



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7464-3

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen	7
<i>Dr. Rainer Klopfer, ehem. Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich, Konsulent bei BEELEGAL BÖSIGER. ENGEL. EGLOFF, Zürich</i>	
Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates	33
<i>Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Dr. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	61
<i>PD Dr. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M., Privatdozent für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Partner bei böckli bühler partner, Basel</i>	
Compliance und Verantwortlichkeit	87
<i>Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Fabio Andreotti, MLaw, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rolf Sethe, Universität Zürich</i>	
Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage	167
<i>Prof. Dr. Andreas Donatsch, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?	185
<i>Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, LL.M., em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	

Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Christoph B. Bühler*

Inhalt

I.	Einleitung	62
II.	Begriff des „Rechtmässigen Alternativverhaltens“ und Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität.....	65
	1. Begriff des „rechtmässigen Alternativverhaltens“	65
	2. Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität	66
III.	Dogmatische Einordnung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens	68
	1. Meinungsstand in der Literatur	68
	2. Eigene Beurteilung	70
IV.	Gesetzliche Regelungen des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens und Anwendung in der Rechtspraxis	71
	1. Ausservertragliches Haftpflichtrecht	72
	2. Vertragsrecht.....	73
	3. Gesellschaftsrecht	74
	4. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.....	75
V.	Bedeutung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	76
	1. Entwicklung der Praxis	76
	a) Skepsis und Tendenz zur Strenge in der älteren Rechtsprechung	76
	b) Tendenz zu differenzierterer Beurteilung der Kausalität und Zulassung des Einwandes in der jüngeren Rechtsprechung	77

* Überarbeitete Fassung des am 3. September 2015 an der 8. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Europa Institut der Universität Zürich, gehaltenen Referats.

2. Eigene Beurteilung zur Zulassung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	78
3. Prozessuale Hürden.....	80
a) Beschränkte Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung des rechtmässigen Alternativverhaltens	80
b) Beweislast beim Schädiger.....	82
c) Striktes Beweiserfordernis	83
VI. Schluss.....	84
VII. Literaturverzeichnis	84

I. Einleitung

Nach über zehn Jahren seit dem „Grounding“ der Swissair vom 2. Oktober 2001 ist im Rahmen der Abwicklung der Swissair-Gruppe am 11. Juli 2012 ein erstes Bundesgerichtsurteil zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Führungsorgane ergangen.¹ In diesem Urteil hielt das höchste Gericht unter anderem fest, dass die entschädigungslose konzerninterne Verschiebung der Tochtergesellschaft *Roscor Inc.* von der Muttergesellschaft *SAirGroup AG* (heute in Nachlassliquidation) zur 100%-Tochtergesellschaft *SAirLines AG* keine Pflichtverletzung darstellte, weil in beiden Gesellschaften weder vor noch nach der Transaktion eine Situation der Überschuldung bestand. Selbst wenn man die Pflichtverletzung bejahen würde, fehle es an der notwendigen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, *da auch ein pflichtgemässes Verhalten zum selben Ergebnis geführt hätte*. Die Beschwerdeführerin habe nicht hinreichend dargetan, dass der als rechtmässig behauptete Weg der Sanierung den Schaden vermieden hätte.

Im nur wenig später gefällten „Cash-Pool“-Entscheid vom 7. Januar 2013² nimmt das Bundesgericht in einem *obiter dictum* erneut Bezug auf diesen

¹ BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 betreffend die Tochtergesellschaft *Roscor Inc.*

² BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 betreffend „Cash Pool“; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080315-O/U/dz vom 9. März 2012.

Einwand des sogenannten „*rechtmässigen Alternativverhaltens*“. Eingeklagt wurde die Revisionsstelle der betreffenden 100%-igen Tochtergesellschaft, welche ebenfalls als Revisionsstelle des Konzerns eingesetzt war. Die Tochtergesellschaft wies per Ende 2000 ein positives Guthaben aus konzerninternen Darlehen aus; diese bestanden einerseits aus einem Guthaben von Festgeldanlagen gegenüber einer Tochtergesellschaft und andererseits aus einem Guthaben gegenüber einer anderen Tochtergesellschaft, die einen konzerninternen „Cash Pool“ führte. Gestützt auf den ausgewiesenen Bilanzgewinn und den von der Revisionsstelle geprüften Jahresabschluss beantragte der Verwaltungsrat der Generalversammlung die Ausschüttung einer Dividende, was von dieser genehmigt wurde. Die Dividende wurde in der Folge zu Gunsten der Muttergesellschaft an den „Cash Pool“ überwiesen. Die Klägerin machte geltend, die Revisionsstelle habe sich mit ihrer vorbehaltlosen Genehmigung der geplanten Dividendenausschüttung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar gemacht. Sie habe nicht auf den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und nicht auf das Fehlen der nötigen Liquidität sowie auf die Notwendigkeit von Wertberichtigungen auf den Konzernforderungen hingewiesen. Das angerufene Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage ab, u.a. mit der folgenden Begründung:

„Aufgrund der Tatsache, dass die Dividende mittels Guthaben im Cash Pool bezahlt wurde, entfällt eine Haftung der Beklagten, selbst wenn sie ihre Pflichten verletzt haben sollte. Dazu führen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang. Der Schaden wäre genau gleich bei *rechtmässigem Alternativverhalten* der Beklagten eingetreten; er steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit den allenfalls verletzten Schutznormen und ist bei Prüfung der hypothetischen Kausalität der vorgeworfenen Unterlassungen nicht auf die behauptete Pflichtverletzung zurückzuführen.“³

Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob die Vorinstanz ein *rechtmässiges Alternativverhalten* der Beschwerdegegnerin bzw. ihrer Organe bei der Gewinnausschüttung annehmen durfte oder ob es dazu tatsächlicher Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu einem möglichen alternativen Vorgehen bedurft hätte. Dass die Beschwerdeführerin die Dividende ihrer Alleinaktio-

³ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080315-0/Udz vom 9. März 2012, 30, auch zitiert in BGer Urteil 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013; Hervorhebungen beigelegt.

närin in der Weise ausrichtete, dass sie ihr ein Guthaben im Rahmen des konzerninternen „Cash Pools“ überwies, hätte jedenfalls keine rechtmässige Alternative begründet.⁴

Noch eingehender hat sich nun das Obergericht des Kantons Zürich unlängst am 8. September 2014 im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit dem *Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens* auseinandergesetzt. Auch bei diesem Fall stand die Rechtmässigkeit eines konzerninternen „Cash-Poolings“ in Frage. Die Klägerin machte geltend, die Führungsorgane der Muttergesellschaft, der *SwissAirGroup AG* (heute in Nachlassliquidation) hätten zur Zentralisierung der konzernweiten Liquidität einen „Cash Pool“ betrieben; dies u.a. zu Lasten der Klägerin, der Flightlease AG, einer in der Folge in Konkurs geratenen Tochtergesellschaft des SwissAir-Konzerns. Die Flightlease AG habe aufgrund der Weisung der Konzern-Muttergesellschaft am „Cash Pool“ teilnehmen müssen und damit ihre gesamte Liquidität an die Poolführerin abgeben müssen. Das habe für diese Tochtergesellschaft ein enormes Klumpenrisiko begründet. Das Obergericht erwog:⁵

