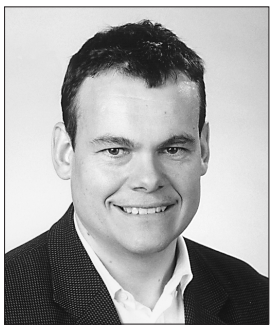
Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte



Dr. MARKUS VISCHER
LL.M., Rechtsanwalt,
Zürich

Inhaltsübersicht:

I. Fiduziarischer Verwaltungsrat
II. Mandatsvertrag
III. Schadloshaltungsklauseln
A. Wesen
B. Zulässigkeit von Schadloshaltungsklauseln
C. Rechtsnatur der Schadloshaltungsklauseln
D. Umschreibungen des zu ersetzenden Schadens
a. Im Allgemeinen
b. In Bezug auf den Entstehungsgrund des Schadens
c. In Bezug auf die Schadensart
d. In Bezug auf die Höhe
e. In zeitlicher Hinsicht
f. In Bezug auf eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens
g. In Bezug auf eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Erfüllung des Mandatsvertrages
h. In Bezug auf ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens
i. In Bezug auf ein Verschulden des Fiduzianten
j. In Bezug auf Weisungen des Fiduzianten
E. Verjährung
IV. Exkurs: der aufgrund eines Arbeitsvertrags tätige Verwaltungsrat
V. Zusammenfassung

I. Fiduziarischer Verwaltungsrat

1. Als fiduziarischer Verwaltungsrat gilt, wer das Mandat als Verwaltungsrat (einer Aktiengesellschaft) treuhänderisch für einen Dritten ausübt[1]. Ein solcher Verwaltungsrat wird auch abhängiger Verwaltungsrat genannt[2].

2. Die treuhänderische Ausübung des Verwaltungsratsmandates für einen Dritten, nachfolgend Fiduziant genannt, ist grundsätzlich zulässig[3].

3. Der fiduziarische Verwaltungsrat hat dieselben aktienrechtlichen Pflichten wie jeder andere Verwaltungsrat und haftet wie jeder andere Verwaltungsrat für Verletzungen dieser Pflichten[4].

4. Die aktienrechtlichen Pflichten des fiduziarischen Verwaltungsrats gehen dem Weisungsrecht des Fiduzianten vor. Entsprechend hat der fiduziarische Verwaltungsrat Weisungen des Fiduzianten nur (aber immerhin[5]) zu befolgen, sofern dies nach pflichtgemässer Einschätzung des fiduziarischen Verwaltungsrats im Interesse der Gesellschaft liegt. Ist dies bei einer Weisung nicht der Fall, hat der fiduziarische Verwaltungsrat sie nicht zu befolgen und macht sich auch nicht aufgrund von Art. 398 OR schadenersatzpflichtig[6]. Bestehen mehrere gleichwertige Entscheidvarianten, die allesamt innerhalb des pflichtgemässen Ermessens des fiduziarischen Verwaltungsrats liegen, so ist er aufgrund des Mandatsvertrages verpflichtet, diejenige Entscheidvariante zu wählen, die sich mit den Weisungen des Fiduzianten deckt bzw. am besten vereinbaren lässt[7]. Dies gilt grundsätzlich auch im Konzernverhältnis[8].

II. Mandatsvertrag

5. Der fiduziarische Verwaltungsrat ist aufgrund eines Auftrages für den Fiduzianten tätig. Dieser Auftrag ist in der Regel in einem schriftlichen Mandatsvertrag festgehalten[9].

6. Wie bereits ausgeführt, ist die fiduziarische Ausübung des Verwaltungsratsmandates für einen Dritten zulässig, woraus sich ergibt, dass auch der Abschluss eines entsprechenden Mandatsvertrags grundsätzlich zulässig sein

1 Z.B. OR-WERNLI, Art. 707 OR N 26.
2 RETO SCHILTKNECHT, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Bern 1997, 84.
3 Z.B. OR-WERNLI, Art. 707 OR N 26 mit weiteren Verweisungen, R. SCHILTKNECHT (FN 2), 85 ff. mit weiteren Verweisungen.
4 Z.B. BGE vom 15.6.1999 in SJZ 1999, 482; OR-WERNLI, Art. 707 OR N 26 mit weiteren Verweisungen, siehe auch BGE 122 III 195.
5 GEORG KRETNA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N 178.
6 Siehe zur Schadenersatzpflicht bei nicht genügender Befolgung der Konzerninteressen ROLAND VON BÜREN, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 1998, 200 Fn 17.
7 OR-WERNLI, Art. 707 OR N 26 mit weiteren Verweisungen; SIMON KÄCH, Die Rechtstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Bamberg 2002, 97 f., 104; schon BK-GAUTSCHI, Art. 397 OR N 13c; a.M. z.B. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1640, gemäss welchem es im Bereich von Art. 716a OR nie eine Pflicht zur Befolgung von konkreten Einzelinstruktionen gibt.
8 OR-WERNLI, Art. 707 OR N 26a.
9 G. KRETNA (FN 5), N 159; für ein Muster eines Mandatsvertrages z.B. ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Zürich 1999, 447 ff.; siehe auch ZR 1984, 187 zur Qualifikation eines "Mandatsvertrages" als Arbeitsvertrag.

muss[10]. Soweit der Mandatsvertrag aber eine Pflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats zur Befolgung von Weisungen über das gesetzlich Zulässige[11] hinaus enthalten sollte, ist ihm die rechtliche Wirkung grundsätzlich zu versagen[12]. Die Pflicht ist im Regelfall aufgrund von Art. 20 Abs. 2 OR nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnichtigkeit[13] auf das zulässige Mass zu reduzieren[14].

III. Schadloshaltungsklauseln

A. Wesen

7. Der Mandatsvertrag zwischen fiduziarischem Verwaltungsrat und Fiduzianten enthält in der Regel eine Schadloshaltungsklausel. Sie wird auch Enthaftungsklausel[15], Freistellungsklausel oder hold harmless-clause[16] genannt.

