nun weitgehend etablierten Praxis der Business Judgment Rule schweizerischer Prägung¹³⁵ droht Gefahr für Organe weniger aus falschen Geschäftsentscheiden als aus eher „technischen“ Sachverhalten, wie der Gewährung von Intercompany Darlehen, der Bezahlung einzelner Gläubiger kurz vor der Insolvenz oder Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns.

In diesen Zusammenhängen spielt die Rechnungslegung oft eine zentrale Rolle. Die Gerichte neigen zudem dazu, die nach bestimmten Rechnungslegungsregeln erstellte Bilanz eines Unternehmens nicht nur als ein – gemäss jenen standardisierten Regeln erstelltes – *Abbild* der Realität zu sehen, son-

¹³² Hier prallen die Welt des Juristen und jene des Ökonomen manchmal aufeinander: Es ist erstaunlich, wie weit die Einschätzung der Organe, welches die „heiklen“ Punkte sind (oft solche unternehmerischer Natur, die durch die Rechtsprechung zur „Business Judgment Rule“ weitgehend entschärft sind) manchmal abweicht von dem, was dann später wirklich eingeklagt wird (manchmal, gerade in Konzernen, „technische“ Dinge, an welche die Organe keinerlei Erinnerung oder Emotionen mehr knüpfen).

¹³³ Siehe dazu auch unten, II.5.

¹³⁴ Vgl. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, 488.

¹³⁵ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; zum Begriff des Geschäftsentscheidens vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1 m.w.H., nicht publiziert in BGE 145 III 351. Für weitere Entscheide zur Business Judgment Rule siehe unten, Fn. 141.

dern als *die Realität selbst*.¹³⁶ Ein entsprechend grosses Gewicht kommt diesen Urkunden und den zu Grunde liegenden Buchungsvorgängen und Dokumenten häufig in einem Verantwortlichkeitsprozess zu.

Es empfiehlt sich daher in vielen Fällen, einen Rechnungslegungsexperten beizuziehen. Und zwar nicht erst im Hinblick auf ein allfälliges Gutachten im Prozess, sondern – soweit man Zugriff auf die Rechnungslegungsdokumente hat – bereits *frühzeitig*, im Rahmen der Etablierung des Sachverhalts. Dies auch deshalb, weil ein versierter Rechnungslegungsexperte oft aus den entsprechenden Dokumenten ganz erstaunlich detaillierte Rückschlüsse auf weitere tatsächliche Gegebenheiten ziehen kann.

5. Die vorgelagerte Strafuntersuchung

In vielen grösseren Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit findet vor dem ersten Zivilverfahren eine Strafuntersuchung, allenfalls sogar ein Strafprozess statt. Das Verhältnis dieses Verfahrens zum zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess und die sich daraus ergebenden taktischen und rechtlichen Fragen würden Stoff für einen eigenen Beitrag bieten.¹³⁷ Aus Sicht der Sachverhaltsaufbereitung im Zivilprozess sei hier nur auf folgende Punkte hingewiesen:

Während auf Seiten der Klägerin oft dieselben Anwälte (als Geschädigtenvertreter) an der Strafuntersuchung teilnehmen, die später den Zivilprozess führen, findet auf Beklagtenseite in der Regel eine klare Arbeitsteilung zwischen einem (reinen) Strafverteidiger und einem Zivilprozessualisten statt (sehr oft aus unterschiedlichen Anwaltskanzleien). Letzterer ist in die Strafuntersuchung häufig nicht oder nur ganz am Rande involviert. Ich halte das – auch, aber nicht nur – aus Sicht der Sachverhaltsaufbereitung für einen Fehler. Das Strafverfahren ist der Ort, an welchem ein wesentlicher Teil des Sachverhalts

¹³⁶ Indem etwa das ausgewiesene Eigenkapital einer Gesellschaft kritiklos und in allen Zusammenhängen als deren „Vermögen“ betrachtet wird, und dessen negative Schwankungen als „Schaden“. Das geht so weit, dass schon behauptet wurde, mit der Bildung einer Rückstellung sei ein Schaden eingetreten.

¹³⁷ Siehe dazu etwa ISLER/ZINDEL/SOMMER.

erstmal und teilweise faktisch unabänderbar festgelegt und (über unterzeichnete Einvernahmeprotokolle, Anklageschrift, Gutachten, Plädoyers und gegebenenfalls ein Urteil¹³⁸) verschriftlicht wird.

Dabei hat der typische, reine Strafverteidiger oft einen anderen Blick auf die Dinge als der Wirtschaftsrechtler. Das äussert sich manchmal unter anderem in Folgendem:

- Für den Strafverteidiger ist das Sähen von Zweifeln aufgrund der klar verteilten Beweislast und des strikten Beweismasses im Strafprozess oft ein genügendes Ziel (Zitat aus manchen Plädoyers: „Man weiss es nicht.“). Unterschiedliche oder sogar widersprüchliche Erinnerungen der verschiedenen Beschuldigten/Beklagten stören ihn daher weit weniger als den Zivilrechtler. Ja, sie können ihm sogar willkommen sein („Jedenfalls widersprechen sich die Beschuldigten in diesem Punkt diametral, und auch die Staatsanwaltschaft konnte nicht mehr schlüssig eruieren, wie das damals war“). Für den Zivilrechtler ist das Etablieren eines im Kern kohärenten Sachverhalts bei mehreren Beklagten aber oft ein zentraler Erfolgsfaktor (vgl. dazu unten, IV.2).
- Der Strafverteidiger fokussiert seine Aufmerksamkeit im Rahmen der Einvernahmen in der Regel auf die Vorwürfe strafbaren Verhaltens und auf jene Sachverhaltskomplexe (und auch jene Gesellschaften), die im Strafverfahren zur Beurteilung stehen. Aussagen, die nicht damit im Zusammenhang stehen, liegen verständlicherweise nicht in seinem Fokus. In den nachfolgenden Zivilverfahren können die so „nebenbei“ etablierten und verschriftlichten Sachverhaltselemente aber überraschend wichtig werden.

Beispiel: Die Staatsanwältin befragt den Verwaltungsratspräsidenten einer Holding-Gesellschaft. In der üblichen „Aufwärmrunde“, bevor es zu den eigentlichen Fragen im Zusammenhang mit den Straftatbeständen geht, stellt sie fest: „Die Gesellschaft wurde also ursprünglich im Jahr XX gegründet. Und im Jahr YY waren dann Teilverkäufe von Geschäftseiten geplant. Im Hin-

¹³⁸ Das Bundesgericht bezeichnet es als Gebot der Zweckmässigkeit, dass der Zivilrichter (auch dort, wo er rechtlich nicht an das Strafurteil gebunden ist; Art. 53 OR) nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abweichen wird (BGE 125 III 401 E. 3 S. 411 unter Verweisung auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 1984 i.S. Sch., E. 2 und BK-BREHM, Art. 53 OR, N 31 ff., m.w.N.). Der Zivilrichter darf insbesondere die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung bei seinem Urteil ausdrücklich mitberücksichtigen (BGE 125 III 401 E. 3 S. 411; Urteil des Bundesgerichtes vom 31. März 1994, E. 3b, in: SJ 1994, 551 f.).

blick darauf haben Sie die verschiedenen Divisionen in selbständige Tochtergesellschaften ausgegliedert, richtig?“ Antwort: „Ja“. „Was hat sich da für sie als Verwaltungsratspräsident geändert?“ Der Befragte – etwas flapsig, mit einem Lächeln: „Gar nichts“. Die Staatsanwältin diktiert ins Protokoll. Der Geschädigtenvertreter macht sich eine Notiz. Die Strafverteidiger warten auf die nächste Frage. Und der anwesende Zivilrechtler eines anderen VR-Mitglieds denkt mit einem Schauern an die faktische Organschaft (und die mögliche Passivlegitimation in Prozessen der ebenfalls konkursiten Tochtergesellschaften). Er wird seinen Klienten anweisen, zu diesem Punkt umfassender und wahrheitsgetreuer auszusagen.

- Strafverteidiger, vor allem solche, welche in Verfahren gestählt wurden, bei denen es um Delikte gegen Leib und Leben geht, neigen zuweilen dazu, nicht nur das Delikt selbst zu bestreiten, sondern ihre Mandanten rein „sicherheitshalber“ auch noch in maximaler Distanz zu den Geschehnissen zu positionieren. Etwa, indem sie das Nicht-Mitwirken ihres Klienten bei einer bestimmten Handlung oder einem bestimmten Entschluss in den Vordergrund rücken, oder im Zweifel sein Nicht-Wissen („Davon hört mein Klient heute zum ersten Mal“). Das ist im Hinblick auf die spätere zivilrechtliche Beurteilung der Arbeit in einem Gremium, in welchem (a) alle Mitglieder zur aktiven Mitarbeit und zum Eingreifen verpflichtet sind,¹³⁹ sowie (b) dazu, eine Organisation zu schaffen, welche sicherstellt, dass sie zeitgerecht über die notwendigen Informationen verfügen,¹⁴⁰ und (c) unter der helvetischen Business Judgment Rule, welche verlangt, dass Entscheide auf einer angemessenen Informationsbasis der Entscheidungsträger gefällt werden,¹⁴¹ von Fall zu Fall eine heikle Taktik (und – zumindest theoretisch – auch strafrechtlich nicht ganz ohne Risiken).
- Das Strafrecht kennt keine Solidarität der Angeschuldigten. Zwar geht auch die im Verantwortlichkeitsrecht geltende differenzierte Solidarität davon aus, dass man nur für die eigenen Handlungen/Unterlassungen und das

¹³⁹ BGE 122 III 195 E. 3b S. 198 f.; BGE 103 V 120 E. 6 S. 125; BGE 97 II 403 E. 5b S. 411; BÖCKLI, § 13, N 361 ff.; KRNETA, N 1199 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 162; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR, N 8.