„Die (mutmassliche) Eingehung eines Liquiditätsrisikos als behauptete Schadensursache ist [...] nicht *conditio sine qua non* für die Entstehung des eingeklagten Schadens; gegenteils kann sie ohne Weiteres weggedacht werden, ohne dass gleichzeitig auch der Schaden entfallen würde: Die X. AG hätte den mit vorliegender Klage als Schaden geltend gemachten Wertverlust (Teilausfall ihrer Forderungen) auch dann erlitten, wenn sie [...] mit der Teilnahme am Cash Pool kein Risiko bezüglich ihrer (eigenen) Liquidität eingegangen wäre. [...] Wäre der Schaden aber auch bei *rechtmässigem Alternativverhalten* eingetreten, ist der natürliche Kausalzusammenhang zwischen pflichtwidriger Handlung und Schaden zu verneinen.“

Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist insoweit bemerkenswert, als der *Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens* insbesondere bei einem aktiven Verhalten des präsumtiv Haftpflichtigen – in Praxis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bisher eher zurückhaltend zugelassen wurde und auch in der Lehre zum Verantwortlichkeitsrecht bisher eigentlich geradezu

⁴ BGer Urteil 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.5.

⁵ Obergericht des Kantons Zürich LB110046-0/U vom 8. September 2014, 142; im Ergebnis bestätigt durch BGer Urteil 4A_603/204 vom 11. November 2015, E. 6.3.

stiefmütterlich behandelt worden ist – Anlass genug, die Figur des „*rechtmässigen Alternativverhaltens*“ etwas näher zu beleuchten.

II. Begriff des „Rechtmässigen Alternativverhaltens“ und Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität

1. Begriff des „rechtmässigen Alternativverhaltens“

Unter der Bezeichnung des „*rechtmässigen Alternativverhaltens*“, die wohl aus der deutschen Lehre rezipiert worden ist,⁶ wird der Einwand des Schädigers verstanden, der Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er sich rechtmässig bzw. pflichtgemäss verhalten hätte.⁷ Ein rechts- oder pflichtwidriges Verhalten des Schädigers liegt zwar zweifellos vor, doch bestreitet dieser die *Relevanz* seines Normverstosses für den eingetretenen Erfolg. Der potentiell Ersatzpflichtige macht also nicht etwa geltend, ein Schaden wäre aufgrund eines *anderen* Verhaltens oder Ereignisses in der Ursachenkette gänzlich unabhängig von seinem Verhalten eingetreten, sondern er behauptet, sein *eigenes* rechtmässiges Verhalten hätte ebenso zum Schaden geführt. So kann eingewendet werden, der bei der Montage der Maschine durch den betrunkenen Monteur ausgelöste Kurzschluss (mit nachfolgendem Hausbrand) wäre infolge der unzureichenden Sicherungsanlage auch eingetreten, wenn der Monteur nüchtern gewesen wäre. Oder: Die Patientin hätte in den Eingriff des Arztes auch eingewilligt, wenn dieser sie korrekt aufgeklärt hätte.⁸

Wenn der Schaden aber auch bei rechtmässigem Verhalten des Schädigers eingetreten wäre – so zumindest die These –, dann soll dieser für die Folgen seines Pflichtverstosses nicht haftbar gemacht werden können.

⁶ Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 64 mit Verweisung auf BGHZ 29, 215; für die deutsche Lehre etwa WEBER, 88 ff.; GRECHENIG/STREMITZER, 336 ff.

⁷ FREI, N 506 f.; BK-BREHM, Art. 41 N 149i; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2956; KRAMER, 292; SCHWENZER, N 21.07; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a; REY, N 644; STUDHALTER, 171.

⁸ Frage offengelassen in BGE 108 II 59; bejaht in BGE 117 Ib 206; vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2956.

2. Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität

Das Problem des rechtmässigen Alternativverhaltens hängt eng mit demjenigen der *überholenden bzw. hypothetischen Kausalität* zusammen, ist von dieser aber abzugrenzen. Ausgangspunkt für diese Abgrenzung sind die massgeblichen Grundsätze zur Bestimmung des haftungsrechtlich relevanten Kausalzusammenhangs:

Die Haftung für einen Schaden ist unbestrittenermassen nur gegeben, wenn insbesondere auch ein *Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg* vorliegt. Bei der Prüfung der Kausalitätsfrage ist in zwei Etappen vorzugehen: Zuerst ist die Frage des natürlichen und anschliessend diejenige des adäquaten Kausalzusammenhangs zu untersuchen.⁹

Der *natürliche Kausalzusammenhang* ist gegeben, wenn ein Verhalten oder Ereignis unabdingbare Voraussetzung (*conditio sine qua non*) für ein Schadensereignis ist.¹⁰ Dabei ergibt sich, dass allein gestützt auf eine solche Betrachtungsweise jedes Ereignis unzählige Ursachen haben kann. Um im Haftungsrecht die als rechtserheblich empfundene Ursache herauszuschälen, sind *normative* Abgrenzungskriterien zu formulieren. Ist der natürliche Kausalzusammenhang nachgewiesen, so geht es in einem zweiten Schritt darum zu bestimmen, ob die natürliche Kausalkette auch *rechtlich relevant* ist. Die Rechtsprechung stellt dabei auf die Theorie des *adäquaten Kausalzusammenhangs* ab: Demgemäss ist der Kausalverlauf immer dann rechtlich erheblich, wenn das Verhalten „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint“.¹¹

⁹ Vgl. STUDHALTER, 208.

¹⁰ BREHM, Art. 41 OR N 106 ff.; REY, N 518; KRAMER, 291; BGE 128 III 174, 177; 123 III 110, 112; 119 V 337 E. 1; 118 V 289 E. 1b.

¹¹ Sog. „Adäquanzformel“ des Bundesgerichts gemäss BGer 6B_183/2010, E. 3; BGE 135 IV 56, 64; 129 II 312; 123 III 112 E. 3a; 122 V 416 E. 2a; 121 V 49 E. 3a.; vgl. zur Adäquanztheorie REY, N 525; BK-BREHM, Art. 41 OR N 121; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 16.