8. Zweck der Schadloshaltungsklausel ist die Sicherung des fiduziarischen Verwaltungsrats vor den im Zusammenhang mit dessen Mandat bestehenden Risiken bzw. Gefahren.

9. In ihrer weitesten Form verspricht der Fiduziant, dem fiduziarischen Verwaltungsrat sämtlichen Schaden zu ersetzen, den dieser in Ausübung des Verwaltungsratsmandats erleidet.

10. In einer eingeschränkten Form, die am verbreitesten ist, verspricht der Fiduziant, dem fiduziarischen Verwaltungsrat denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher dieser dadurch erleidet, dass er von Dritten in Anspruch genommen wird, weil er als Verwaltungsrat seine aktienrechtlichen Pflichten (im weitesten Sinne, also inklusive allfällige vertragliche Pflichten gegenüber der Gesellschaft) verletzt hat, er also Dritten (inklusive der Gesellschaft) gegenüber haftpflichtig wird[17].

B. Zulässigkeit von Schadloshaltungsklauseln

11. Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Mandatsverträgen zwischen fiduziarischem Verwaltungsrat und Fiduzianten aus, so besteht kein Grund, die Schadloshaltungsklauseln in solchen Verträgen nicht auch als grundsätzlich zulässig anzusehen[18].

12. Allerdings ist Art. 20 OR (bzw. Art. 157 OR) bzw. das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten zu beachten[19]. Eine Haftung des Fiduzianten für vorsätzlich herbeigeführten Schaden dürfte oft nicht vor Art. 20 OR (bzw. Art. 157 OR) standhalten, insbesondere dann, wenn das entsprechende Verhalten des fiduziarischen Verwaltungsrats strafbar ist[20]. So dürfte es unzulässig sein, dass der Fiduziant aufgrund einer Schadloshaltungsklausel eine dem fiduziarischen Vewaltungsrat im Zusammenhang mit einer Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft auferlegte (strafrechtliche) Busse übernimmt. Zulässig dürfte dagegen sein, wenn der Fiduziant aufgrund einer Schadloshaltungsklausel den Verdienstausfall übernimmt, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat dadurch entsteht, dass er eine im Zusammenhang mit einer Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft auferlegte Freiheitsstrafe absitzen muss[21]. Entsprechende Schadloshaltungsklauseln, die über das gemäss Art. 20 OR (bzw. Art. 157 OR) Zulässige hinausgehen, sind im Regelfall nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnichtigkeit[22] auf das zulässige Mass zu reduzieren[23].

13. Unbeachtlich ist dagegen Art. 100 OR (und Art. 101 OR), geht es bei den Schadloshaltungsklauseln und allfälligen Vereinbarungen bezüglich der die Leistungspflicht des Fiduzianten auslösenden Bedingung bzw. der Rolle eines Verschuldens des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Verletzung seiner aktienrechtlichen Pflichten[24] nicht um eine Beschränkung der Haftung, wie sie Art. 100 OR (und Art. 101 OR) im Auge hat, sondern um eine Umschreibung der Leistungspflicht selbst[25].

---

10 Z.B. S. KÄCH (FN 7), 80; R. MÜLLER/L. LIPP (FN 9), 39; a.M. z.B. ROLAND VON BÜREN, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, in ZBJV 1985, 85 f., der die rechtliche Zulässigkeit von Mandatsverträgen ausserhalb eines Konzernverhältnisses grundsätzlich zu verneinen scheint.

11 Siehe dazu RN 4.

12 P. BÖCKLI (FN 7), N 1638, BK-GAUTSCHI, Art. 397 OR N 13c.

13 Dazu im Allgemeinen z.B. PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Zürich 1998, N 702 ff.

14 Unklar: R. MÜLLER/L. LIPP (FN 9), 39; siehe aber auch R. MÜLLER/L. LIPP (FN 9), 447 f.; siehe auch BK-GAUTSCHI, Art. 397 OR N 14a zum Verhältnis von unzulässiger Weisung und zugrundeliegendem Auftrag, auf das ebenfalls Art. 20 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt.

15 Z.B. R. MÜLLER/L. LIPP (FN 9), 286.

16 Z.B. ROLAND VON BÜREN, SPR VIII/6, 165 f.

17 Zu dieser Form R. MÜLLER/L. LIPPS (FN 9), 286 und 448.

18 Z.B. PETER FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 316 und N 560; siehe auch BGE 105 V 116.

19 Siehe auch zur Nähe des Verbots des Verstosses gegen die guten Sitten und des Verbots des Verstosses gegen Treu und Glauben z.B. ZGB-MEIER-MALY, Art. 2 ZGB N 12.

20 Für den Versicherungsvertrag HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Die allgemeinen Bestimmungen, 2. A., Bern 1968, 272 ff. bezüglich vorsätzlicher Handlungen und 230 ff. bezüglich strafbarer Handlungen, und ALFRED DIEZI, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 1981, 92 ff.

21 Gl.M. H. ROELLI/M. KELLER (FN 20), 232, für den Versicherungsvertrag.

22 Dazu schon RN 6.

23 H. ROELLI/M. KELLER (FN 20), 274, für den Versicherungsvertrag.

24 Siehe RN 39 ff.

25 Siehe RN 18 ff.; siehe auch P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 2815, die deshalb den Hinweis auf die Vorschriften über den Versicherungsvertrag in Art. 100 Abs. 3

C. Rechtsnatur der Schadloshaltungsklauseln

14. Schadloshaltungsklauseln sind vertragliche Konkretisierungen bzw. Modifikationen der allgemeinen Regel von Art. 402 Abs. 2 OR.

15. Es sind bedingte Leistungsversprechen des Fiduzianten, d.h. Versprechen des Fiduzianten, Schadenersatz zu leisten, wenn die Bedingung, die Realisierung des Risikos bzw. der Gefahr, nämlich das Erleiden von Schaden durch den fiduziarischen Verwaltungsrat, eintritt[26].