¹⁴⁰ BÄCHTOLD, 95 ff.; BÖCKLI, § 13, N 188 ff.; KRNETA, N 1199; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 172; ROTH PELLANDA, N 676 ff.; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR, N 11 und N 26.

¹⁴¹ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1, nicht publiziert in BGE 145 III 351; Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 II. November 2015 E. 7.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015 E. 4.2.1.

eigene Verschulden haftet.¹⁴² Dennoch bilden die gemeinsam eingeklagten Organe – bei allen Interessenunterschieden – viel eher eine „Gruppe“ (oder gegebenenfalls „Unter-Gruppen“), als die Angeklagten in einem typischen Straffall. Dort ist der Tatbeitrag des Einen oft automatisch eine Entlastung für den Anderen, und Strafverteidigern mehrerer Beschuldigter liegt die Zusammenarbeit und das Entwickeln einer gemeinsamen Gesamt-Strategie daher, und auch aus anderen,¹⁴³ teilweise „kulturellen“ Gründen, manchmal etwas ferner als den Zivilrechtlern.

Die Einvernahmen der Beteiligten im Strafverfahren (und die entsprechenden Protokolle) geben dem Anwalt der *Klägerin* die kostbare Gelegenheit, jene Quelle anzuzapfen, welche ihm zur Sachverhaltsermittlung oft fehlt: Die menschliche Erinnerung (vgl. dazu oben, II.2). Ausserdem hat er die – aus Sicht des Zivilrechtlers traumhafte – Möglichkeit, oft tagelang den anwaltlich ungefilterten Ausführungen einer manchmal reichlich nervösen Gegenseite zuzuhören, einschliesslich Konfrontationseinvernahmen verschiedener Beteiligter bei Widersprüchen. Und er kann der späteren Gegenpartei direkt *Fragen stellen*, und so Hypothesen, welche er aufgrund des Aktenstudiums aufgestellt hat, gegebenenfalls überprüfen. Ganz ohne Prozessrisiko (dafür um den Preis des Aktenzugangs durch die Gegenseite; vgl. oben, II.3.f)hh)).

Von Seiten des Beklagten-Anwalts ist in Zusammenarbeit mit dem Strafverteidiger darauf hinzuwirken, dass der Beschuldigte/Beklagte dabei nicht in die „Prüfungsfalle“ tappt: Die Versuchung, die strafrechtliche Einvernahme als Prüfungssituation zu begreifen, bei welcher es darum geht, auf jede Frage etwas Hilfreiches zu sagen, und sei die Erinnerung auch noch so vage, ist gerade bei Personen, die es aufgrund ihres Wissens und Könnens in wirtschaftliche Leitungspositionen geschafft haben und die reinen Gewissens sind (und das auch zeigen wollen), gross. Dieser Erklärungsdrang ist die Quelle manchen Widerspruchs, den sich Klägervertreter später im Zivilprozess zu Nutze machen können.

Beispiel dafür, wie extrem die „Prüfungsfalle“ gerade bei gewissenhaften Mandanten wirken kann: Der Staatsanwalt legt dem Beschuldigten in einem komplizierten Verantwortlichkeitsfall die Abschrift einer vor mehreren Jahren verfassten E-Mail vor und fragt, was sich der Beschuldigte überlegt habe, als er sie tippte. Dem Anwalt kommt die E-Mail eigenartig vor, sie steht im Widerspruch zu allem, was er über den Sachverhalt weiss. Er sucht sie im Hintergrund in seinen eigenen elektronischen Akten. Nach kurzem Suchen stellt sich heraus, dass die Staatsanwaltschaft bei der Abschrift ein „nicht“

¹⁴² Art. 759 Abs. 1 OR. Eingehend dazu statt vieler: BÖCKLI, § 18, N 486 ff.

¹⁴³ Stichwort: Kollusion.

vergessen hat zu übernehmen. Die Aussage des Mandanten in der Original-E-Mail war also gerade gegenteilig. Sofort unterbricht der Anwalt die Befragung. In der Zwischenzeit hat der Beschuldigte bereits wortreich zu erläutern begonnen, was er sich damals alles gedacht hatte – in Bezug auf eine Aussage, die er nicht nur nie getätigt hat, sondern die er sogar *gegenteilig* machte.

Aus Sicht des Beklagten stellt sich vor diesem Hintergrund manchmal die Frage, ob nicht nach Absprache mit dem Strafverteidiger eine (teilweise) Aussageverweigerung in Betracht gezogen werden sollte.

III. Aufgabe 2: Beweismittel suchen, prüfen und evaluieren

Für die zweite Aufgabe des Prozessanwaltes, nämlich das Sammeln und Prüfen von Beweismitteln, bestehen wenig Besonderheiten im Zusammenhang mit lange zurückliegenden, komplexen Verantwortlichkeitsprozessen. Es kann auf die allgemeine prozessuale Literatur verwiesen werden. Besonders erwähnenswert sind vielleicht folgende Punkte:

- Bei der Etablierung des Sachverhaltes mit Rückgriff auf die menschliche Erinnerung (oben, II.2) ist dem Umstand Sorge zu tragen, dass ein Kontakt mit Personen, die allenfalls später in einem Verfahren als Zeugen benannt werden könnten, Beschränkungen unterliegt.¹⁴⁴
- Aufgrund der solidarischen Haftung (unter geltendem Recht auch noch mit der Revisionsstelle) sind bei Verantwortlichkeitsansprüchen häufig Regress-Konstellationen gegeben. Regress-Konstellationen sind eine typische Ausgangslage für mögliche Streitverkündigungen.¹⁴⁵ Bei diesen ist zu beachten, welche Auswirkung eine Streitverkündigung auf die Zeugenqualität von Personen haben könnte, die allenfalls wichtige (und für den Beklagten günstige) Aussagen machen könnten.
- Nicht alle Gerichte in der Schweiz sind dem Zeugenbeweis in gleicher Art und Weise zugänglich. Da sich der Klägerin bei Verantwortlichkeitsprozessen oft mehrere mögliche Gerichtsstände anbieten,¹⁴⁶ ist es eine Überlegung wert, ob man – vor dem Hintergrund der eigenen Abhängigkeit von Zeugen, und derjenigen des Prozessgegners – vor dem einen oder dem anderen Gericht klagen möchte.

¹⁴⁴ Vgl. etwa REICHART/HAFNER, 201 ff.; FINK.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 139 III 67 (Streitverkündungsklage der Revisionsstelle einer in Konkurs gefallenen Gesellschaft gegen einen ehemaligen Verwaltungsrat und die vormalige Revisionsstelle).

¹⁴⁶ Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 ZPO.

- Die unter II.3 geschilderte, derzeit bestehende Ausgangslage in Bezug auf den Aktenzugang von potentiell Beklagten in der Insolvenz der Klägerin beschlägt natürlich auch ganz entscheidend den Zugang zu Urkunden für den Beweis,¹⁴⁷ und die Editionsspflicht bietet hier wie gezeigt nur einen ungenügenden Ersatz.

IV. Aufgabe 3: Darlegung der für den Klienten günstigen Sachverhaltselemente vor Gericht

I. Umschreibung der Aufgabe und häufige Fehler

Beim Verfassen des tatsächlichen Teils der Rechtsschrift geht es darum, auf der Basis des etablierten Sachverhalts (vgl. oben II) das Vorgefallene dem Gericht verständlich darzulegen. Unter Hervorhebung jener Punkte, welche rechtlich relevant und für den Mandanten günstig (und beweisbar) sind.

Zwei der häufigen Fehler bei dieser Aufgabe liegen in der Fortsetzung jener Fehler, die bereits bei der Sachverhaltsermittlung gemacht werden können: Nämlich eine zu enge zeitliche Fokussierung (oben, II.1.a)) und – für den Beklagten – die Beschränkung darauf, sich im Rahmen der Klageschrift zu bewegen, und lediglich diese zu widerlegen zu versuchen (oben, II.1.b); sog. „Bestreititis“).

Die Gefahr, sich der Rechtsschrift der Klägerin auszuliefern, besteht dabei nicht nur, wenn man sich sprachlich sehr auf die (Einzel-)Bestreitungen konzentriert. Auch Anwälte, welche formal durchaus eine umfangreiche eigene Sachverhaltsdarstellung präsentieren, lassen sich *inhaltlich* oft von der Klageschrift und der dort erzählten Geschichte gefangen nehmen und konzentrieren sich fast ausschliesslich darauf, darzulegen, was an der klägerischen Darstellung alles falsch war, indem sie einfach die „Gegengeschichte“ erzählen. Sie verpassen damit die Chance, über Themen zu sprechen, welche die Klägerin (vielleicht aus gutem Grund) gar nicht erwähnte. Oder Fakten zu vertiefen, welche, auch *wenn alles stimmen würde*, was in der Klage steht, zu deren Abweisung führen müssten.

Die kleine Schwester der reinen „Bestreititis“ ist die Gefahr, sich zwar nicht bei der Themenwahl, aber bei der *Schwerpunktsetzung* an der gegnerischen Rechtsschrift zu orientieren. Bei den Einzelbestreitungen ist diese Gefahr

¹⁴⁷ Vgl. zum Vorteil der Akten, dass sie gleichzeitig Informationsquelle *und* wichtigstes Beweismittel sind, die Tabelle oben, unter II.2.

besonders ausgeprägt: Kurze Absätze des Prozessgegners werden kurz beantwortet, viele und lange Absätze in der gegnerischen Rechtsschrift mit vielen und langen Bestreitungsabsätzen erwidert. Aber auch bei der zusammenhängenden eigenen Sachverhaltsdarstellung ist man versucht, jenen Punkten und Zeiträumen, welche die Klägerin breit darlegt, viel Raum zu geben (weil da ja so viel Falsches steht), und den anderen nur wenig. Die eigene Rechtsschrift sollte sich aber bei der Schwerpunktsetzung an der Frage orientieren, welche Punkte für den eigenen Standpunkt wichtig und günstig sind, und nicht daran, über welche Punkte der Prozessgegner viel schrieb. Vor allem wenn der Prozessgegner sich an die in der Literatur teilweise empfohlene Vorgabe „kurz wo man schwach ist, lang wo man stark ist“¹⁴⁸ hielt, läuft man ansonsten Gefahr, über die eigenen starken Punkte zu wenig zu schreiben.