Von der *hypothetischen Kausalität* wird schliesslich gesprochen, wenn der Schaden nach dieser massgeblichen Formel zwar tatsächlich durch das primäre rechtswidrige Verhalten entstanden ist, er jedoch auch durch eine spätere (sekundäre) sogenannte „*Reserveursache*“ erwachsen wäre.¹² Bei der hypothetischen Kausalität geht es also darum, dass das schädigende Ereignis eine bereits in Gang befindliche Kausalkette überholt, aufgrund derer derselbe Schaden zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten wäre. Kann der pflichtwidrig handelnde Schädiger nun nachweisen, dass der Schadenserfolg genauso eingetreten wäre, wenn er sich in der konkreten Situation nicht rechtswidrig, sondern *rechtmässig* verhalten hätte, so ist die Anwendung dieses Kausalitätskonzepts zweifelhaft.¹³

Der Unterschied des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens zur hypothetischen Kausalität besteht darin, dass die Hypothese nicht ein späteres Ereignis, sondern die mit den pflichtwidrigen Handlungen *zeitlich zusammenfallende Alternative rechtmässigen Verhaltens* betrifft. Im Gegensatz zur hypothetischen Kausalität macht der potentiell Ersatzpflichtige also nicht geltend, ein Schaden wäre aufgrund einer anderen Ursachenkette – sei es einer zufallsbedingten oder einer durch einen Dritten zu verantwortenden „Reserveursache“ – gänzlich unabhängig von seinem Verhalten eingetreten, sondern er behauptet, sein *eigenes* rechtmässiges Verhalten hätte ebenso zum Schaden geführt.¹⁴

¹² REY, N 604; KRAMER, 303; BK-BREHM, Art. 41 N 149; HONSELL/ISENRING/KESSELER, § 3 N 50 ff.; vgl. BGE 122 III 233 f. E. 5a.

¹³ STUDHALTER, 178; FREI, 239.

¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2956; vgl. auch KRAMER, 301; STUDHALTER, 178; BGE 122 II 234.

III. Dogmatische Einordnung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens

1. Meinungsstand in der Literatur

Die dogmatische Einordnung des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens ist umstritten. Vorherrschend sind im Wesentlichen vier Lehrmeinungen:

- Ein Teil der Lehre lehnt die Berufung auf rechtmässiges Alternativverhalten grundsätzlich ab.¹⁵ Derjenige, der einen rechtswidrigen anstelle eines rechtmässigen Weges gewählt hat, müsse sich an dieser Wahl festmachen lassen und deren Folgen auf sich nehmen.¹⁶ Differenziert wird dabei teilweise nach dem *Schutzzweck der übertretenen Norm*. Eine Berufung auf rechtmässiges Verhalten wird nur zugelassen, wenn der Schaden nicht vom Schutzzweck dieser Norm erfasst wird. Es wird vor allem danach differenziert, ob die übertretene Norm nur das schädigende Verhalten verhindern wollte oder auch den Verletzungserfolg bzw. den Schaden überhaupt.¹⁷ Dieser Teil der Lehre möchte die Berufung auf ein rechtmässiges Alternativverhalten nicht zulassen und „missgönnt“ quasi dem boshaften Schädiger partout das „Glück einer alternativen Ursache“.¹⁸
- Eine weitere Ansicht sieht das rechtmässige Alternativverhalten als Spezialfall der überholenden Kausalität und will dieses bei der *Schadensberechnung* im Rahmen der Vorteilsanrechnung berücksichtigen. Die Schadensberechnung könne nicht auf eine blossre Rechenaufgabe reduziert werden, sondern hänge auch von *Wertungen* ab. Gehe man von der Differenztheorie zum Schadensbegriff aus, so sei festzustellen, dass diese definitionsgemäss ein *Kausalkalkül* im Sinne des *Conditione-sine-qua-non*-Tests impliziere. Nach der Differenztheorie, die auf die

¹⁵ LANGE, 135; GOTTWALD, 94.

¹⁶ LANGE, 135; GOTTWALD, 162; vgl. dazu auch REY, N 650 und KRAMER, 298.

¹⁷ Vgl. zu diesen älteren Lehrmeinungen KRAMER, 298.

¹⁸ So die Kritik von KRAMER, 303.

hypothetische Vermögensentwicklung beim Geschädigten abstelle, müssten an sich in jedem Schadensfall allfällige Reserveursachen berücksichtigt werden. Sei im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch eine zweite Kausalkette wirksam, die ebenfalls bzw. ohnehin zum Schaden führe, so sei diesem Umstand bei der Schadensberechnung somit Rechnung zu tragen.¹⁹

- Eine dritte Lehrmeinung behandelt den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens unter dem Gesichtspunkt der *natürlichen Kausalität*.²⁰ Der Schädiger könne sich mithin mit dem Wahrscheinlichkeitsbeweis des rechtmässigen Alternativverhaltens befreien, weil dann die natürliche Kausalität fehle.²¹ Weitgehend unbestritten ist diese Betrachtungsweise bei der *pflichtwidrige Unterlassung*, wo sich der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens mit dem allgemeinen Erfordernis der natürlichen Kausalität deckt – weil es schlicht um die Kausalität der pflichtwidrigen Unterlassung geht – und der Einwand insoweit gar *keine eigenständige Bedeutung* hat.²² Fraglich ist die Relevanz dieses Einwandes für die natürliche Kausalität aber bei einer *positiven Handlung*.
- Eine vierte Ansicht schliesslich ordnet den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens unter dem Aspekt des *Rechtswidrigkeitszusammenhangs* bzw. der Relevanz der Pflichtwidrigkeit für den eingetretenen Erfolg ein.²³

¹⁹ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 46; SCHWENZER, N 21.05 sowie WYSS, 322, der allerdings die Berücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens im Rahmen der Schadensberechnung auf Fälle der konstitutionellen Prädisposition beschränkt haben will.

²⁰ BK-BREHM, Art. 41 N 149i; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a.

²¹ BK-BREHM, Art. 41 N 149h.

²² KRAMER, 295 f.; REY, N 647.

²³ ROBERTO, N 171; STUDHALTER, 171 und 214 f.; KRAMER, 299; FREI, 508; REY, N 644.

2. Eigene Beurteilung

Abzulehnen ist meines Erachtens zunächst jener *pönal differenzierende Ansatz*, welcher die Berufung auf ein rechtmässiges Alternativverhalten aus Präventionsüberlegungen generell zurückweist.²⁴ Stellt man auf die Vermögensausgleichs- bzw. Bereicherungsabwehrfunktion im Haftungsrecht ab, so muss zwischen Pflichtverstoss und Schaden ein Zusammenhang erstellt sein. Gelingt dieser Nachweis nicht, kann der Pflichtvergessene haftungsrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden. Es gibt nun einmal keine zivilrechtliche Haftung für blossen Versuch.