16. Die Schadloshaltungsklauseln ähneln den Garantieverträgen im Sinne von Art. 111 OR, genauer den so genannten "reinen" Garantieverträgen, mit welchen jemand gegen das Risiko bzw. die Gefahr gesichert werden soll, das bzw. die er mit einer bestimmten Tätigkeit eingeht[27]. Die Ähnlichkeit ergibt sich daraus, dass der Garantievertrag wie die Schadloshaltungsklausel Sicherungszwecken dient[28] und an sich nichts anderes als ein bedingtes Leistungsversprechen ist. Beim Garantievertrag ist der so genannte Garantiefall die Bedingung, welche die Leistungspflicht des Garanten, d.h. die Pflicht des Garanten, Schadenersatz zu bezahlen, auslöst[29]. Wie die Schadloshaltungsklausel begründet auch die Garantie eine vertragliche Pflicht zur Schadenersatzzahlung[30].

17. Die Schadloshaltungsklauseln ähneln aber auch dem Versicherungsvertrag im Sinne von Art. 1 ff. VVG. In ihrer verbreitesten Form[31] ähneln die Schadloshaltungsklauseln der Haftpflichtversicherung[32]. Die Ähnlichkeit ergibt sich daraus, dass auch der Versicherungsvertrag Sicherungszwecken dient und ein wesentliches Element des Versicherungsvertrages erneut nichts anderes als ein bedingtes Leistungsversprechen des Versicherers ist. Bei der Versicherung ist der so genannte Versicherungsfall die Bedingung, welche die Leistungspflicht des Versicherers, d.h. die Pflicht des Versicherers, Schadenersatz zu bezahlen, auslöst[33]. Wie die Schadloshaltungsklausel begründet mindestens die Schadensversicherung ebenfalls eine vertragliche Pflicht zur Schadenersatzzahlung[34].

D. Umschreibungen des zu ersetzenden Schadens

a. Im Allgemeinen

18. Wie ausgeführt[35] können der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant die Schadloshaltungsklausel weiter oder enger fassen. Umschreiben sie den zu ersetzenden Schaden und damit die die Leistungspflicht des Fiduzianten auslösende Bedingung[36] enger, modifizieren sie die Regel von Art. 402 Abs. 2 OR und schränken sie die Leistungspflicht des Fiduzianten ein, was angesichts der dispositiven Natur von Art. 402 Abs. 2 OR[37] ohne weiteres zulässig ist[38].

19. Solche Einschränkungen können dazu führen, dass der fiduziarische Verwaltungsrat einen Teil des von ihm erlittenen Schadens selber tragen muss.

20. Die Beweislast für den Eintritt des Schadens bzw. der die Leistungspflicht des Fiduzianten auslösenden Bedin-

---

OR für systematisch verfehlt betrachten; a.M. OR-PESTALOZZI, Art. 111 OR N 12 bezüglich Garantievertrag; siehe bezüglich Garantievertrag auch GEORGES SCYBOZ SPR VII/2, 331 der für eine analoge Anwendung von Art. 100 OR (und Art. 101 OR) plädiert.

26 Zur Bedingung im Rechtssinn im Allgemeinen z.B. ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 9 N 1 ff.; ALEXANDER GUTMANS, Die Regel der "Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion" im Recht der Bedingungen (Art. 156 OR), Basel und Frankfurt am Main 1995, 8 ff.; siehe auch EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 508, der m.E. zu Unrecht unter (irrtümlicher) Berufung auf ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 257, der Auffassung ist, dass keine Bedingung im Rechtssinn vorliegt, wenn der Inhalt eines Vertrages von einem unbestimmten künftigen Ereignis (z.B. dem Börsenkurs an einem bestimmten Termin) abhängt; gl.M. wie E. BUCHER offenbar auch P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 4087.

27 Zum "reinen" Garantievertrag im Allgemeinen z.B. BEAT KLEINER, Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäfts, 4. A., Zürich 1990, N 4.01 ff.

28 Z.B. G. SCYBOZ, SPR VII/2, 321.

29 Z.B. MAURO SPAINI, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000, 20 ff., 30 ff.; siehe entsprechend zur oft schwierigen Abgrenzung von gewöhnlichem Leistungsversprechen und Garantie z.B. B. KLEINER (FN 27), N 10.02 ff.

30 Z.B. G. SCYBOZ, SPR VII/2, 325.

31 Siehe dazu RN 10.

32 Zu deren Charakter als Passivenversicherung z.B. WILLY KOENIG, SPR VII/2, 610 f.

33 Z.B. P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 4102; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974, 257; siehe auch M. SPAINI (FN 29), 31, zur Ähnlichkeit von Versicherungsfall und Garantiefall; siehe entsprechend zur in Einzelfällen schwierigen Abgrenzung von Garantie und Versicherungsvertrag z.B. B. KLEINER (FN 27), N 9.03 ff., W. KOENIG, SPR VII/2, 345 f. oder den Entscheid des HGer ZH vom 10.11.1983 in PETER NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984, 230 ff.; siehe auch R. SCHILTKNECHT (FN 2), 58, der der Meinung ist, der Arbeitgeber sei bei Nachweis einer der Versicherungsdeckung gleichwertigen vertraglichen Schadloshaltung von der (von ihm vertretenen) Pflicht des Arbeitgebers zur Versicherung des aufgrund eines Arbeitsvertrages tätigen Verwaltungsrats befreit.

34 Z.B. G. SCYBOZ, SPR VII/2, 325.

35 Siehe RN 9 f.

36 Siehe RN 15.

37 Dazu z.B. BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 175 ff.

38 Siehe zur Freiheit der Parteien beim Versicherungsvertrag, die versicherte Gefahr zu umschreiben, z.B. W. KOENIG, SPR VII/2, 575 ff.

gung trägt grundsätzlich der fiduziarische Verwaltungsrat[39]. Ist gemäss Schadloshaltungsklausel z.B. nur derjenige Schaden zu ersetzen, bei dessen Herbeiführung der fiduziarische Verwaltungsrat kein Verschulden trifft[40], so hat der fiduziarische Verwaltungsrat grundsätzlich zu beweisen, dass ihn kein solches Verschulden trifft[41].

b. In Bezug auf den Entstehungsgrund des Schadens

21. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welcher Schaden in Bezug auf den Entstehungsgrund zu ersetzen ist. Sie können z.B. vereinbaren, dass nur ein Schaden aufgrund zivilrechtlicher Ansprüche oder sogar nur aufgrund zivilrechtlicher Ansprüche aus gesetzlicher Haftung zu ersetzen ist[42].