2. Grundregel für mehrere Beklagte: Im Kern eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung

In aller Regel ist es m.E. ratsam, dass mehrere Beklagte in komplexen Verantwortlichkeitsverfahren eine im Kern einheitliche Sachverhaltsdarstellung vorlegen.

Die Tendenz, dass gerade bei lange zurückliegenden und komplexen Sachverhalten aufgrund unterschiedlicher Erinnerungen, Informationen und Interessen eine Kakophonie von Sachverhaltsvarianten entsteht, die (oft auch in nicht zentralen Nebenpunkten) widersprüchlich sind, oder kein verständliches und kohärentes Bild mehr abgeben, hilft in der Regel der Klägerin.

Es ist aufgrund der publizierten Gerichtsentscheide zum Verantwortlichkeitsrecht und auch der persönlichen Erfahrungen zudem zu vermuten, dass die Gerichte eine gewisse Abneigung dagegen hegen, in die juristischen Abgründe der „differenzierten Solidarität“ abzutauchen: Zumindest bei Beklagten, welche demselben Gremium angehörten, widerstrebt es Richtern spürbar, unterschiedliche Urteile zu fällen, oder auch nur schon, entsprechende Argumente zu prüfen.

Der Grundsatz der im Kern einheitlichen Sachverhaltsdarstellung bedarf in folgenden Punkten der Erläuterung:

- Der Grundsatz bedeutet nicht, dass einzelne Beklagte jene zusätzlichen Sachverhaltselemente, welche sie individuell entlasten, verschweigen sollten (das wäre auch mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht nur schwer zu vereinbaren). Die Tatsache z.B., dass ein Verwaltungsratsmitglied beim Fas-

¹⁴⁸ HAFTER, N 1020.

sen eines Beschlusses noch gar nicht (oder nicht mehr) im Amt war, sollte selbstverständlich Erwähnung finden in seiner Rechtsschrift. Und dieses Mitglied muss sich dann auch nicht zum Inhalt und Zustandekommen dieses Beschlusses in der gleichen Tiefe äussern wie die daran Beteiligten. Die Sachverhaltsdarstellung kann daher immer nur *im Kern* eine einheitliche sein.

- Davon, dass die Sachverhaltsdarstellungen nur *im Kern* einheitlich sein sollten, und nicht absolut, gibt es m.E. in der Regel eine Ausnahme: Wenn es um Zahlen und Daten der Rechnungslegung, um Wechselkurse, anwendbare Zinssätze, den massgeblichen Zeitpunkt für Forderungsausstände, Berechnungsfehler der Klägerin bei der Schadensberechnung, etc. geht, sollten sich die Beklagten wenn immer möglich auf einen *absolut identischen Zahlenrahmen* einigen (unter Beizug von Experten; vgl. dazu oben, II.4). In den Fragen der Rechnungslegung (etwa bei der Höhe von stillen Reserven, Abschreibungen oder von Rückstellungen) besteht häufig ein gesetzlich vorgesehener, erheblicher Ermessensspielraum, und auch die beigezogenen Experten geben manchmal eine Bandbreite vor, und nicht eine absolute Zahl, so dass es durchaus verschiedene „richtige“ Zahlen gäbe. Es ist aber normalerweise für keine Partei etwas gewonnen (und für das Gericht nur mühsam), wenn die Beklagten hier mit unterschiedlichen Zahlen operieren, zumal die Abweichungen oft nicht relevant sind, sondern nur verwirrllich. Ein einheitliches, gut überprüftes und gründlich hinterfragtes Zahlengerüst stärkt das Vertrauen in die Richtigkeit dieser Behauptungen und macht es für die Gegenseite *inhaltlich* schwerer, dieses zu widerlegen.¹⁴⁹
- Dass mehre Beklagte eine über weite Strecken identische Sachverhaltsdarstellung wählen und damit auch in Teilen wörtlich identische Rechtsschriften einreichen, heisst nicht, dass sie sich auch von einem gemeinsamen Anwalt vertreten lassen sollten oder könnten. Denn die Auswahl der in den Rechtsschriften behaupteten Fakten und die Schwerpunktsetzung gegenüber dem Gericht sind oft das Resultat von zähen Verhandlungen, in

¹⁴⁹ Auch hier gilt, dass es keine Regel ohne Ausnahme gibt: Wo sich mit ebenso guten Gründen, und durch Experten abgestützt, zwei mögliche Varianten vertreten lassen, die beide für die Beklagten günstig sind, kann es sinnvoll sein, diese durch zwei unterschiedliche Beklagte detailliert vortragen zu lassen, und so die Klägerin zu zwingen, sich mit mehreren gut begründeten Zahlenrahmen (und den daraus folgenden Kausalitäten und Schadensberechnungen) auseinanderzusetzen. Der Autor dankt Rechtsanwalt Rolf Schuler für diesen – mit einer praktischen Erfahrung unterlegten – Hinweis anlässlich seines Referats.

denen die verschiedenen Beklagten-Anwälte die Interessen ihrer Klienten wahren und zugleich im Interesse der Kohärenz nach einem einheitlichen Ergebnis streben. Auch mit dem Mittel des Kompromisses. Es kann mit anderen Worten auch bei weitgehend identischen Rechtsschriften durchaus ein scharfer Interessengegensatz zwischen Mandanten bestehen, und eine (zumindest ursprünglich) unterschiedliche Sicht auf den Sachverhalt. Nur wurden diese Punkte nicht vor Gericht – und unter den Augen der Klägerin – genüsslich ausgebreitet, sondern vorab intern geklärt.

- Die Ausarbeitung einer im Kern einheitlichen Sachverhaltsdarstellung heisst nicht, dass die Rechtsschriften im Aufbau und in der Tonalität identisch sein müssen (auch nicht in den inhaltlich einheitlichen Punkten). Dem unterschiedlichen Stil und Temperament der verschiedenen Anwälte (und manchmal auch der Klienten) darf freier Raum gegeben werden.
- Manchmal, wenn die Rechtsschriften sehr umfangreich zu werden drohen, kann es sich empfehlen, gewisse Sachverhaltsmodule zur vertieften Behandlung auf mehrere Beklagtenvertreter (idealerweise entsprechend der Funktion ihres Mandanten in der Gesellschaft) zu verteilen. Die Beklagten haben sich dann zwar auf eine einheitliche Sachverhaltsdarstellung geeinigt und diese in den Grundzügen auch alle rechtsgenügend behauptet, aber Anwalt A präsentiert die ausführlichere Fassung des Moduls „Keine Überschuldung im Zeitpunkt X“, Anwalt B dafür die ausführlichere Fassung des Moduls „Handlungen lagen im Interesse der Einzelgesellschaft“ und Anwalt C die in allen Details substantiierte Fassung des Moduls „Kein Klumpenrisiko bei den Finanzanlagen über den gesamten Zeitraum“.

Damit es gelingen kann, eine im Kern einheitliche Sachverhaltsdarstellung für mehrere Beklagte zu präsentieren, ist es bei einer grösseren Gruppe von Beklagten unabdingbar, unter den Beklagten-Anwälten eine Art „Governance“ zu etablieren, und zwar mit Vorteil bevor der durch eine bereits ausformulierten Klage entstehende Zeitdruck die Arbeiten überschattet. Wenn es – wie häufig – im Vorfeld der zivilrechtlichen Auseinandersetzung zu einer Strafuntersuchung oder einem Strafprozess kommt, sollten die entsprechenden Weichen bereits dort soweit möglich gestellt werden (dazu oben, II.5).

3. Darstellung aus damaliger Sicht

Wichtig, aus Sicht der Beklagten, ist es bei lange zurückliegenden Sachverhalten, diese auch als solche darzustellen. Die Tatsache, dass sich die Ereignisse unter anderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen vor langer

Zeit abspielten, und ohne das heutige Wissen, muss aus der Rechtsschrift zum Leser sprechen. Man muss, mit anderen Worten, versuchen, den „Film zurück-zuspulen“ und den Leser mitzunehmen in die damalige Welt.

Das bezieht sich insbesondere auf das Wissen, die sichtbaren Risiken und die Handlungsalternativen der Beteiligten. Die Notwendigkeit, einen „Hindsight-bias“ zu verhindern, ist den meisten Haftpflichtrechtlern bewusst – und trotzdem bleibt die Vermittlung dieses Gedankens eine Kunst, die nicht immer gelingt. Denn der menschliche Geist neigt mit grosser Kraft dazu, alles was heute ist, als eigentlich „immer schon klar“ oder im Falle von negativen Folgen als „das musste ja schiefgehen“ zu kategorisieren. Die Tatsache, dass etwas, was heute Wirklichkeit ist, in einem früheren Zeitpunkt nicht nur unwahrscheinlich, sondern geradezu *undenkbar* war, und umgekehrt heute Undenkbares in einem früheren Zeitpunkt als normal galt, lässt sich im Nachhinein nur sehr schwer vermitteln. Ebenso die Tatsache, dass manchmal etwas völlig Überraschendes geschieht, *ohne* dass es irgendwelche Anzeichen dafür gab.¹⁵⁰

Dabei kann es manchmal helfen, aufzuzeigen, wie andere Akteure jener Zeit (z.B. Mitbewerber) die Lage einschätzten, oder wie Dritte (z.B. Fachleute oder die Presse) die entsprechenden Handlungen und Beschlüsse der Organe *damals* beurteilten.