Ebenso abzulehnen ist die Ansicht, das rechtmässige Alternativverhalten sei bei der *Schadensberechnung* zu berücksichtigen. Diese Auffassung wird namentlich von denjenigen Autoren vertreten, welche das rechtmässige Alternativverhalten als einen Anwendungsfall der hypothetischen Kausalität behandeln.²⁵ Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten sind jedoch – wie bereits dargelegt – voneinander zu unterscheiden. Zur Schadensursache tritt im Falle des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht eine tatsächlich später eingetretene Reserveursache in Konkurrenz, sondern ein *potentiell zeitgleiches eigenes pflichtgemässes Handeln des Schädigers*.²⁶

Nicht überzeugend ist auch der Ansatz, welche den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens generell unter dem Gesichtspunkt der *natürlichen Kausalität* abhandeln will. Denn anders als bei der Prüfung der natürlichen Kausalität geht es hier nicht um die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten des Schädigers den eingetretenen Erfolg tatsächlich bewirkt hat oder nicht. Die Frage, die sich stellt, ist vielmehr, ob sich die *durch das pflichtwidrige Verhalten* geschaffene Gefahr tatsächlich im Schaden verwirklicht hat oder aber eine andere Gefahr.²⁷ Zwar kann auch vom Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg gesprochen werden, doch geht es dabei *nicht* um den natürlichen Kausalzusammenhang, denn dieser kann nur zwischen einem *realen* Verhalten (bzw. einem anderen haftungsbegründenden Ereignis-

²⁴ So auch KRAMER, 303.

²⁵ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 46; SCHWENZER, N 21.05.

²⁶ ROBERTO, N 171.

²⁷ FREI, 237; GOTZLER, 78; STUDHALTER, 192.

nis) und einem Erfolg, nicht aber zwischen einer Pflichtwidrigkeit und einem Erfolg bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem eingetretenen Erfolg ist gegeben. Es steht ausser Frage, dass das Verhalten des Schädigers *tatsächlich* zum eingetretenen Erfolg geführt hat. Zweifelhaft ist einzig die *Relevanz* der Gefahr für den Erfolg.²⁸

Dies gilt grundsätzlich auch für die *Unterlassung*, auch wenn der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens hier der Behauptung entspricht, es fehle am (hypothetischen) Kausalzusammenhang – und damit an der natürlichen Kausalität – zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Erfolg.²⁹ Die natürliche Kausalität der Unterlassung gilt gemäss der *conditio-sine-qua-non*-Formel nämlich dann als erwiesen, wenn es beim Hinzudenken des vom Schädiger verlangten Verhaltens nicht zum Erfolg gekommen wäre. Wäre der eingetretene Erfolg also auch bei pflichtgemässem Tun und damit bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten, ist dieser Zusammenhang zu verneinen. Richtigerweise kommt dem rechtmässigen Alternativverhalten im Bereich der Unterlassungen daher *kein selbständiger dogmatischer Stellenwert* zu.³⁰ Eine Unterscheidung zwischen natürlicher Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang erübrigt sich hier; es kann also auf eine gesonderte Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs verzichtet werden, weil das Problem schon im Rahmen der Kausalität abgehandelt wird.³¹

IV. Gesetzliche Regelungen des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens und Anwendung in der Rechtspraxis

Wo ist das rechtmässige Alternativverhalten bereits gesetzlich geregelt und wie wird dieses in der Rechtspraxis angewendet?

²⁸ FREI, 237.

²⁹ KRAMER, 295 f.; FREI, 237; REY, N 647; BGE 117 Ib 207 f.

³⁰ KRAMER, 296; JENNY, 413; FREI, 237; STUDHALTER, 259.

³¹ FREI, 238; STUDHALTER, 246.

1. Ausservertragliches Haftpflichtrecht

Das OR kennt zwar keine generelle gesetzliche Anerkennung des Einwands rechtmässigen Alternativverhaltens im Haftpflichtrecht, und dessen generelle Zulassung ist teilweise auch in der Lehre umstritten.³² Dennoch findet der Einwand in einzelnen Bestimmungen des Gesetzes punktuell ausdrücklich Erwähnung.

So bestimmt Art. 55 Abs. 1 OR, dass der Geschäftsherr nur für den Schaden haftet, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht den Sorgaltsbeweis erbringen kann oder wenn er nicht nachzuweisen vermag, dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.³³ Gleiches gilt gemäss Art. 56 Abs. 1 OR für den Halter des von einem Tier angerichteten Schadens.³⁴

Die gewöhnlichen Kausalhaftungen von Art. 55 und 56 OR setzen das Bestehen einer objektiven Sorgfaltspflicht voraus und knüpfen an deren Verletzung an. Der Geschädigte hat lediglich den Kausalzusammenhang zwischen der geschäftlichen Verrichtung der Hilfsperson bzw. der Aktion des Tieres und dem eingetretenen Erfolg zu beweisen. Nicht zu beweisen ist hingegen, dass der Geschäftsherr oder Tierhalter eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat; die gesetzliche Regelung setzt dies voraus; der Gegenbeweis obliegt dem potentiell Haftpflichtigen. Ebenfalls vorausgesetzt wird, dass eine gegebene Verletzung der Sorgfaltspflicht in Zusammenhang mit dem Erfolg steht. Dieser Kausalzusammenhang wird vermutet.³⁵

Bei der *Werkeigentümerhaftung* nach Art. 58 OR und der *Grundeigentümerhaftpflicht* gemäss Art. 679 ZGB gestaltet sich die Rechtslage anders. Eine

³² Für die generelle Zulassung sind BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a; BK-BREHM, Art. 41 N 149i; ROBERTO, N 169 ff.; in diesem Sinne auch BGE 131 III 119; Frage offen gelassen in BGer 2C_860/2008, E. 5.2; kritisch demgegenüber ESSER/SCHMIDT, 226 ff; LANGE, 197 ff.

³³ HUGUENIN, N 2027 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 4 ff.; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 55 N 15 f.; vgl. BGer 4A_326/2008, E. 5.2 f.; BGE 110 II 456, 460 f.

³⁴ BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 56 N 17; BGE 131 III 115, 120, E. 3.1.

³⁵ HUGUENIN, N 2027 ff. und 2044 ff.; STUDHALTER, 199.

Umkehr der Beweislast liegt dort nicht vor; der Geschädigte hat sowohl den Werkmangel bzw. die Überschreitung des Grundeigentums als auch den Kausalzusammenhang zum Erfolg zu beweisen.³⁶

Die explizite Erwähnung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens in Art. 55 und 56 OR scheint also auf die besondere Gesetzgebungstechnik zurückzuführen zu sein, die in diesen Bestimmungen Anwendung findet. Trotz der Besonderheiten in der Konstruktion dieser Bestimmungen ist meines Erachtens nicht ausgeschlossen, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens als *Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens* zu betrachten ist. Die Anwendbarkeit dieses Gedankens ist dann allerdings auf jene Tatbestände zu beschränken, die tatsächlich auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Haftpflichtigen abstellen.³⁷

Nach weitgehend einhelliger Auffassung konkretisieren die Bestimmungen in Art. 55 und 56 OR lediglich die nach Art. 41 OR geltenden allgemeinen Schadenersatzregeln im ausservertraglichen Haftpflichtrecht.³⁸ Die heutige Lehre und Rechtsprechung halten daher überwiegend dafür, dass der Einwand im Haftpflichtrecht grundsätzlich zulässig ist, auch wenn das Gesetz ihn nicht ausdrücklich erwähnt.³⁹ Allerdings muss dann der Entlastungsbeweis betreffend das rechtmässige Alternativverhalten *strikt* erbracht werden.⁴⁰

2. Vertragsrecht

Insbesondere auch bei Vertragsverletzungen anerkennt sodann das Bundesgericht in seiner Praxis in der Regel die Berufung auf rechtmässiges Alternativverhalten. So kann sich die *Anwältin* gegenüber ihrem Klienten darauf

³⁶ STUDHALTER, 201; BK-BREHM, Art. 58 N 82; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 6a.