22. Fehlt eine solche Regelung, so ist nach Art. 402 Abs. 2 OR jeder Schaden zu ersetzen, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat erwächst[43], also auch Schäden aufgrund vertraglicher Haftung oder aus strafrechtlicher Verantwortlichkeit wie Gerichts- und Anwaltskosten eines Strafprozesses etc.

c. In Bezug auf die Schadensart

23. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Schadensart zu ersetzen ist.

24. Fehlt eine solche Regelung, so ist nach Art. 402 Abs. 2 OR jeder Schaden zu ersetzen, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat erwächst[44], also grundsätzlich auch entgangener Gewinn, z.B. infolge Verdienstausfalls wegen des Absitzens einer Freiheitsstrafe[45].

d. In Bezug auf die Höhe

25. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, bis zu welcher Höhe oder ab welcher Höhe der Schaden zu ersetzen ist. Bei Vereinbarung solcher Limiten sollten sie auch regeln, ob sie pro Schadenereignis oder insgesamt gelten[46]. Sie können z.B. auch vereinbaren, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, den eine abgeschlossene Haftpflichtversicherung nicht ersetzt[47].

26. Fehlt eine solche Regelung, so ist nach Art. 402 Abs. 2 OR der Schaden unabhängig von der Höhe zu ersetzen.

e. In zeitlicher Hinsicht

27. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel weiter regeln, welcher Schaden in zeitlicher Hinsicht zu ersetzen ist.

28. Fehlt eine solche Regelung, so gilt nach Art. 402 Abs. 2 OR (für infolge Verletzung aktienrechtlicher Pflichten entstehenden Schaden) das Verstossprinzip[48]. Nach diesem Prinzip ist derjenige Schaden zu ersetzen, der auf eine Verletzung aktienrechtlicher Pflichten durch den fiduziarischen Verwaltungsrat während der Dauer des Mandatsvertrags zurückgeht, unabhängig davon, ob der Mandatsvertrag im Zeitpunkt des Schadenseintritts noch besteht oder nicht.

f. In Bezug auf eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens

29. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Rolle eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens spielt. Sie können z.B. vereinbaren, dass nur derjenige Schaden ersetzt werden muss, der nicht auf eine Verletzung der aktienrechtlichen Pflichten durch den fiduziarischen Verwaltungsrat zurückzuführen ist.

---

39 Siehe aber zu Beweiserleichterungen bezüglich des Eintritts des Versicherungsfalls beim Versicherungsvertrag z.B. BGE 128 III 276; BGer in Pra 2001 714.

40 Siehe RN 39 ff.

41 Bezüglich Versicherungsvertrag z.B. PIERRE GABUS, Le Fraudeur, le Fausseur, l'Escroc et l'Assureur, Etude de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle récente en matière de fraude à l'assurance privée, SJ 1999 II 38 f.

42 Siehe auch W. KOENIG, SPR VII/2, 582 f., wonach bei der Haftpflichtversicherung üblicherweise nur zivilrechtliche Ansprüche aus gesetzlicher Haftung vom Versicherungsschutz erfasst sind; siehe schon zur Beschränkung auf Schaden aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit RN 10.

43 Dazu BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 24a; siehe auch M. SPAINI (FN 29), 25, bezüglich Garantievertrag: "Grundsätzlich (ist) jeder Nachteil zu ersetzen … ."

44 Siehe schon RN 22.

45 A.M. bezüglich entgangenem Gewinn und Beschränkung auf das negative Interesse beim entgeltlichen Auftrag z.B. OR-WEBER, Art. 402 OR N 15 und bezüglich Beschränkung auf einen Ersatz nach richterlichem Ermessen in Analogie zu Art. 422 Abs. 1 OR z.B. BGE 61 II 98, 48 II 490 ff.; OR-WEBER, Art. 402 OR N 15; siehe auch BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 184 mit dem richtigen, allerdings und m.E. zu Unrecht auf unentgeltliche Aufträge beschränkten Hinweis, dass der im Vertragsrecht gebräuchliche Schadensbegriff versagt und der im ausservertraglichen Schadenersatzrecht entwickelte Schadensbegriff heranzuziehen ist; siehe auch B. KLEINER (FN 27), N 21.62, wonach beim Garantievertrag grundsätzlich auch entgangener Gewinn zu ersetzen ist.

46 Siehe bezüglich Versicherungsvertrag zu Fragen der Versicherungssumme und des Selbstbehalts z.B. KLAUS HÜTTE, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP/PJA 1998, 1300 f.

47 Zu einer solchen Schadloshaltungsklausel z.B. R. VON BÜREN, SPR VIII/6, 166.

48 Zu diesem aus dem Haftpflichtversicherungsrecht entliehenen Begriff und anderen in diesem Bereich im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Schadenseintritt und Vertragsabschluss bzw. Vertragsbeendigung diskutierten Theorien und Prinzipien z.B. MORITZ W. KUHN/R. LUKA MÜLLER-STUDER/MARTIN K. ECKERT, Privatversicherungsrecht, 2. A., Zürich 2002, 134 f.

30. Fehlt eine solche Regelung, so gilt Folgendes:

31. Die Vereinbarung einer Bedingung führt zu keinen Handlungspflichten der Parteien in Bezug auf die Bedingung. Sie sind weder verpflichtet, auf den Eintritt der Bedingung, noch auf den Nichteintritt der Bedingung, hinzuwirken[49].