Die Notwendigkeit, die Vergangenheit gezielt zum Leben zu erwecken, besteht aber für den Beklagten-Vertreter bei lange zurückliegenden Sachverhalten nicht nur im Zusammenhang mit der Verhinderung des eigentlichen „Hindsight-bias“, sondern auch in den folgenden Bereichen, die manchmal übersehen werden:

- Bei der rechtlichen Ausgangslage (anwendbare Gesetze und Regularien) und dem juristischen Diskussionsstand: Hier ist vor allem auch Acht darauf zu geben, dass man darauf hinweist, wenn die Klägerin mit Gesetzen, Regularien, Begriffen oder juristischen Lehrmeinungen operiert, die damals noch unbekannt waren.

¹⁵⁰ Unser Empfinden neigt dazu, zu glauben, dass ein Unheil sich gefälligst irgendwie anzukündigen habe (in Filmen durch dramatische Musik, oder in Büchern durch düstere Gewitterwolken am Horizont oder ungute Vorahnungen der Protagonisten). Und natürlich findet man im Nachhinein auch fast immer solche vermeintlichen Anzeichen: Genauso wie man, wenn heute die Welt untergehen würde, jemanden finden würde, der das prophezeit hat.

Beispiel: In einem Verfahren behauptete die Klägerin, die Organisation der Gesellschaft habe zu einem bestimmten Zeitpunkt allen Regeln der Corporate Governance widersprochen. Der Begriff „Corporate Governance“ war in jenem Zeitpunkt noch nie in der NZZ abgedruckt worden.

- Betreffend kultureller Ausgangslage und Umfeld, in dem die Beteiligten ihre Entscheide trafen, soweit dieses direkt oder indirekt relevant ist (vgl. zur Relevanz unten, IV.4.a)), oder aufzeigt, wie lange der Sachverhalt schon her ist.

Beispiel: Der Verwaltungsrat der „Swissair“ (SAirGroup AG) bestand im Jahr 1991 aus 29 Mitgliedern (darunter nur eine einzige Frau), was als völlig normal betrachtet wurde.

- Betreffend nachträglich verfestigter Notorietäten: Manchmal verfestigt sich in Fällen, die eine gewisse Publizität geniessen, über längere Zeit eine Sichtweise, die in breiten Bevölkerungsschichten stillschweigend als völlig selbstverständlich und schon immer feststehend angenommen wird (ohne dass die Klägerin sie eigens behaupten müsste), obwohl sie falsch ist. Besonders wichtig ist eine Entgegnung hier in Fällen, in welchen der (vermeintlich) notorischen öffentlichen Meinung der Geruch moralischer Verwerflichkeit anhängt (z.B. bei der falschen Vermutung, die Beklagten hätten hohe VR-Honorare bezogen¹⁵¹).

Neben diesen Punkten, auf die gezielt hingewiesen werden kann, ist es bei verantwortlichkeitsrechtlichen Sachverhalten, welche sich vor 10 und mehr Jahren abspielten, aus Sicht des Beklagten oft ganz allgemein geboten, dem Leser hin und wieder vor Augen zu führen, dass die geschilderten Vorgänge sich vor langer Zeit und unter ganz anderen Umständen abspielten. Zumal sich die Regeln und Standards und die Ansichten darüber, was akzeptabel ist, in diesem Rechtsgebiet in den vergangenen Jahren fast durchgehend eher verschärft haben. Aber wie macht man das?

Die offensichtlichste, aber gleichzeitig für den Leser ermüdendste und wahrscheinlich unwirksame Technik besteht darin, dass man es (immer wieder) ausdrücklich sagt.¹⁵² Dabei besteht zum einen die Gefahr, dass man dem Leser

¹⁵¹ Manchmal kann es sich empfehlen, bei publizitätsträchtigen Fällen die Leserkommentare in den Online-Medien zu verfolgen, um sich ein Bild davon zu machen, welche falschen Vorstellungen (vielleicht ansonsten unausgesprochen) in einer breiteren Öffentlichkeit kursieren, und denen es sich zu widersetzen gilt.

¹⁵² Natürlich spricht nichts dagegen, einleitend einmal ausdrücklich zu sagen, dass sich die hier zu beurteilenden Tatsachen vor mehr als 10 Jahren abgespielt haben.

– der eine Rechtsschrift ja in der Regel mehrmals lesen muss – aufdringlich erscheint („ja, ich hab's jetzt begriffen“), und zum anderen verhält es sich mit der Aussage „das ist lange her, und es war ein ganz anderes Umfeld, damals“ ein wenig wie mit den wiederholten Bemerkungen bei Vorträgen, dass es jetzt dann gleich *ganz spannend* werde: Im Normalfall wirken sie auf ein erwachsenes Publikum eher als Androhung bevorstehender Langeweile. Dass etwas spannend ist, oder interessant, oder sich vor langer Zeit in einem ganz anderen Umfeld abspielte, muss man nicht (immer wieder) *sagen*, sondern *zeigen*.

Dieses Ziel erreicht man m.E. am besten dadurch, dass man bei der Sachverhaltsschilderung zwanglos Elemente einstreut, die dem Leser den langen Zeitablauf vor Augen führen: Etwa, indem man konsequent die damaligen Bezeichnungen der Institutionen und Normen verwendet (also EBK statt FINMA, „Kontrollstelle“ statt „Revisionsstelle“, „EG“ statt „EU“, und, soweit sich Gesetzesartikel verändert haben, „aOR“ statt „OR“). Weiter kann man dort, wo es sich anbietet, den Sachverhalt mit gleichzeitig stattfindenden historischen Ereignissen¹⁵³ und Namen von damals bekannten Persönlichkeiten oder Namen von nicht mehr bestehenden Firmen und weiteren Fakten verknüpfen, die dem Leser von Zeit zu Zeit wieder erfahrbar machen, vor wie langer Zeit sich der Sachverhalt abspielte (sog. „Erinnerungskörner“).

Beispiel: „Der Verwaltungsrat beschloss die Akquisition am [...]“. Besser: „Der Beschluss, diese Beteiligung für [...] *Deutsche Mark* zu kaufen, wurde am [...] einstimmig per *Telefax* gefasst“.¹⁵⁴

Wie alle Stilmittel so ist auch dieses natürlich *sparsam* einzusetzen, und nur dort, wo es nicht erzwungen wirkt.

4. Nur Beweisbares und nur rechtlich (offensichtlich) Relevantes?

Der Anwalt soll jenen (kleinen¹⁵⁵) Teil des von ihm etablierten Sachverhalts dem Gericht darlegen, der relevant ist und den Standpunkt seines Mandanten stützt. Aber was ist relevant?

¹⁵³ Im Beispiel unter II.1.a) dient der Hinweis, dass der Verwaltungsrat im Anschluss an die Sitzung nicht einfach an einen Apéro ging, sondern an die Trauerfeier für die Opfer des Flugzeugabsturzes von Halifax, nicht nur dazu, den Vorwurf der Liederlichkeit zu widerlegen, sondern zeigt – durch die Verknüpfung mit jenem historischen Ereignis – zugleich, vor wie langer Zeit diese VR-Sitzung stattfand.

¹⁵⁴ Kursivschrift nur hier, zur Verdeutlichung, natürlich nicht in der Rechtsschrift.

¹⁵⁵ Vgl. oben II.1.a) zum „Eisberg“.

a) Was ist „relevant“?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist in einem ersten Prüfdurchlauf nicht nur das relevant, was (offensichtlich) einer der vier Haftungsvoraussetzungen (oder der Frage der Aktiv-/Passivlegitimation) gemäss Art. 754 OR zugeordnet werden kann.

Sondern relevant ist zunächst *alles, was eine verständige, empathische Person dazu bringen könnte, dem eigenen Standpunkt zu folgen.*

Und ebenso relevant ist es, alles zu widerlegen, was die Gegenseite behauptet, oder was (vermeintlich) notorisch ist, und das eine verständige, empathische Person dazu bringen könnte, dem gegnerischen Standpunkt zu folgen.

Eine besondere Untergruppe bilden dabei Vorwürfe oder vermeintliche Notorietäten,¹⁵⁶ welche die eigene Prozesspartei in ein moralisch fragwürdiges Licht rücken. Hier ist Schweigen oder ein kurz hingeworfenes „Irrelevant“ oft nicht die richtige Lösung (selbst wenn die Irrelevanz zutrifft).¹⁵⁷

Relevant ist m.E. auch nicht nur das, was beweisbar ist. Etwas Schlüssiges oder nach der allgemeinen menschlichen Erfahrung offensichtlich Zutreffendes kann auch in den Prozess eingeführt werden, wenn es an einem Beweismittel fehlt. Denn einerseits vermag es oft bereits aufgrund offensichtlicher Schlüssigkeit Wirkung zu erzielen, und andererseits wird sich die Gegenpartei in vielen Fällen (und oft klugerweise) nicht dafür halten, die entsprechende Tatsache inhaltlich zu bestreiten. Und wenn sie es doch tut, ist mit der unbewiesenen Erwähnung in den allermeisten Fällen zumindest kein Schaden angerichtet.

Manchmal ist es empfehlenswert, sich bei der Redaktion einer Rechtsschrift zwischendurch – nachdem man die offensichtlichen juristisch-technischen Punkte erfasst hat – auch einmal rein gefühlsmässig Rechenschaft darüber zu geben, welche Sachverhaltselemente eher für die eigene Position, und welche eher für die Gegenseite sprechen. Oder über den Fall mit Menschen ohne juristische Ausbildung aber mit einem lebenserfahrenen moralischen Kom-

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch oben, IV.3.