³⁷ STUDHALTER, 203.

³⁸ BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 1a und Art. 55 N 2; REY, N 45; BGE 115 II 237, 242; a.M. ROBERTO, N 524.

³⁹ BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a; BK-BREHM, Art. 41 N 149i; ROBERTO, N 169 ff.; BGE 131 III 119.

⁴⁰ Vgl. dazu unten, V. 3. c).

berufen, dass die wegen Fristversäumnis verwirkte Klage ohnehin abgewiesen worden wäre.⁴¹

Der *Ärztin*, die ihre Aufklärungspflicht verletzt hat, wird grundsätzlich der Nachweis ermöglicht, der Patient hätte auch bei ordnungsgemässer Aufklärung in die Operation eingewilligt.⁴²

Schliesslich soll auch der Arbeitnehmer selbst bei einer missbräuchlichen *Kündigung eines Arbeitsverhältnisses*⁴³ nach überwiegender Meinung keinen Anspruch auf Ersatz der im Zusammenhang mit der Stellensuche anfallenden Kosten haben, weil diese auch bei ordentlicher Kündigung entstehen würden.⁴⁴

3. Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht kann ein sinngemässer Anwendungsfall des rechtmässigen Alternativverhaltens im Umgang des Gesetzes mit der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei bestimmten Verfahrensmängeln gesehen werden. So besteht gemäss Art. 691 Abs. 3 OR kein Anfechtungsrecht bei der Mitwirkung einer unbefugten Person an der Abstimmung der Generalversammlung, wenn die beklagte Gesellschaft nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hatte. Die Verletzung von Verfahrensmängeln soll mithin nicht relevant sein, wenn der Beschluss auch bei korrektem Vorgehen so gefällt worden wäre.⁴⁵ Dies ist nach der Praxis des Bundesgerichts beispielsweise dann der Fall, wenn der Stimmanteil eines fehlerhaft informierten Minderheitsaktionärs nichts am Abstimmungsergebnis geändert hätte.⁴⁶

⁴¹ BGE 87 II 364, 372; vgl. SCHWENZER, N 21.07.

⁴² BGE 117 Ib 197, 206 ff., E. 2a; offen gelassen in BGE 113 Ib 420, 426; 108 II 59, 64; vgl. HUGUENIN, N 1938; BK-BREHM, Art. 41 N 634 f.

⁴³ Art. 336 OR.

⁴⁴ ZK-STAEHELIN, Art. 336a N 8; a.M. SCHWENZER, N 21.07.

⁴⁵ BSK-LÄNZLINGER, Art. 691 N 15; ZK-BÜRGI, Art. 691 N 31; BGE 71 II 277.

⁴⁶ BGE 96 II 18 E. 3.

4. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens findet in der Praxis schliesslich auch im Rahmen der *paulianischen Anfechtung* ein Anwendungsfeld.

Die paulianische Anfechtung i.S.v. Art. 285 ff. SchKG setzt

- eine Rechtshandlung des Schuldners,
- die Schädigung der Gläubiger,
- einen *Kausalzusammenhang* zwischen der Rechtshandlung und der Schädigung sowie
- die Vornahme der Rechtshandlung innerhalb der gesetzlichen Verdachtsfrist

voraus. Der erforderliche Kausalzusammenhang ist dabei im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzung der *Gläubigerschädigung* zu prüfen, die vermutet wird.⁴⁷ Die Rechtsprechung billigt dem Anfechtungsgegner die Erhebung des Einwands zu, dass die Gläubiger ebenso einen Verlust erlitten hätten, *wenn sich der Schuldner richtig verhalten und die in Frage stehende Rechtshandlung nicht vollzogen hätte*.⁴⁸ Bei erfolgreicher Einwanderhebung fällt die Anfechtung ausser Betracht.

Die Zulässigkeit des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens wird mit der Zielsetzung der Anfechtung begründet, welche nicht darin liege, den Anfechtungsgegner zu bestrafen, sondern denjenigen Zustand wiederherzustellen, in welchem sich das schuldnereische Vermögen ohne die in Frage stehende Handlung befunden hätte.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. SPÜHLER/DOLGE, § 18 N 314a; LORANDI, 225 f.; VOGT, 1078.

⁴⁸ BGE 136 III 247, 251 E.3; 135 III 267; 134 II 617 f.; BGer 5A_421/2008 vom 26. November 2008, E. 3.3; 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009, E. 2; 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 4.

⁴⁹ SCHMID, § 4 N 183; ROTH, 59 ff.; LORANDI, 225 f.; so bereits BGE 85 III 185, 189 E. 2a, später bestätigt in BGE 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 135 III 265, 267 E. 2; 135 III 276, 280 E. 6.1.1; 136 III 247; 250 E. 3; 137 III 268, 283, E. 4.1.

V. Bedeutung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1. Entwicklung der Praxis

a) *Skepsis und Tendenz zur Strenge in der älteren Rechtsprechung*

Wie bereits eingangs erwähnt, kam die Einwendung des rechtmässigen Alternativverhaltens in der hier verstandenen Form – also bei einem aktiven Verhalten des Schädigers und nicht als Aspekt der natürlichen Kausalität, wo die Figur keine eigenständige Bedeutung hat – in der Praxis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bisher relativ selten vor.⁵⁰ Die frühere Gerichtspraxis stand solchen Einwänden eher skeptisch gegenüber.⁵¹

Wurde bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens diskutiert, so war dies meist bei vorgeworfenen *Unterlassungen* der Fall.⁵² Die Notwendigkeit, den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen und dem Schaden mittels der Hypothese zu bestimmen, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Schaden verhindert hätte, führte insbesondere in Fällen der Verletzung der Revisionsstelle dazu, dass sich die Hypothese notwendigerweise auch auf die Konsequenzen erstreckte, die der Verwaltungsrat aus dem rechtmässigen Verhalten der Revisionsstelle gezogen hätte. Denn oft ist nur der Verwaltungsrat in der Lage, weiteren Schaden zu verhindern.⁵³

Vor allem die ältere Rechtsprechung zeichnete sich bezüglich dieser Hypothese durch eine in der Literatur viel kritisierte *Tendenz zur Strenge* aus, indem sie implizit von der Vermutung ausging, der Verwaltungsrat würde

⁵⁰ Vgl. immerhin den Hinweis bereits bei FORSTMOSER, N 272 f.; vgl. dazu auch JAGMETTI, 288; EGGMANN, 188.