32. Entsprechend besteht für den fiduziarischen Verwaltungsrat keine Pflicht, darauf hinzuwirken, dass die Bedingung nicht eintritt und ihm kein Schaden entsteht[50]. Damit besteht auch keine Pflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats gegenüber dem Fiduzianten, die aktienrechtlichen Pflichten als Verwaltungsrat einzuhalten[51].

33. Der Schadenersatzanspruch des fiduziarischen Verwaltungsrats, der aktienrechtliche Pflichten verletzt, scheitert demzufolge nicht daran, dass nach Art. 402 Abs. 2 OR Voraussetzung der Schadenersatzpflicht des Auftraggebers die sorgfältige Ausführung des Auftrags ist[52]. Andernfalls würden Schadloshaltungsklauseln ihren Zweck nicht erreichen, weshalb man, selbst wenn nach Art. 402 Abs. 2 OR eine Verletzung der aktienrechtlichen Pflichten durch den fiduziarischen Verwaltungsrat eine Rolle spielen sollte, in aller Regel eine konkludente Wegbedingung dieser Rolle in den Schadloshaltungsklauseln annehmen müsste, was angesichts der dispositiven Natur von Art. 402 Abs. 2 OR ohne weiteres zulässig wäre[53].

34. Auch bei fehlender Vereinbarung über die Rolle einer Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens ist der fiduziarische Verwaltungsrat in Bezug auf die Herbeiführung des Schadens nicht völlig frei. Es gilt vielmehr die allgemeine, Art. 2 ZGB konkretisierende[54] Regel von Art. 156 OR, nach welcher Bestimmung eine Partei den Eintritt einer (positiven) Bedingung nicht nach Treu und Glauben verhindern, bzw. den Eintritt einer (negativen) Bedingung nicht wider Treu und Glauben herbeiführen darf[55]. Nicht notwendig ist ein vorsätzliches[56] bzw. überhaupt ein schuldhaftes Handeln[57]. Immerhin geht ein Verschulden oft Hand in Hand mit einem Verstoss gegen Treu und Glauben[58], was z.B. dazu führt, dass bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Schadens durch den fiduziarischen Verwaltungsrat oft ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, insbesondere dann, wenn das entsprechende Verhalten des fiduziarischen Verwaltungsrats strafbar ist.

35. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt oder nicht, ist ein strenger Massstab anzulegen[59]. Entsprechend liegt nicht bei jedem vorsätzlich herbeigeführten Schaden, und liegt bei einem grobfahrlässig herbeigeführten Schaden nur selten ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor, selbst wenn das entsprechende Verhalten des fiduziarischen Verwaltungsrats strafbar ist[60].

36. Bei der Beurteilung, ob ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, ist auch zu berücksichtigen, ob der fiduziarische Verwaltungsrat gegen (rechtmässige) Weisungen des Fiduzianten verstossen bzw. unrechtmässige Weisungen befolgt und nicht abgemahnt hat[61].

g. In Bezug auf eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Erfüllung des Mandatsvertrages

37. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Rolle eine Unsorgfalt des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Erfüllung des Mandatsvertrages und insbesondere der dem fiduziarischen Verwaltungsrat spezifisch im Rahmen der Schadloshaltungsklausel vertraglich auferlegten Pflichten oder Obliegenheiten spielt.

38. Fehlt eine solche Regelung, so bleibt es gemäss Art. 402 Abs. 2 OR dabei, dass der fiduziarische Verwaltungsrat, der den Mandatsvertrag oder auch von Gesetzes wegen bestehende Pflichten oder sogar nur Obliegenheiten wie solche zur Anzeige des Schadens- bzw. Bedingungsein-

49 Z.B. A. KOLLER/A. K. SCHNYDER/J. N. DRUEY (FN 26), § 9 N 3; OR-EHRAT, Vorbemerkungen zu Art. 151-157 OR N 2; A. GUTMANS (FN 26), 7 f.

50 Bezüglich Versicherungsvertrag H. ROELLI/M. KELLER (FN 20), 230 und 246 f., der beim Versicherungsvertrag aufgrund dessen Wesens eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers zu besonderer Vorsicht ausschliesst; siehe auch W. KOENIG, SPR VII/2, 654, und auch 595 ff. zu den Regeln bei Gefahrveränderungen, insbesondere auch dazu, dass für den Versicherungsnehmer vorbehältlich abweichender Vereinbarungen weder eine Pflicht zur Vermeidung einer Gefahrerhöhung noch eine Pflicht zur Herbeiführung einer Gefahrverminderung noch eine Pflicht zur Gefahrprävention besteht.

51 A.M. wohl KGer ZG in ZGGVP 1991, 124.

52 Zur Voraussetzung im Allgemeinen z.B. BGE 110 II 286; z.B. BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 166 ff.; BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 21b; zum Verhältnis der sorgfältigen Auftragsausführung zu anderen Ansprüchen des Beauftragten, z.B. dem Anspruch auf Entgelt z.B. OR-WEBER, Art. 395 OR N 43.

53 Siehe aber OR-WEBER, Art. 398 OR N 34 zur Wegbedingung der Unsorgfalt beim Auftrag im Rahmen von Art. 398 OR.

54 Z.B. BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 574 ff.

55 Z.B. A. KOLLER/A. K. SCHNYDER/J. N. DRUEY (FN 26) § N 23 f., 27; P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 4118; BGE 109 II 21 bezüglich Analogieschluss; a.M. ZK-BAUMANN, Art. 2 ZGB N 266 bezüglich Analogieschluss.

56 BGE 117 II 280 f.; 113 II 36; 109 II 21 f.; OR-EHRAT, Art. 156 OR N 6.

57 A. GUTMANS (FN 26), 205 ff.; gl.M. bezüglich Art. 2 ZGB BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 105; a.M. P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 4152, die mindestens fahrlässiges Handeln für erforderlich halten.