¹⁵⁷ Vgl. dazu auch HAFTER, N 1201 ff.

pass¹⁵⁸ zu sprechen¹⁵⁹ und zu sehen, ob ein bestimmtes Tatsachelement einen Einfluss auf ihre Einschätzung hat. Und falls das der Fall ist, sollte diese Tatsache zunächst einmal als relevant eingestuft werden.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Es wird hier nicht der billigen Stimmungsmache oder dem unjuristischen Plauderton in den Rechtsschriften das Wort gesprochen. Und auch nicht der Praxis, den Mandanten unbesehen nachzugeben, wenn sie darauf drängen, eine Behauptung, welche sie für zentral halten, in eine Rechtsschrift zu schreiben¹⁶⁰ (Favorit in Haftpflichtsachen: „Das haben aber alle so gemacht“¹⁶¹). Die gemäss dem soeben geschilderten Kriterium als relevant empfundenen Punkte werden *danach* in der Regel¹⁶² nämlich noch den Filter der rechtlichen Relevanz durchlaufen müssen, um dann tatsächlich Eingang in die Rechtsschrift zu finden (vgl. dazu sogleich IV.4.b)).

b) *Auf der Suche nach rechtlicher Relevanz*

Weil Recht nicht nur in den meisten Fällen von verständigen, empathischen Menschen *gesprochen* wird, sondern auch von ebensolchen Menschen *erlassen*

¹⁵⁸ Ein bernischer Strafrichter hat einmal berichtet, dass er kein nicht-freisprechendes Urteil unterschreibe, bevor er nicht mit seiner Frau noch einen abschliessenden „Sanity-Check“ gemacht habe. Wichtig ist hier die Einschränkung „nicht-freisprechend“. Denn es gibt – auch im Zivilrecht, zu denken ist etwa an Fragen der Verjährung oder Formerfordernisse – auch Dinge, welche, wie auch die Geschichte zeigt, bei den Juristen in besseren Händen sind (dazu gehört im Strafrecht das Verständnis für Dinge wie das Anklageprinzip, die Unschuldsvermutung oder *in dubio pro reo*).

¹⁵⁹ Selbstverständlich unter Wahrung des Anwaltsgeheimnisses. D.h. entweder anonymisiert, oder mit Personen, die innerhalb des Geheimhaltungskreises liegen (wie etwa nicht-juristische Mitarbeiter).

¹⁶⁰ Auf der anderen Seite ist hier bei den Gerichten auch für ein gewisses Verständnis zu werben, wenn ein Mandant, welcher in einer für ihn existentiellen Frage (sei es als Kläger oder Beklagter), vielleicht viele Zehntausend Franken an einen Anwalt für die Redaktion einer Rechtsschrift bezahlt, eine bestimmte Tatsache *einmal* loswerden und damit gehört werden möchte. Auch wenn sie vielleicht irrelevant oder unbewiesen ist. Letztlich dient es auch dem Rechtsfrieden, wenn die Parteien ein Urteil erhalten, nachdem sie die wichtigsten Dinge loswerden konnten, die ihnen auf dem Herzen lagen.

¹⁶¹ Dieses Argument *kann* durchaus auch rechtlich relevant sein (vgl. nachfolgend zum Sorgfaltsmassstab), aber es ist eben nicht immer zielführend.

¹⁶² Es gibt auch hier, wie fast immer, Ausnahmen: So wird man es dem Klägervertreter üblicherweise nachsehen, wenn er auf den – streng rechtlich vielleicht irrelevanten Punkt (vgl. aber nachfolgend c), erstes Lemma) – hinweist, dass für den eingeklagten Schaden eine Versicherungsdeckung besteht.

und wissenschaftlich *bearbeitet* wurde, ist das, was intuitiv als relevant erscheint, oft auch rechtlich-technisch betrachtet „relevant“ – zumindest auf den zweiten Blick.

Der Einwand „das ist leider rechtlich irrelevant“ ist bei der Ausarbeitung einer Rechtsschrift daher manchmal lediglich Ausfluss von zu wenig vertiefter Rechtskenntnis oder zu wenig fleissiger Recherche. Man sollte hier, wenn man einen Punkt als intuitiv relevant erkannt hat, nicht zu schnell aufgeben.

In Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit besteht zudem die Besonderheit, dass eine der Haftungsvoraussetzungen, die Pflichtverletzung,¹⁶³ bei richtiger Betrachtung das Tor für relevante Sachverhaltselemente weit aufstösst, denn das Bundesgericht hat dazu folgendes festgehalten:¹⁶⁴

„Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird mit demjenigen verglichen, das *billigerweise* von einer abstrakt vorgestellten, *ordnungsgemäss handelnden Person* in einer *vergleichbaren Situation* erwartet werden kann“ (BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26).

Sowie (im Zusammenhang mit einer Sanierungssituation):

„Die Verwaltung handelt nicht schuldhaft, wenn sie [...] in einer *schwierigen Lage* tut, was *vernünftigerweise* von einem *Unternehmer* erwartet werden darf“ (BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b; BGE 116 II 533 E. 5a S. 541).

Es lohnt sich daher aus Sicht der Beklagten im Normalfall, die konkrete „Situation“, in der sich die Beklagten befanden, präzise und umfassend darzulegen und mit Beweisen zu unterlegen, damit sie – wie vom Bundesgericht gefordert – an „vergleichbaren Situationen“ (welche eben auch alle diese Umstände umfassen müssten, um wirklich „vergleichbar“ zu sein) gemessen werden kann. Auch besonders schwierige Begleitumstände, welche nicht direkt mit dem als pflichtwidrig vorgeworfenen Verhalten in Verbindung stehen, und die allgemein „schwierige Lage“ können dabei unter der geschilderten Gerichtspraxis rechtlich relevant sein. Mit dem Ausdruck „billigerweise“ verweist das Bundesgericht letztlich ja sogar ein Stück weit auf die Gerechtigkeit im Einzelfall.¹⁶⁵

Beispiel: In einem verantwortungsrechtlichen Fall erwähnte der Beklagtenvertreter Umstände, welche dazu führten, dass der Beklagte im Zeitpunkt des angeblich fahrlässigen Entscheids unter grossem Zeitdruck stand. Die Kläge-

¹⁶³ Eigentlich auch noch die Haftungsvoraussetzung des „Verschuldens“, welche in der Praxis allerdings eine etwas untergeordnetere Rolle spielt.

¹⁶⁴ Hervorhebungen in Kursivdruck jeweils beigefügt.

¹⁶⁵ Vgl. die wörtliche Wiedergabe aus BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26 im vorhergehenden Absatz.

rin tat diese Ausführungen als „irrelevant“ ab. An der Vergleichsverhandlung verwies das Gericht dann von sich aus auf BGE 130 IV 7 E. 4.3 S. 14 (Fall eines Arztes, fahrlässige Körperverletzung unter Zeit- und Entscheidungsdruck), und liess durchblicken, dass grosser Zeitdruck durchaus rechtlich relevant sein könne, bei der Frage, ob ein Entscheid pflichtgemäss war.

Die Umstände können aber natürlich nicht nur *entlastend* sein. Auch der Vertreter der Klägerin kann manches, was ihm intuitiv als erwähnenswert erscheint, unter dieser Haftungsvoraussetzung in den Prozess einführen. Beispiele sind etwa: Wenige und kurze Sitzungen, Versand der Vorbereitungsunterlagen erst kurz vor den Sitzungen, kaum „Bearbeitungsspuren“ auf den bei den Akten liegenden Vorbereitungsunterlagen, Besprechungen, auch noch in der Krisensituation, in weit entfernten Luxusdestinationen mit ausgedehntem Rahmenprogramm (Tennis-Turniere, Champions League Spiele, Formel 1-Rennen) und in Begleitung der Lebenspartner,¹⁶⁶ etc. Solche und ähnliche Punkte können unter der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Business Judgment Rule auch beim Kriterium „einwandfreie Entscheidungsfindung“¹⁶⁷ von Bedeutung sein und unter diesem Titel eingeführt werden.

Aber auch dort, wo es nicht um Tatsachenelemente geht, die sich um die Haftungsvoraussetzung der „Pflichtverletzung“ drehen, ergibt eine vertiefte rechtliche Recherche in verantwortungsrechtlichen Fällen häufig, dass eine Tatsache, welche intuitiv als mitteilenswert erscheint, auch mit einer handfesten rechtlichen Begründung zur Kenntnis des Gerichts gebracht werden kann.

c) *Beispiele*

In der Folge sei anhand einiger Beispiele aufgezeigt, wie solche Punkte, die man nach einer ersten, eher gefühlsmässigen Prüfung als erwähnenswert erachtet, bei richtiger Betrachtung unter einem rechtlich relevanten Titel in den Verantwortlichkeitsprozess eingeführt werden können:

¹⁶⁶ Eine solche Konstellation kann z.B. das „Zeitdruck-Argument“ im vorangehenden Beispiel wesentlich entkräften.

¹⁶⁷ Geschäftsentscheide müssen danach „in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess“ zustande kommen (BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26).

- Die Tatsache, dass für den eingeklagten Schaden eine/keine Versicherungsdeckung besteht: Unter dem Titel der Auswirkung einer Verurteilung auf den Beklagten (Art. 44 Abs. 2 OR, wirtschaftliche Notlage als Reduktionsgrund).¹⁶⁸
- Die Tatsache, dass der Beklagte kein oder ein sehr niedriges Honorar für seine Tätigkeit erhielt: Die Lehrmeinung, wonach eine fehlende oder äusserst tiefe Entschädigung als Reduktionsgrund bei der Schadensbemessung in Betracht kommt.¹⁶⁹
- Die Tatsache, dass der Beklagte erst seit kurzem im Amt war, als das angeblich schädigende Verhalten geschah: Im Rahmen der Kausalität.¹⁷⁰
- Die Tatsache, dass der Verwaltungsrat sehr viele Mitglieder hatte und das Gewicht des einzelnen Mitglieds beschränkt war, wobei jetzt offenbar nur einzelne vermögende Mitglieder eingeklagt werden („Deep-Pocket-Klage“): Im Rahmen der Kausalität und des Verschuldens.¹⁷¹

Mit diesen Beispielen soll nicht gesagt werden, dass diese Tatsachen den Prozess (im Normalfall) entscheiden. Aber es handelt sich dennoch um Sachverhaltselemente, die allenfalls zur Vermittlung eines zutreffenden Gesamtbildes gehören. Und ihre rechtliche Einbettung bietet einen legitimen Anlass, sie in den Prozess einzuführen.

d) Alternative Möglichkeit: Beilagen

Wo man eine Tatsache intuitiv und aus dem menschlichen Blickwinkel als mitteilungswürdig betrachtet, aber den Eindruck hat, man könne durch die Erwähnung in den Rechtsschriften das Gericht irritieren oder den eigenen Standpunkt schwächen, kann es sich manchmal empfehlen, dazu in den

¹⁶⁸ Vgl. BGE 132 III 564 E. 7 S. 577 f.; FORSTMOSER, N 361; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, 495; VOGT, 34.