⁵¹ BGE 86 II 183 f.; 99 II 181; 112 II 461 E. 4b.

⁵² So z.B. im Urteil des Obergerichts Zürich vom 16. Dezember 1988 E. 3, ZR 88 (1989) Nr. 65, 208 f.; vgl. EGGMANN, 187 ff.; JENNY, 414.

⁵³ Vgl. BÖCKLI, § 18 N 424 ff.; BÄRTSCHI, 228 ff.

sich auf die Intervention der Revisionsstelle hin rechtmässig verhalten.⁵⁴ Das Bundesgericht hatte es in dieser Rechtsprechung konstant abgelehnt, die Hypothesen zum Einschreiten der Revisionsstelle zu überprüfen, weil es die Frage dem natürlichen Kausalzusammenhang zuordnete und somit als Tatfrage behandelte, die seiner Kognition grundsätzlich entzogen ist.

b) Tendenz zu differenzierterer Beurteilung der Kausalität und Zulassung des Einwandes in der jüngeren Rechtsprechung

Inzwischen hat sich die bereits vor einigen Jahren abzeichnende Tendenz der Gerichte zu einer differenzierteren Beurteilung der Kausalität weiter verstärkt. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der Folgen von Fehlhandlungen einer Revisionsstelle. Die Vermutung, welche die ältere Rechtsprechung aufgestellt hatte, wonach der Verwaltungsrat bei Vorliegen eines korrekten Revisionsberichts ihre Pflicht erfüllt und auf Hinweise der Revisionsstelle hin die notwendigen Massnahmen ergriffen hätte, wurde in neuerer Zeit insofern relativiert, als das Bundesgericht erklärte, dass Revisionsberichte den Verwaltungsrat und die Generalversammlung bei einer Einmann-AG mit Personalunion von Aktionär und Verwaltungsrat kaum beeinflussen⁵⁵. Bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 2002⁵⁶ hat das Bundesgericht eine Revisionsstelle – trotz verletzter Anzeigepflichten – von der Haftung freigesprochen, *da eine rechtzeitige Anzeige an der Vermögensminderung nichts geändert hätte*. Und in der jüngeren Rechtsprechung ist, wie bereits erwähnt, eine weitere Verstärkung der Tendenz erkennbar, dass die Gerichte die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens – wie sie nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts zum Tragen kommt – zunehmend als haftungsbefreienden Einwand auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zulassen.⁵⁷

⁵⁴ BGE 86 II 183; 99 II 181; vgl. dazu FORSTMOSER N 273 ff.; EGGMANN, 188; BÄTTIG, 109 und BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 43.

⁵⁵ BGE 119 II 259 = Pra 1994 Nr. 61.

⁵⁶ BGE 129 III 134; vgl. dazu BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 44.

⁵⁷ BGer 4C_118/2005 vom 8. August 2005; 4C_53/2003 vom 25. Juni 2003; H 149/2002 vom 8. Oktober 2002, E. 4.1, sowie der bereits erwähnte BGE 129 III 134; zu diesem Urteil ROTH PELLANDA/VON DER CRONE, 290 f.; vgl. ferner BÖCKLI, § 18

2. Eigene Beurteilung zur Zulassung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung der Rechtsprechung stellt sich die Frage, ob der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit *grundsätzlich zuzulassen* ist.

Im Verantwortlichkeitsrecht bestimmt Art. 754 Abs. 1 OR bekanntlich, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich sind, den sie „durch ... Verletzung ihrer Pflichten verursachen“. Nach der gesetzlichen Formulierung muss die Ursache des Schadens also eine *Pflichtverletzung* sein, d.h. ein pflichtwidriges Tun, Dulden oder Unterlassen des Organs. Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit setzt mithin einen Kausalzusammenhang zwischen der von der klagenden Partei behaupteten Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden voraus. Genau um diesen Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden geht es bei genauer Betrachtung beim Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens: Die Haftung, welche auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Schädigers beruht, ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Pflichtwidrigkeit sich im eingetretenen Erfolg ausgewirkt hat, d.h. wenn ein *besonderer Zusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen Erfolg* besteht. Dazu ist erforderlich, dass der Schaden tatsächlich auf das pflichtwidrige Verhalten zurückzuführen ist, was dann zu verneinen ist, wenn er auch dann eingetreten wäre, wenn der Schädiger sich pflichtgemäss verhalten hätte.

Ob das pflichtgemässe Verhalten den Erfolg effektiv verhindert hätte, ist bei der *Unterlassung*, wie bereits dargelegt, im Rahmen der (natürlichen) Kausalität zu prüfen. Es ist unbestritten, dass in diesem Zusammenhang die Berufung auf die fehlende Kausalität der Unterlassung und somit auf das rechtmässige

N 427 ff.; GLANZMANN, 161; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 44; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 94; JAGMETTI, 287 f.

Alternativverhalten möglich ist. Teilweise umstritten ist hingegen, ob der Einwand allgemein, also auch bei positivem Tun, zuzulassen ist.⁵⁸

Meines Erachtens ist die Frage zu bejahen. Wo die Haftung auf ein sorgfaltswidriges Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist, muss diese ausgeschlossen sein, wenn das pflichtgemässe Verhalten den genau gleichen Schaden herbeigeführt hätte.⁵⁹ Dies muss als *allgemeiner Grundsatz auch im Verantwortlichkeitsrecht* gelten, das im Kern Haftpflichtrecht darstellt.⁶⁰ Haftung ist nichts anderes als der allgemeinere Begriff und bedeutet die Verpflichtung zum Entstehen für einen Schaden, zugefügt durch eigenes oder fremdes pflichtwidriges Verhalten.

Der innere Grund der Verschuldenshaftung entfällt, wenn derselbe Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Die Verschuldenshaftung kann nicht bezwecken, Schäden zu verhindern, welche auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären; sie setzt vielmehr voraus, dass der Schaden durch das verlangte Verhalten auch tatsächlich hätte verhindert werden können. Weil der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der pflichtwidrigen Unterlassung aufgrund des Erfordernisses des hypothetischen Kausalzusammenhangs stets zu berücksichtigen ist, würde die Nichtberücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens auch eine Ungleichbehandlung des Schädigers bei positivem Tun und Unterlassen bewirken.⁶¹

⁵⁸ FREI, N 512; vgl. auch STUDHALTER, 216 ff. m.w.H.; für die Zulassung des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens auch bei positivem Handeln: BK-BREHM, Art. 41 N 149i; KRAMER, 299 f.; ROBERTO, N 169 ff.; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a; BGE 131 III 119; BGer 4C_141/2001 vom 24. August 2001, E. 4b.