58 ZGB-MAYER-MALY, Art. 2 ZGB N 13 bezüglich Art. 2 ZGB.

59 Z.B. HANS MERZ, SPR VI/1, 166.

60 Siehe auch RN 12; zu weitgehend bezüglich Garantievertrag G. SCYBOZ SPR VII/2, 331, der bei jeder vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Herbeiführung des Schadens einen Verstoss gegen Treu und Glauben sieht.

61 Siehe auch RN 48 ff.

tritts[62] oder solche zur Schadensminderung[63], nicht mit der gehörigen Sorgfalt erfüllt, keinen Schadenersatzanspruch bzw. in Analogie zum Versicherungsrecht, nur einen reduzierten Schadenersatzanspruch hat[64]. Zu wiederholen ist, dass Unsorgfalt bei der Einhaltung der aktienrechtlichen Pflichten nicht Unsorgfalt bei der Erfüllung des Mandatsvertrags ist[65]. Entsprechend darf man in aller Regel keine konkludente Wegbedingung der Rolle der Sorgfalt bei der Erfüllung des Mandatsvertrages und insbesondere der dem fiduziarischen Verwaltungsrat spezifisch im Rahmen der Schadloshaltungsklausel vertraglich auferlegten Pflichten oder Obliegenheiten annehmen.

h. In Bezug auf ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens

39. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Rolle ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens spielt. Sie können z.B. vereinbaren, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der nicht auf eine absichtliche oder grobfahrlässige Verletzung der aktienrechtlichen Pflichten durch den fiduziarischen Verwaltungsrat zurückzuführen ist[66].

40. Fehlt eine solche Regelung, so spielt ein Verschulden bei der Herbeiführung des Schadens genauso wenig eine Rolle wie eine Unsorgfalt bei der Herbeiführung des Schadens[67].

41. Es gibt damit im Auftragsrecht keine Art. 14 VVG entsprechende Regelung, wonach die Leistungspflicht des Versicherers bei absichtlicher Herbeiführung des Schadens wegfällt und sich bei grobfahrlässiger (nicht aber leichtfahrlässiger) Herbeiführung des Schadens reduziert.

42. Entsprechend fehlt im Auftragsrecht eine gesetzliche Modifikation der die Leistungspflicht des Auftraggebers auslösenden Bedingung und damit auch der Leistungspflicht des Auftraggebers selbst[68].

i. In Bezug auf ein Verschulden des Fiduzianten

43. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Rolle ein Verschulden des Fiduzianten spielt. Sie können z.B. vereinbaren, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der auf ein Verschulden des Fiduzianten zurückzuführen ist. In diesem Fall sollten sie auch die Rolle eines Verschuldens des fiduziarischen Verwaltungsrats bzw. die Frage, inwieweit ein solches ein Verschulden des Fiduzianten kompensieren kann, regeln[69].

44. Fehlt eine Regelung über die Rolle des Verschuldens des Fiduzianten, so gilt Folgendes:

45. Nach dem Wortlaut von Art. 402 Abs. 2 OR ist nur ein Schaden zu ersetzen, der auf ein Verschulden des Auftraggebers zurückzuführen ist. Das Bundesgericht hat aber für den unentgeltlichen Auftrag entschieden, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 402 Abs. 2 OR ein Verschulden des Auftraggebers nicht Voraussetzung für den Anspruch des Beauftragten auf Schadenersatz ist[70]. Das Gleiche muss auch für den entgeltlichen Auftrag gelten[71], unabhängig davon, in welcher Risikosphäre der Schaden eingetreten ist[72].

46. Denn der Auftraggeber, der zahlt, erfüllt seine eigene Schuldpflicht. Er zahlt keinen Schadenersatz, der sich aus ausservertraglicher Schädigung oder Nichterfüllung eines Vertrages durch ihn herleitet. Seine Leistung ist nur auf den Beauftragten bezogen eine Schadenersatzleistung. Auf den Beauftragten sind deshalb alle jene Vorschriften des Schadenersatzrechts nicht anwendbar, die sich aus der Identität des Schadenverursachers und des Ersatzpflichtigen ergeben, wie z.B. jene betreffend des Verschuldens des Auftraggebers als Voraussetzung der Schadenersatzpflicht[73], aber auch jene bezüglich des Verschuldens des Beauftragten[74].

---

62 Z.B. BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 277.
63 Z.B. P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 103, 2793a; zu solchen Anzeige- und Schadensminderungspflichten bzw. Obliegenheiten beim Versicherungsvertrag Art. 38 und 61 VVG, dazu z.B. W. KOENIG, SPR VII/2, 646 ff.; zu den Obliegenheiten beim Versicherungsvertrag im Allgemeinen z.B. W. KOENIG SPR VII/2, 552 ff.
64 Siehe zu den Folgen bei der Verletzung der Pflichten bzw. Obliegenheiten zur Schadensminderung beim Versicherungsvertrag z.B. BGE 128 III 34 ff.
65 Siehe RN 32 ff.
66 Für ein Muster einer Schadloshaltungsklausel, bei dem bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des Schadens durch den fiduziarischen Verwaltungsrat die Leistungspflicht des Fiduzianten wegfällt, z.B. R. MÜLLER/L. LIPP (FN 9), 448.
67 Siehe dazu RN 29 ff., siehe aber immerhin zur Rolle des Verschuldens im Rahmen von Art. 156 OR RN 34.
68 Bezüglich Versicherungsvertrag P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY (FN 13), N 2815; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, 347 f; W. KOENIG, SPR VII/2, 654; H. ROELLI/M. KELLER (FN 20), 247.
69 Siehe OR-WEBER, Art. 402 OR, N 13 zu Fragen der Abwägung der beidseitigen Verschulden, allerdings nicht bei speziellen Vereinbarungen, sondern, m.E. zu Unrecht, im Rahmen von Art. 402 Abs. 2 OR.
70 BGE 61 II 98; 48 II 490 ff.; siehe auch OR-WEBER, Art. 402 OR N 14; BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 140; BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 23a.
71 A.M. die herrschende Lehre, z.B. BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 142 mit weiteren Verweisungen.
72 A.M. z.B. OR-WEBER, Art. 402 OR N 14; BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 147, 152, 187 ff.; siehe auch Art. 422 Abs. 1 OR, welche Bestimmung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Kausalhaftung vorsieht.
73 Zum Ganzen in Bezug auf die Garantie B. KLEINER (FN 27), N 21.63, auch N 6.03; siehe auch BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 14.
74 Siehe schon RN 39 ff.