¹⁶⁹ BÄRTSCHI, 310; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 103. Vgl. auch BGE 127 III 453 E. 8c/bb S. 459 f.; BGE 99 II 176 E. 2a S. 182.

¹⁷⁰ Vgl. dazu den Beitrag von PETER REICHART in diesem Tagungsband.

¹⁷¹ Zur Möglichkeit der Haftungsreduktion oder gar des Unterbruchs des Kausalzusammenhangs durch das Verhalten anderer Verantwortlicher vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.5, nicht publiziert in BGE 133 III 116; BGE 127 III 453 E. 5d S. 456 f.; VOGT, 37 ff. Zur Berücksichtigung der Grösse des Unternehmens und der Rolle des VR-Mitglieds innerhalb der Unternehmensleitung im Rahmen des Verschuldens vgl. VOGT, 34 f.

Rechtsschriften keine Behauptungen aufzustellen, sie aber im Rahmen einer Beilage – mit der man einen anderen, rechtlich relevanten Punkt belegt – zur Kenntnis des Gerichts zu bringen.

Beispiel: Im Prozess umstritten ist die Haftung für einen bestimmten Entscheid im Verwaltungsrat eines KMU. Der nicht mehr ganz junge Patron (Verwaltungsratspräsident und CEO) erlitt, wahrscheinlich auch aufgrund der Krisensituation, in der sich das Unternehmen befand, und welche ihn sehr mitnahm, kurz vor diesem Entscheid einen Kreislaufzusammenbruch und musste hospitalisiert werden. Der Entscheid war jedoch wahrscheinlich sachgerecht, mindestens aber vertretbar. Entsprechend möchte man ihn nicht auf die angeschlagene Gesundheit des wichtigsten Entscheidungsträgers schieben¹⁷² und fürchtet zudem, eine entsprechende (auch nur insinuierte) Behauptung würde als Stimmungsmache oder weinerlich und irrelevant taxiert werden. Man kann sich in dieser Situation überlegen, die VR-Protokolle jenes Jahres als Sammelbeilage einzureichen, weil aus dem vorletzten Protokoll vor der entscheidenden Sitzung hervorgeht, wie der Vizepräsident am Anfang der Sitzung den Grund für die Abwesenheit des Vorsitzenden kurz erläuterte und ihm gute Genesung wünscht. Die Sammelbeilage reicht man zum Beweis der Behauptung ein, dass der Mandant seine Funktion sehr ernst nahm, und praktisch lückenlos an den Sitzungen teilnahm und sich aktiv und gut vorbereitet einbrachte.

Beilagen, vor allem solche aus der Zeit des relevanten Geschehens, werden nach meiner Erfahrung – auch als Schiedsrichter – manchmal mit mindestens ebensoviel Neugier und Interesse studiert, wie die Ausführungen der Anwälte in den Rechtsschriften. Man muss sich bei diesem Vorgehen allerdings natürlich bewusst sein, dass die entsprechende Tatsache nicht als wirklich in den Prozess eingebracht gilt (was aber, wie das vorstehende Beispiel zeigt, durchaus auch beabsichtigt sein kann).

5. Lange und kurze Rechtsschriften – der Kampf mit der Informationsmasse

a) Ausgangslage

Aufgrund der Komplexität der Sachverhalte (dazu oben, I.4) und der Fülle relevanter Sachverhaltselemente im Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit (dazu soeben, IV.4), sowie häufig mehrerer Kausalverläufe, die „durchdekliniert“ werden müssen, um die Verbindung zwischen pflichtwidrigem Verhal-

¹⁷² Auch vor dem Hintergrund der Haftung anderer VR-Mitglieder und des oben unter IV.2 Gesagten zur gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung aller Beklagten

ten und Schaden herzustellen bzw. zu bestreiten, sehen sich die Parteivertreter oft vor der Schwierigkeit, den gesammelten Prozessstoff für das Gericht umfangsmässig noch einigermaßen verdaubar darzustellen.

Während der klägerische Anwalt sich in der Regel etwas leichter auf die in seinen Augen stärksten Sachverhaltselemente fokussieren wird,¹⁷³ ist es dem Beklagten – der in verantwortlichkeitsrechtlichen Auseinandersetzungen oft um nichts weniger als seine wirtschaftliche Existenz ringt – nur schwer vermittelbar, dass man eine Handvoll wichtiger Sachverhaltselemente herauspicken wird, um diese „umso stärker zum Glänzen zu bringen“, und dafür im Interesse der Lesbarkeit auf die Darstellung anderer, eigentlich ebenfalls günstiger Elemente verzichten möchte.

Auf die Frage des Beklagten, was denn passiere, wenn die Auswahl falsch sei (ehrliche Antwort häufig: „Dann gehen Sie in die private Insolvenz“), ist die Antwort ebenso wenig befriedigend, wie auf die Frage, ob der Anwalt denn in der Vergangenheit die Stärke und Schwäche einzelner Punkte immer richtig eingeschätzt habe: Jeder langjährig prozessierende Anwalt, mit dem ich je darüber sprach, vermochte die Geschichte eines Falles zu erzählen, bei dem er lange überlegte, ob er einen Punkt hilfsweise noch vorbringen soll, weil er ihm nicht völlig überzeugend erschien, und in welchem das Gericht dann aber just diesen Punkt zum Kern seines Urteils erhob. Die Kunst, zumal in einem schriftlichen Verfahren, ohne jeden Augenkontakt oder ein anderes menschliches Feedback, vorab abzuschätzen, welche Argumente im Kopf eines anderen Menschen (der ja vielleicht auch nicht immer perfekt denkt) auf besonders fruchtbares Terrain fallen werden, kann zwar geübt werden, und es gibt in diesem Bereich gewiss auch erstaunliche Naturtalente (echte und eingebildete). Aber die meisten unter uns werden sich, zumindest bei Prozessen, in denen sich für den Mandanten existentielle Fragen stellen, im Zweifel lieber für Vollständigkeit entscheiden.

¹⁷³ Seine Mandantin ist auch psychologisch in einer anderen Situation: Es ist etwas anderes, einen Aktivprozess nicht zu gewinnen (der Status Quo bleibt) oder einen Passiv-Prozess zu verlieren (es bricht ein Unglück über den Mandanten herein).

Unter der Annahme, dass – wie man oft, gerade auch im privaten Gespräch mit Gerichtspersonen, hört – die These stimmt,¹⁷⁴ wonach kurze, konzise Rechtschriften und ein gewisser „Mut zur Lücke“ (Konzentration auf die stärksten Punkte) durch erhöhte Aufmerksamkeit des Gerichts und höhere Erfolgchancen belohnt werden, wogegen „Auswahlendungen“ eine höhere Gefahr des Scheiterns in sich bergen, ergibt sich übrigens ein interessanter Konflikt zwischen den Interessen des Anwaltes und jenen der Gesamtheit der von ihm in seiner Berufslaufbahn vertretenen Mandanten:

Zur Illustration denken wir uns zwei Anwälte, die 100 identische, hypothetische Fälle vor Gericht vertreten, welche man theoretisch alle gewinnen könnte. Anwalt A, der den „Mut zur Lücke“ nicht pflegt, gewinnt nur 90 von ihnen. Anwalt B, der sich dem „Mut zur Lücke“ verschrieben hat, und meistens auch richtig einschätzt, welche Punkte erfolgsversprechend sind, brilliert dagegen mit 99 Siegen. In dem einen Fall aber, den er verliert, schreibt das Gericht im Urteil unglücklicherweise, ein an sich vielversprechender Punkt müsse nicht geprüft werden, da er nicht (substantiiert) vorgebracht worden sei. Die Folge ist ein Haftungsanspruch gegen ihn. Kollege A dagegen geht, obwohl er aufgrund seiner Tendenz, vom Hundertsten ins Tausendste zu behaupten, insgesamt deutlich schlechter abschneidet, unbehelligt in Pension.

Bei Anwälten (wie bei anderen Berufsgruppen, etwa Ärzten,¹⁷⁵ auch), steht die engagierte Berufsausübung manchmal eben in einem Spannungsverhältnis zur Vermeidung von persönlichen Haftungsrisiken.

b) Kurze Klageschrift?

Es versteht sich von selbst, und entspricht der Funktionsweise des kontradiktorischen Verfahrens, dass die Klägerin sich in der Klageschrift auf jene Punkte fokussieren wird, die für sie günstig sind und die ihr Klagefundament stützen.

¹⁷⁴ Wahrscheinlich stimmt sie (vgl. dazu u.a. HAFTER, N 726 ff. sowie N 736 ff. und SCALIA/GARNER, 22 („Scattershot argument is ineffective. [...] it insults the intelligence of the court.“). Letztere Autoren schrieben allerdings nicht mit den oft ausschliesslich schriftlichen Verfahren zur Sachverhaltsetablierung und mit den Behauptungs- und Substantiiierungserfordernissen der ZPO (und ihrer unterschiedlichen Handhabung durch kantonale Gerichte) vor Augen. Sondern vor dem Hintergrund einer Rechtskultur, bei welcher der Sachverhalt in einem mündlichen, oft tagelang dauernden Prozedere etabliert wird und Richter beim Anwalt im Oral Argument *aktiv nachfragen*, wenn sie über einen Punkt mehr hören wollen, weil sie ihn für relevant halten.