⁵⁹ So auch FREI, N 513; STUDHALTER, 267.

⁶⁰ BÄRTSCHLI, 5; vgl. auch BK-BREHM, Art. 56 N 85; BAERISWYL, N 140 ff.; BERTSCHINGER, N 22.

⁶¹ FREI, N 513; KRAMER, 300; STUDHALTER, 203.

3. Prozessuale Hürden

a) *Beschränkte Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung des rechtmässigen Alternativverhaltens*

Das Vorliegen der Haftungsvoraussetzung der *natürlichen Kausalität*, die naturwissenschaftlichen Grundsätzen folgt, ist nach allgemeinen Beweisgrundsätzen im Zivilprozess vom Geschädigten bzw. Kläger zu beweisen.⁶² In konstanter Rechtsprechung geht das Bundesgericht denn auch davon aus, dass es sich bei der natürlichen Kausalität um eine *Tatfrage* handelt, die als solche der Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist.⁶³

Im klassischen zweiten Schritt wird der natürliche Kausalzusammenhang aber, wie erwähnt, auf seine *Adäquanz* hin untersucht. Diese dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein. Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich beim adäquaten Kausalzusammenhang um eine nach Recht und Billigkeit zu konkretisierende Generalklausel, die auf einem Werturteil beruht. Im Gegensatz zum natürlichen geht es beim adäquaten Kausalzusammenhang somit um eine in der Berufung überprüfbare *Rechtsfrage*.⁶⁴

Die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage ist auch im Hinblick auf die *Verhandlungsmaxime* bedeutsam, da der Richter über die Tatfragen aufgrund der Vorbringen der Parteien und gestützt auf das Beweisverfahren, über die

⁶² Art. 8 ZGB und Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 132 III 715 E. 2.2; BGer 4A_51/2012 e. 2.2.; 4C_449/2004 vom 9. März 2005, E. 4.4; vgl. auch BK-BREHM, Art. 41 N 117; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2959; REY, N 601.

⁶³ BGer Urteil 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 6.3.; BGE 138 IV 1, E. 4.2.3.3; BGE 133 III 462 E. 4.4.2; BGE 132 III 715, E. 2.2; BGE 130 III 591 E. 5.3; BGE 129 II 65, E. 3.2; 128 III 22, 25 f.; 118 II 93 E.2; 116 II 311 E. 2c; vgl. BÖCKLI, § 18 N 427d; STUDHALTER, 184 f.; BK-BREHM, Art. 41 N 110.

⁶⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2959a; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 5; BK-BREHM, Art. 41 N 116a ff.; SCHWENZER, N 22.17; BGer 4C_274/2004 E. 2.3; 4A_588/2011 E. 2.2.2; BGE 128 III 271, 274 E. 2a; 132 III 715, 720 E. 3; 133 III 462, 470 f. E. 4.4.2.

Rechtsfragen jedoch unabhängig der Vorbringen der Parteien, aufgrund seiner eigenen Rechtskenntnis, entscheidet (*iura novit curia*).⁶⁵

Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens ist, wie gesehen, jedenfalls dann nicht unter dem blossen Aspekt der natürlichen Kausalität zu prüfen und damit *keine Tatfrage*, wenn es um ein *positives Handeln* geht. Anders gestaltet sich die Rechtslage im Falle einer *pflichtwidrigen Unterlassung* des Schädigers: Die Möglichkeit, bei einer pflichtwidrigen Unterlassung die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens vom Bundesgericht entscheiden zu lassen, ist eingeschränkt. Hat die kantonale Vorinstanz die *natürliche Kausalität* erst einmal bejaht, kann der Beklagte die Frage vor Bundesgericht nicht mehr aufrollen, weil dieses in ständiger Praxis darin ja eine *reine Tatsache* erblickt. Die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens wäre zwar eine Rechtsfrage, doch diese spielt, wie gesehen, bei pflichtwidrigen Unterlassungen keine eigenständige Rolle, sondern deckt sich vielmehr mit dem allgemeinen Erfordernis der natürlichen Kausalität.⁶⁶

Im eingangs erwähnten „Cash-Pool“-Entscheid hat die Beschwerdeführerin denn auch geltend gemacht, die Vorinstanz habe mit der Annahme eines rechtmässigen Alternativverhaltens die *Verhandlungsmaxime verletzt*. Das Bundesgericht hat es dann offen gelassen, ob die Vorinstanz im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ein rechtmässiges Alternativverhalten der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Organe bei der Gewinnausschüttung für das Geschäftsjahr 2000 annehmen durfte oder ob es dazu tatsächlicher Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu einem möglichen Vorgehen bedurft hätte. Für ein rechtmässiges Alternativverhalten der für die Gewinnausschüttung verantwortlichen Organe hätten jedenfalls die tatsächlichen Feststellungen gefehlt.⁶⁷

⁶⁵ Art. 57 ZPO.

⁶⁶ Vgl. zu dieser Problematik bereits BÖCKLI, § 18 N 427d.

⁶⁷ BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, C. und E. 3.5.

b) *Beweislast beim Schädiger*

Nach fast einhelliger Lehre und Rechtsprechung trägt der Schädiger die Beweislast für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens.⁶⁸ Zur Begründung wird auf die bei der hypothetischen Kausalität geltenden Grundsätze verwiesen. Der Schädiger trage die Beweislast aber auch, weil feststehe, dass er pflichtwidrig vorgegangen sei und die von ihm ausgelöste Einbusse prinzipiell in seinen Verantwortungsbereich falle.⁶⁹

Was ist davon zu halten? Der Beweis des *natürlichen Kausalzusammenhangs* zwischen schädigendem Ereignis und Erfolg obliegt zweifellos dem Geschädigten. Dies würde dann aber grundsätzlich auch im Bereich der Unterlassungen gelten, wo dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens keine eigenständige Bedeutung zukommt. Folglich müsste der Geschädigte auch nachweisen, dass pflichtgemässes Handeln den eingetretenen Erfolg verhindert hätte.⁷⁰ Da aber für die Kausalitätsprüfung bei Unterlassungen bereits auf die allgemeine Lebenserfahrung und typische Verläufe abzustellen ist, kann der Anscheinsbeweis die Lage des Geschädigten erleichtern. Geht es um einen Nachteil von der Art, wie er typischerweise aus einer solchen wie der begangenen Pflichtverletzung resultiert, so kann der Beweis zunächst als erbracht angesehen werden, und es ist dann Sache des Schädigers darzulegen, weshalb im konkreten Fall eben kein typischer Geschehensverlauf vorliegt.⁷¹

Für die Beweisverteilung ist somit danach zu unterscheiden, welche Haftungsvoraussetzung durch den Einwand in Frage gestellt wird. Der natürliche Kausalzusammenhang ist grundsätzlich vom Geschädigten zu beweisen. Eine Ausnahme ist allerdings dann gerechtfertigt, wenn der Schädiger eine Aufklärungspflicht verletzt hat und zu seiner Verteidigung behauptet, die Warnung oder Aufklärung hätte keinen Einfluss auf das Verhalten des Geschädigten gehabt. Für die im Einzelfall nachzuweisende fehlende Eignung

⁶⁸ FREI, N 514; KRAMER, 300; STUDHALTER, 273.