47. Entsprechend scheitert der fiduziarische Verwaltungsrat mit seinem Schadenersatzanspruch gegenüber dem Fiduzianten nicht daran, dass den Fiduzianten kein Verschulden trifft. Andernfalls würden Schadloshaltungsklauseln ihren Zweck nicht erreichen, weshalb man, selbst wenn ein Verschulden des Fiduzianten nach Art. 402 Abs. 2 OR eine Rolle spielen würde, in aller Regel eine konkludente Wegbedingung dieser Rolle in den Schadloshaltungsklauseln annehmen müsste.

j. In Bezug auf Weisungen des Fiduzianten

48. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können in der Schadloshaltungsklausel regeln, welche Rolle Weisungen des Fiduzianten spielen. Sie können z.B. vereinbaren, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der nicht auf eine Verletzung einer rechtmässigen Weisung des Fiduzianten durch den fiduziarischen Verwaltungsrat zurückzuführen ist[75].

49. Fehlt eine solche Regelung, so gilt Folgendes:

50. Spielt ein Verschulden des Fiduzianten keine Rolle[76], spielt es auch keine Rolle, ob der Fiduziant dem fiduziarischen Verwaltungsrat eine unzweckmässige oder sogar unrechtmässige Weisung gegeben hat[77] und den Fiduzianten deswegen ein Verschulden trifft oder nicht.

51. Es spielt, allgemeiner formuliert, unabhängig von der Verschuldensfrage, überhaupt keine Rolle, ob der Fiduziant dem fiduziarischen Verwaltungsrat eine unzweckmässige oder sogar unrechtmässige Weisung gegeben hat oder nicht.

52. Spielt ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens keine Rolle[78], spielt es auch keine Rolle, ob der fiduziarische Verwaltungsrat einer (rechtmässigen) Weisung des Fiduzianten zuwidergehandelt hat und ihn deswegen ein Verschulden an der Herbeiführung des Schadens trifft oder nicht.

53. Es spielt, allgemeiner formuliert, unabhängig von der Verschuldensfrage, überhaupt keine Rolle, ob der fiduziarische Verwaltungsrat einer (rechtmässigen) Weisung des Fiduzianten zuwidergehandelt hat oder nicht.

54. Es spielt, unabhängig von der Verschuldensfrage, auch keine Rolle, ob der fiduziarische Verwaltungsrat eine unzweckmässige oder sogar unrechtmässige Weisung des Fiduzianten befolgt und nicht abgemahnt hat[79].

E. Verjährung

55. Mangels einer Sondervorschrift (wie für den Versicherungsvertrag in Art. 46 VVG) richtet sich die Verjährung des Anspruchs des fiduziarischen Verwaltungsrats auf Schadenersatz nach den Vorschriften des OR.

56. Nach den Regeln des OR (und bei Fehlen abweichender Vereinbarungen) beginnt die Verjährungsfrist für eine (suspensiv) bedingte Forderung erst im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung[80], im Falle von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Schadloshaltungsklauseln also in dem Zeitpunkt, in dem der fiduziarische Verwaltungsrat im Zusammenhang mit seinem Verwaltungsratsmandat einen Schaden erleidet[81]. In diesem Zeitpunkt wird der Schadensersatzanspruch auch fällig[82].

57. Die Verjährungsfrist beträgt gemäss Art. 127 OR zehn Jahre[83].

IV. Exkurs: der aufgrund eines Arbeitsvertrags tätige Verwaltungsrat

58. Obwohl das Arbeitsvertragsrecht keine Art. 402 Abs. 2 OR entsprechende Bestimmung enthält, hat auch der aufgrund eines Arbeitsvertrages tätige Verwaltungsrat gegen seinen Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz sämtlichen Schadens, den er in Ausübung des Verwaltungsratsmandats erleidet. Ableiten lässt sich dies aus Art. 328 OR[84] oder besser, aus einer analogen Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR[85].

59. Dementsprechend spielt, vorbehältlich abweichender Vereinbarung, weder ein Verschulden des Arbeitgebers noch ein Verschulden des aufgrund eines Arbeitsvertrages tätigen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens bezüglich des Anspruchs auf Schadloshaltung eine Rolle[86].

---

75 Siehe z.B. G. KRETNA (FN 5), 233, der eine Schadloshaltungsklausel beschreibt, bei welcher die Leistungspflicht des fiduziarischen Vewaltungsrats entfällt, wenn er gegen eine rechtmässige Weisung des Fiduzianten verstösst.

76 Siehe RN 43 ff.

77 A.M. bezüglich angestelltem Verwaltungsrat S. KÄCH (FN 7), 27.

78 Siehe RN 39 ff.

79 A.M. bezüglich angestelltem Verwaltungsrat S. KÄCH (FN 7), 27 und R. SCHILTKNECHT (FN 2), 52; zur Abmahnungspflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats bei solchen Weisungen im Allgemeinen z.B. BGE 108 II 198; URS BERTSCHINGER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 2000, 200.

80 BGE 128 III 222.

81 Zur Kontroverse über den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung bei der Haftpflichtversicherung z.B. M. W. KUHN/R. L. MÜLLER-STUDER/M. K. ECKERT (FN 48), 193; W. KOENIG, SPR VII/2, 658.

82 Im Allgemeinen BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 24d.

83 Z.B. OR-WEBER, Art. 402 N 19; a.M. BK-GAUTSCHI, Art. 402 OR N 24c, der die Verjährungsfrist gemäss Art. 60 OR angewandt haben will.