¹⁷⁵ Prof. JEAN NICOLAS DRUEY meinte dazu jeweils in seinen Vorlesungen, er wolle in einer Krisensituation um keinen Preis von einem Arzt behandelt werden, dessen oberstes Credo „Ich will nicht haften“ sei.

Nach oft gehörter Auffassung soll eine Klageschrift daher kurz und schlagkräftig sein (nach dem Motto: „alles ganz einfach und klar“). Insbesondere sind nach dieser Auffassung allgemeine Rahmenumstände und Punkte, die eher der Gegenpartei in die Hand spielen könnten, nicht zu adressieren.¹⁷⁶ Meiner Meinung nach unterliegt dieser Grundsatz gerade bei komplexen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen aber zwei Einschränkungen:

- Auch wenn man viele Punkte, welche als blosse „Rahmenumstände“ gelten mögen, nicht erwähnen mag, so muss man sie als Klägerin doch *kennen* (vgl. auch zur Sachverhaltsabklärung oben, II.1.a)) und bei dem, was man schreibt, stillschweigend *berücksichtigen*. Man sollte nicht in die Lage kommen, sich von der Klageantwort umfassend „belehren“ lassen zu müssen und dann vor Überraschungen zu stehen, oder festzustellen, dass Einiges von dem, was man in der Klageschrift schrieb, nun in einem vielleicht uneleganten Licht erscheint (vgl. dazu das Apéro-Beispiel unter II.1.a)).
- Manchmal sieht man Klageschriften, und ich habe auch schon solche verfasst, die mit quasi rein mathematisch-logischer Stringenz die nackten Haftungsvoraussetzungen darzulegen versuchen (oft anhand von Bilanzen oder anderen Rechnungslegungswerken). Nach dem Motto: „Aus X folgt Y, und damit ist die Rechtsfolge zwingend Z. Jeder zusätzliche Gedanke wäre abwegig“.¹⁷⁷ Ein umfassender, eigentlicher *Lebenssachverhalt* wird gar nicht geschildert. Diese Rechtsschriften wirken in ihrer logischen Schönheit und Geschlossenheit zunächst oft sehr ansprechend auf den juristisch geschulten Betrachter und finden in der Regel auch beim Klienten grosse Anerkennung. Und zuweilen wird dabei ein offensichtlich im Raum stehender Elefant, den man rein juristisch betrachtet für irrelevant hält, angestrengt ignoriert. Diese Vorgehensweise geht vom Bild des Gerichts als Subsumptions-Automaten¹⁷⁸ aus. Aber selbst wenn es das wäre (und es schätzen würde, dass man es so betrachtet), böten die Haftungsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage eben auch bereits rein technisch betrachtet viel Raum für die Berücksichtigung der echten, umfassenden Lebensumstände (vgl. dazu oben, IV.4.b)). Wenn man diese als Klägerin völlig ausblendet, nimmt man der Klage vielleicht von Beginn weg einiges von ihrer Glaubwürdigkeit. Und eröffnet dem Beklagten ein weites Feld, um darzulegen, was in der Klage alles „übersehen“ wurde.

¹⁷⁶ HAFTER, N 741.

¹⁷⁷ Letztere Aussage weckt – das ist zumindest meine Erfahrung als Schiedsrichter – im juristisch interessierten Leser der Rechtsschrift allerdings oft geradezu den sportlichen Ehrgeiz, sich zu überlegen, ob es nicht auch anders sein könnte.

¹⁷⁸ Vgl. dazu HAFTER, N 18 ff.

Beispiel aus den Swissair-Verfahren: Am 11. September 2001 fanden die Terroranschläge in New York und Washington statt, welche bekanntlich mit Passagierflugzeugen verübt wurden. Der Luftraum wurde weltweit für mehrere Tage gesperrt. Der US-Kongress gewährte den US-Fluggesellschaften innert Tagen staatliche Finanzspritzen in Milliardenhöhe um Insolvenzen zu vermeiden (einige fielen trotzdem in die Insolvenz). In der Schweiz gab es keine entsprechenden Massnahmen. Eine Klageschrift, welche die Liquiditätssituation der Swissair im September/Oktober 2001 zum Gegenstand hat, und welche diese Ereignisse ausblendet, verliert viel von ihrer Glaubwürdigkeit.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es in derartigen Fällen manchmal besser, die entsprechenden Sachverhaltselemente, die vom Gegenanwalt ja ohnehin aufgebracht werden, der Vollständigkeit halber bereits in der Klageschrift kurz zu erwähnen,¹⁷⁹ und (soweit möglich) aktiv aufzuzeigen, weshalb sie für den hier zu prüfenden Fall eben *nicht* ausschlaggebend sein können.

c) *Kurze Klageantwort?*

Unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung, welche – anders als die Praxis unter der aZPO ZH – keinen (bei Bedarf) richterlich angeordneten dritten Schriftenwechsel mehr vorsieht¹⁸⁰ und den Parteien im Grundsatz volle Freiheit lässt, Tatsachen im ersten oder im zweiten Schriftenwechsel zu behaupten,¹⁸¹ hat sich unter Praktikern eine Denkschule gebildet, die dafür hält, in der Klageantwort sehr kurz zu sein. Die „volle Ladung“ an Tatsachen- und Rechtsargumenten soll dann erst in der Duplik abgefeuert werden, um so der Klägerin nur noch beschränkt¹⁸² und unter Zeitdruck¹⁸³ die Möglichkeit zu geben, sich zu den für den Beklagten günstigen Punkten zu äussern und den Gegen-

¹⁷⁹ Dabei ist allerdings den Bedenken von HAFTER, N 783 gebührend Rechnung zu tragen, dass man einen Punkt nicht besser und konziser formuliert, als es der Gegenanwalt wahrscheinlich machen wird.

¹⁸⁰ Art. 225 ZPO.

¹⁸¹ BGE 140 III 312.

¹⁸² Echte und unechte Noven dürfen nach Aktenschluss nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b vorgebracht werden. Bei der Geltendmachung des unbedingten Replikrechts ist das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht zulässig (Urteil des Bundesgerichts 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018 E. 2.3).

¹⁸³ Noven müssen „ohne Verzug“ vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO), wobei hierfür unterschiedliche Zeiträume ab der Entdeckung diskutiert werden (von fünf Tagen bis einige Wochen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_141/2019 vom 7. Juni 2019 E. 6.3). Zur Gewährung des unbedingten Replikrechts muss mit der Entscheidfällung mindestens 10 Tage nach Abschluss des letzten Schriftenwechsels zugewartet werden (Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.3 f.).

beweis anzutreten. Das kann – wie in einem Fall erlebt – so weit gehen, dass sich der Beklagte in der Klageantwort *gar nicht* zu den Tatsachenbehauptungen in der Klage äussert (und damit die Replik ins Leere laufen lässt).¹⁸⁴

Abgesehen von rechtlichen Bedenken,¹⁸⁵ ist es nach meiner Erfahrung so, dass die Gerichte dieses Vorgehen – welches das in der ZPO vorgesehene Spiel des kontradiktorischen Verfahrens zu unterlaufen versucht – nicht goutieren und manchmal bereit sind, argumentativ weite Strecken zu gehen, um der Klägerin in einer solchen Situation zu helfen.

Ausserdem gilt es zu beachten, dass an manchen Gerichten bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine Vergleichsverhandlung mit vorläufiger rechtlicher Einschätzung durch das Gericht anberaumt wird. Nicht selten auf der Basis von bereits gut strukturierten und durchdachten gerichtlichen Memoranden, und mit erheblichem Vergleichsdruck.¹⁸⁶

Entsprechend sollte nach der hier vertretenen Auffassung der relevante Sachverhalt seitens des Beklagten bereits in der Klageantwort dargelegt werden. Einer Überlegung wert, und auch legitim, kann es dagegen bei sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalten sein, sich in der Klageantwort im Interesse der Lesbarkeit eher auf den roten Faden zu konzentrieren, im Wissen darum, dass man für die (vielleicht unübersichtliche und verästelte) Substantiierung von Details und für Nebenpunkte noch eine Äusserungsmöglichkeit zur Verfügung hat.

¹⁸⁴ Besonders schwierig ist die Situation für die Klägerin dann in den – allerdings bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen eher seltenen – Fällen, in denen es keinen zweiten Schriftenwechsel gibt, sondern die entsprechenden Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Erörterungen anlässlich der Hauptverhandlung vorgetragen werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

¹⁸⁵ Nach Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln. Vgl. aber BGE 123 III 220 E. 4d S. 228 f., in welchem das Bundesgericht es abgelehnt hat, dem späten, aber prozessual noch zulässigen Vorbringen des Beklagten bezüglich seiner mangelnden Passivlegitimation mithilfe des Rechtsmissbrauchsverbots zu begegnen. Das Zivilprozessrecht sehe hierzu eigene Sanktionen wie die Berücksichtigung bei der Kostenverteilung vor.

¹⁸⁶ Vgl. dazu auch HAFTER, N 49, der festhält, dass nach seiner Erfahrung Richter dazu tendieren, sich relativ früh festzulegen.

d) *Substantiierung und Gutachten-Inhalt in separaten Modulen?*

Aufgrund der in komplexen Fällen oft grossen Stofffülle und der hohen Substantiierungsanforderungen der Gerichte (namentlich im Kanton Zürich) ist es oft schwierig, einen Mittelweg zwischen „rotem Faden“ (Lesbarkeit) und prozesskonformer Behauptung/Bestreitung aller relevanter Tatsachen zu finden.

Es kann sich vor diesem Hintergrund empfehlen, eine zusammenhängende Sachverhaltsdarstellung zu präsentieren, und dann einzelne Punkte in separaten Modulen – und unter einem entsprechenden Titel – substantiiert zu vertiefen. Das Substantiierungsmodul erfüllt denn quasi die Funktion einer „Beilage“, die einen einzelnen Punkt prozesskonform in allen Details darlegt. Das Gericht kann sich dann darauf verlassen, dass unter jenem Titel nur das entsprechende Sachverhaltselement substantiiert und bewiesen wird – und kann auf dessen vertiefte Lektüre verzichten, falls es zum Schluss kommt, dass der entsprechende Punkt irrelevant oder nicht überzeugend ist.