⁶⁹ STUDHALTER, 273 mit Hinweis auf ESSER/SCHMID, 239 f.

⁷⁰ KRAMER, 296; STUDHALTER, 275.

⁷¹ STUDHALTER, 275.

pflichtgemässen Verhaltens, den Schaden zu verhindern, ist hingegen der Schädiger beweispflichtig.

c) *Striktes Beweiserfordernis*

Grundsätzlich werden an den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens sehr hohe Beweisanforderungen gestellt. Die Ausführungen des Bundesgerichts deuten mangels anderweitiger Angaben darauf hin, dass *keine Beweiserleichterungen* gelten. Der Entlastungsbeweis betreffend ein rechtmässiges Alternativverhalten ist also *strikt* zu erbringen.⁷² In der Erbringung des Beweises besteht somit ein weiteres Erschweren des Einwandes.⁷³

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt das *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*, namentlich für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs.⁷⁴ Blosser, d.h. rein theoretisch denkbare, aber nicht genügend substantiierte Hypothesen, die nicht mit Gewissheit nachgewiesen werden können, sind dabei selbstverständlich unbeachtlich. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt grundsätzlich auch für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bei *Unterlassungen*, zumal im Auge zu behalten ist, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bei Unterlassungen faktisch eine Bestreitung des natürlichen Kausalzusammenhangs bedeutet.

Die blosse *Möglichkeit*, dass der Schaden bei pflichtgemässigem Verhalten ebenfalls hätte eintreten können, vermag den Schädiger folglich nicht zu entlasten. Behauptet der Schädiger diese Möglichkeit, muss er den Beweis hierfür erbringen, d.h. er muss nachweisen, dass der Erfolg mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch dann eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäss verhalten hätte.⁷⁵

⁷² BGE 131 III 115, 120; vgl. BSK-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 29a; SCHMID, N 187.

⁷³ So auch SCHMID, N 187.

⁷⁴ BGE 132 III 720; 132 III 311; 128 III 276; 124 III 165; 121 III 363 E. 5; vgl. BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 43; KRAMER, 300; REY, N 601.

⁷⁵ BGE 131 III 120.; vgl. FREI, N 511.

VI. Schluss

Die Analyse der Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens hat ergeben, dass diese nicht generell unter dem Aspekt der natürlichen Kausalität behandelt werden kann, sondern vielmehr im Rahmen der *Relevanz der Pflichtwidrigkeit für den eingetretenen Schaden* eine Rolle spielt. Einzig im Bereich der pflichtwidrigen Unterlassung deckt sich der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens mit der allgemeinen Haftungsvoraussetzung der natürlichen Kausalität und hat somit keine eigenständige Bedeutung.

Während der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens im ausservertraglichen Haftpflichtrecht, Vertragsrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht längst seinen festen Platz gefunden hat, sind ihm die Lehre und Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bisher mit grosser Skepsis begegnet und haben ihn nur zurückhaltend zugelassen. In den letzten Jahren zeichnete sich nun aber eine Tendenz der Gerichte ab, den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens auch im Verantwortlichkeitsrecht zunehmend zu berücksichtigen. Dieser Ansatz ist nach der hier vertretenen Auffassung berechtigt, denn die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist im Kern ebenfalls *Haftpflichtrecht* und sie setzt *ex lege* sogar ausdrücklich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus.

Wie sich gezeigt hat, hat der Einwand allerdings auch unter dem Einfluss dieser jüngeren Entwicklung weiterhin nicht unerhebliche prozessuale Hürden zu überwinden. Insbesondere das strikte Beweiserfordernis für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens und die *beschränkte Kognition des Bundesgerichts im Bereich der pflichtwidrigen Unterlassungen*, auf welchen in der Praxis gerade die meisten Verantwortlichkeitsfälle gründen, dürfen dessen praktische Bedeutung auch in der Zukunft relativieren.

Literaturverzeichnis

BAERISWYL MANUELA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden, Diss. Bern 2015.

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.

- BÄTTIG KURT, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1976.
- BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BREHM ROLAND, zu Art. 41, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006 (zit. BK-BREHM).
- BÜRGI WOLFHART F., Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft Art. 660-697, Zürich 1957 (zit. ZK-BÜRGI).
- EGGMANN IRENE, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1997.
- ESSER/SCHMID, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil: Teilband 2, 9. Aufl., Heidelberg 2000.
- FORMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987.
- FORMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996.
- FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich 2010.
- GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I und II: Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GERICKE/WALLER, zu Art. 754, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK-GERICKE/WALLER).
- GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, Referate und Mitteilungen, ZSR 119 (2000) II, 135 ff.
- GOTTWALD PETER, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979.
- GOTZLER MAX, Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, Diss. München 1977.
- GRECHENIG/STREMITZER, Der Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens – Rechtsvergleich, Ökonomische Analyse und Implikation für die Proportionalhaftung, RabelsZ 73 (2009) 336 ff.
- HEIERLI/SCHNYDER, zu Art. 41, 55, 56 und 58, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK-HEIERLI/SCHNYDER).
- HONSELL/ISENRING/KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.

- JAGMETTI LUCA, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007.
- JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 2012.
- KRAMER ERNST, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 123 (1987) 289 ff.
- LANGE HERMANN, Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1990.
- LÄNZLINGER ANDREAS, zu Art. 691, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK-LÄNZLINGER).
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, BISchK 2009, 213 ff.
- NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008.
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- ROTH JÜRIG, Sanierungsdarlehen, Diss. Basel 2009.
- ROTH PELLANDA/VON DER CRONE, Haftung der Revisionsstelle, SZW 2003, 284 ff.
- SCHMID JEAN-DANIEL, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss. Zürich 2014.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- SPÜHLER/DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts, 6. Aufl., Zürich 2014.
- STAEHELIN ADRIAN, Art. 330b-355, Art. 361-362, Zürcher Kommentar, Arbeitsrecht, Bd V/2c, Zürich 4. Aufl., 2013 (ZK-STAEHELIN).
- STUDHALTER BERNHARD, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Diss. Zürich 1995.
- SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2010.
- VOGT HANS-UELI, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP (2010) 1075 ff.
- WATTER/ROTH PELLANDA, zu Art. 717, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012.
- WEBER HELMUT, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Tübingen 1997.
- WYSS LUKAS, Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität, SJZ 93 (1997) 313 ff.