84 S. KÄCH (FN 7), 26 f.

85 Siehe auch R. SCHILTKNECHT (FN 2), 57, der die Auffassung vertritt, es bestehe zwar kein gesetzlicher Anspruch des aufgrund eines Arbeitsvertrages tätigen Verwaltungsrats auf Schadloshaltung, dafür aber ein Anspruch auf Abschluss einer Schadloshaltungsvereinbarung.

86 A.M. S. KÄCH (FN 7), 27; siehe auch BK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 328 OR N 28 zur Tendenz, in der Haftung des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR eine Kausalhaftung zu sehen;

60. Angesichts der Unsicherheiten im Zusammenhang mit einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadloshaltung aufgrund des Gesetzes sollten die Parteien im Arbeitsvertrag eine Schadloshaltungsklausel aufnehmen. Bei deren Formulierung stellen sich grundsätzlich die gleichen Probleme wie bei der Formulierung von Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen.

V. Zusammenfassung

61. Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte sind zulässig. Sie finden allerdings ihre Schranke in Art. 20 OR (bzw. Art. 157 OR).

62. Schadloshaltungsklauseln sind vertragliche Konkretisierungen bzw. Modifikationen der allgemeinen Regel von Art. 402 Abs. 2 OR. Ihr Zweck ist die Sicherung des fiduziarischen Verwaltungsrats vor den mit dem Amt als Verwaltungsrat verbundenen Risiken bzw. Gefahren. Sie ähneln vom Sicherungszweck her dem Garantie- und dem Versicherungsvertrag, die wie die Schadloshaltungsklausel im Wesentlichen bedingte Leistungsversprechen sind.

63. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können die die Leistungspflicht des Fiduzianten auslösende Bedingung in verschiedene Richtungen hin vertraglich modifizieren und den zu ersetzenden Schaden gegenüber der Regelung in Art. 402 Abs. 2 OR enger umschreiben, z.B. in Bezug auf eine Unsorgfalt oder ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens, in Bezug auf ein Verschulden des Fiduzianten und in Bezug auf Weisungen des Fiduzianten.

64. Fehlen solche Vereinbarungen, so spielt eine Unsorgfalt und ein Verschulden des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens und ein Verschulden des Fiduzianten keine Rolle. Der Fiduziant ist mit anderen Worten unabhängig von einer solchen Unsorgfalt und einem solchen Verschulden zur Schadloshaltung des fiduziarischen Verwaltungsrats verpflichtet.

65. Fehlen entsprechende Vereinbarungen, so spielen auch Weisungen des Fiduzianten keine Rolle. Der Fiduziant ist mit anderen Worten unabhängig davon, ob er unzweckmässige oder sogar unrechtmässige Weisungen gegeben hat, oder ob der fiduziarische Verwaltungsrat solche unrechtmässigen Weisungen oder zweckmässige oder rechtmässige Weisungen des Fiduzianten befolgt hat oder nicht, zur Schadloshaltung des fiduziarischen Verwaltungsrats verpflichtet.

66. Angesichts der vielen rechtlichen Unklarheiten im Zusammenhang mit Art. 402 Abs. 2 OR tun der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant aber gut daran, vertraglich selbst Recht zu setzen und besonders strittige Punkte, wie die Rolle einer Unsorgfalt oder eines Verschuldens des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens und die Rolle eines Verschuldens des Fiduzianten und von Weisungen des Fiduzianten in der Schadloshaltungsklausel, zu regeln[87].

67. Der fiduziarische Verwaltungsrat und der Fiduziant können sich bei solchen Regelungen angesichts der Ähnlichkeit von Schadloshaltungsklauseln mit dem Garantievertrag und dem Versicherungsvertrag von der grossen und ausdifferenzierten Praxis bei diesen beiden Verträgen leiten lassen und dabei das oft undifferenziert und ohne grössere Gedanken eingesetzte Instrument der Schadloshaltungklausel im Mandatsvertrag fiduziarischer Verwaltungsräte zu einem feinen, auf die konkreten Bedürfnisse und verschiedenen Interessen abgestimmten Werkzeug machen.

---

siehe schon zur entsprechenden Tendenz bezüglich Art. 402 Abs. 2 OR RN 45; für ein Muster einer Schadloshaltungsklausel, bei der bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des Schadens durch den aufgrund eines Arbeitsvertrages tätigen Verwaltungsrat die Leistungspflicht des Fiduzianten wegfällt, R. SCHILTKNECHT (FN 2), 163.

87 Siehe auch A. DIEZI (FN 20), 112, der die gesetzlichen Bestimmungen über die Schadloshaltung nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im Auftragsrecht als dürftig bezeichnet.

Des clauses d'indemnisation équivalent à des concrétisations contractuelles, voire des modifications, de l'art. 402 al. 2 CO. Leur but est de couvrir l'administrateur fiduciaire des risques et dangers inhérents à son mandat.

Par contrat et en dérogeant aux dispositions de l'art. 402 al. 2 CO, l'administrateur fiduciaire et le fiduciant peuvent modifier dans différentes directions les obligations du fiduciant déclenchant sa responsabilité et limiter la responsabilité de l'administrateur fiduciaire pour des dommages. Sur un plan légal, l'article cité est très ambigu, raison pour laquelle l'administrateur fiduciaire et le fiduciant ont toutes les raisons pour détailler dans leur clause d'indemnisation les points les plus litigieux. L'auteur pense notamment à des dispositions concrétisant le degré de diligence requise par l'administrateur fiduciaire et le degré de sa faute, le rôle du fiduciant en général et notamment les conséquences si l'administrateur fiduciaire a suivi des directives du fiduciant. Les contrats de garantie et d'assurance poursuivent des buts semblables à ceux des clauses d'indemnisation. La pratique et la jurisprudence abondante concernant ces contrats de garantie et d'assurance peuvent inspirer la rédaction détaillée d'une clause d'indemnisation qui tient compte des besoins concrets et des intérêts particuliers. Trop souvent, on découvre des clauses d'indemnisation qui ont été reprises sans réflexion.

(trad. Flurin von Planta)