Beispiel: Die Klage geht davon aus, dass die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkt überschuldet war. Der Beklagte legt dann – z.B. auf ca. drei Seiten – dar, dass in jenem Zeitpunkt noch stille Reserven von X bestanden, welche die Überschuldung beseitigten, und dass die Organe vor dem Hintergrund dieses Wissens handelten. Zur Substantiierung verweist er auf ein separates Modul mit dem Titel „Keine Überschuldung“. Dort werden die 24 einzelnen Bilanzpositionen, aus denen sich stille Reserven ergeben, detailliert aufgeführt, die einzelnen Berechnungen vorgenommen und mit Beweisen unterlegt, sowie der Inhalt der zahlreichen E-Mails und Protokollstellen behauptet, welche belegen, dass die Beteiligten vor dem Hintergrund dieses Wissens handelten.

Das gleiche Vorgehen empfiehlt sich manchmal im Hinblick auf den Inhalt von Gutachten. Obwohl das Bundesgericht seine Rechtsprechung ein wenig gelockert hat,¹⁸⁷ ist nach wie vor bei vorsichtiger Betrachtung davon auszugehen, dass der Inhalt von Parteigutachten in den Rechtschriften selbst behauptet werden muss, und dass Verweise auf das Gutachten nicht ausreichen.¹⁸⁸ Die daraus resultierende (manchmal tendenziöse) anwaltliche Paraphrasierung von 40-seitigen Gutachten in den Rechtschriften (oder deren seitenlange wörtliche Zitierung, zuweilen in Klein- oder Kursivschrift) ist aber selten ein Lesegenuss und mancher Richter (und Gegenanwalt) dürfte es vorziehen, den Experten unverfälscht im Original zu lesen. Auch hier kann es deshalb entlastend sein, ein Modul mit dem Titel „Inhalt des Gutachtens X“ am Ende einzufü-

¹⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁸⁸ Vgl. MÜLLER/STUCKY, N 14.

gen mit dem einleitenden Hinweis, dass nachfolgend, um der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Genüge zu tun, der Inhalt des als Beilage Y ins Recht gelegten Gutachtens in den relevanten Teilen behauptet werde, ohne anderweitige Behauptungen aufzustellen.

V. Aufgabe 4: Auf das Geschehen Einfluss nehmen

Nur noch kurz gestreift werden soll hier die vierte Aufgabe des Prozessanwaltes, welche darin besteht, auf den Gang der Dinge (und damit auf den relevanten Sachverhalt) Einfluss zu nehmen, soweit ihm dies noch möglich ist. Diese Aufgabe würde bereits für sich allein Stoff für einen eigenen Beitrag liefern und wird wahrscheinlich oft unterschätzt. Hervorgehoben werden sollen drei Punkte:

Erstens, dass es sich empfiehlt, in verantwortlichsrechtlich heiklen Situationen (z.B. bei Sanierungen unter Verzicht auf die Deponierung der Bilanz gemäss Art. 725 OR) einen mit dem Verantwortlichsrecht und der Prozessführung vertrauten Anwalt beizuziehen, welcher die Verwaltungsratsmitglieder berät (und nicht die Gesellschaft). Denn zum einen laufen die Interessen der Gesellschaft und jene der Verwaltungsratsmitglieder in solchen Situationen teilweise ein Stück weit auseinander (was den wenigsten VR-Mitgliedern bewusst zu sein scheint). Und zum anderen kann der Prozessanwalt in der Regel abschätzen, welche Begleitmassnahmen im Hinblick auf ein allfälliges Scheitern ratsam sind (auch was die Dokumentation und den Aktenzugang anbelangt; vgl. dazu etwa das unter II.3.f)gg) erwähnte „Kriegstagebuch“). Auch der richtigen Protokollierung von Entscheiden kommt in solchen Situationen eine gesteigerte Bedeutung zu.

Zweitens gehört zum Sachverhalt auch die vorprozessuale Korrespondenz (auch jene des Mandanten mit der Gesellschaft), welche den Sachverhalt zu gestalten vermag und auf welche der Prozessanwalt im Idealfall Einfluss nehmen kann.

Und *drittens* wäre es oft hilfreich, wenn der Prozessanwalt bei „verwandten“ Verfahren, welche den Verantwortlichsklagen vorgelagert sind, und in welche der Mandant nicht direkt verwickelt ist, die Möglichkeit hätte, helfend Einfluss zu nehmen.

Beispiel aus den Swissair-Verfahren: Im Rahmen von paulianischen Anfechtungsprozessen zwischen der Nachlassmasse und Zahlungsempfängern wurden – ohne Zutun der Organe – Feststellungen zum finanziellen Zustand der Swissair-Gesellschaften zu bestimmten Zeitpunkten getroffen, welche von den Gerichten in den nachfolgenden Verantwortlichsverfahren als

gerichtsnotorisch und unumstösslich betrachtet wurden. Dies, obwohl die dort Beklagten keinen Einblick in die entsprechenden Unterlagen und das Wissen der Organe hatten, welche ein anderes Bild ergeben hätten.

Literatur

- AKERET FABIAN, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band 16, Zürich/St. Gallen 2018.
- BÄCHTOLD THOMAS CHRISTIAN, Die Information des Verwaltungsrates, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 601, Diss. Bern 1997.
- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 210, Diss. Zürich 2001.
- BIEDERMANN BIRGIT, Gerichtliche Durchsetzung von Auskunftsansprüchen im Vorfeld des Erbrechtlichen Hauptprozesses zur Klärung von Prozessaussichten, Anwaltsrevue 2016, 423 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009.
- CARBONARA ANTONIO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Aushändigung von Jahresabschlüssen, SZW 1/2004, 88 ff.
- CHAMMARTIN CATHERINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Der Déchargebeschluss, SZW 6/2005, 329 ff.
- DOMEJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, HAVE 2014, 69 ff.
- DROESE LORENZ, Urteilsanmerkung zu BGE 140 III 12, SZPP 2014, 230 ff.
- FINK STEFAN, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Diss. Zürich 2015.
- FORSTMOSER PETER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FRIEDRICH ALAIN/KAISER MARKUS, Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht und Arbeitspapiere einer Revisionsstelle, ST 8/2013, 524 ff.
- FRITSCHÉ CLAUDIA M./STUDER NADINE, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, AJP 2/2018, 168 ff.
- GÄUMANN/MARGHITOLA, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, Jusletter, 14. November 2011.
- GNEHM OLIVER, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, in: Epiney/Nüesch (Hrsg.), Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes, Zürich 2015, 77 ff.
- GÖKSU TARKAN, Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2011/2012, 91 ff.
- GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 4/2009, 479 ff.
- GRAF DAMIAN K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 3/2012, 380 ff.

- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011.
- HINSEN ANDREAS, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, GesKR 4/2014, 541 ff.
- ISLER PETER R./SCHOTT BERTRAND G., Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrecht?, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 197 ff.
- ISLER PETER R./ZINDEL GAUDENZ G./SOMMER CHRISTA, Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra, in: Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 741 ff.
- KILLIAS LAURENT, Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat, in: Notter/Weber/Heinemann/Baumgartner (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich/Basel/Genf 2018, 337 ff.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2005.
- LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, AJP 6/2011, 739 ff.
- MÜLLER DOMINIQUE/STUCKY MARCEL, Verweise auf Beilagen können den Substanziierungsanforderungen genügen, dRSK, 4. April 2018.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014.
- NAEF MONIKA/RIEGER SEBASTIAN, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 5/2018, 600 ff.
- OULEVEY XAVIER, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Band 268, Zürich 2008 (= Diss. Univ. Fribourg 2007).
- PASSADELIS NICOLAS, Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht erlaubt keine Beweisausforschung, dRSK, 4. März 2013.
- PASSADELIS NICOLAS/ROSENTHAL DAVID/THÜR HANSPETER (Hrsg.), Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, 149 ff. (zit. BEARBEITER, in: Datenschutzrecht).
- PETER REICHART/PETER HAFNER, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 107/2011, 201 ff.
- ROSENTHAL DAVID, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, Jusletter, 20. Februar 2017 (zit. ROSENTHAL, Vorentwurf).
- ROSENTHAL DAVID, Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht April 2013 bis März 2015, in: Hari/Riske (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2015, Bern 2015, 565 ff. (zit. ROSENTHAL, Entwicklungen).
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER-DSG Handkomm.).
- ROTH PELLANDA KATJA, Organisation des Verwaltungsrates, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 268, Diss. Zürich 2007.

- RÜD ANDREAS/MICHLIG MATTHIAS, Beweismittelbeschaffung aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Romerio/Bazzani (Hrsg.), Interne und regulatorische Untersuchungen II, Zürich/Basel/Genf 2016, 151 ff.
- RÜHLI EDWIN, Unternehmungsführung und Unternehmungspolitik, 3. A., Bern 1996.
- SCALIA ANTONIN/GARNER BRYAN A., Making Your Case, The Art of Persuading Judges, St. Paul (Minnesota) 2008.
- SCHMID ERNST F., Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des widerspenstigen Gesuchsgegners?, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/ Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, FS Isaak Meier, Zürich 2015, 605 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Bearbeiter-ZPO Komm.).
- VOGT HANS-UELI, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 21 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BAUM OLIVIER, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 3/2016, 278 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006.
- WIEGAND WOLFGANG, Iura novit curia vs. ne ultra petita – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Greiner/Berger/Günther (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, FS Kellerhals, Bern 2005, 128 ff.
- WIGET LUKAS/SCHOCH DANIEL, Das Auskunftsrecht nach DSGVO – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 8/2010, 999 ff.
- ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Hrsg.: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo, DIKE, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BEARBEITER-ZPO DIKE-Komm.).