In:
Baker & McKenzie (Hrsg), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006//2007, Zürich 2007.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

Am 1. Januar 2007 sind die Vorschriften über die Transparenz von Vergütungen und Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung (Art. 663b^{bis} und Art. 663c Abs. 3 OR) in Kraft gesetzt worden. Voraussichtlich per 1. Januar 2008 sollen zusammen mit dem neuen GmbH-Recht und dem Revisionsrecht auch die entsprechenden Änderungen im Aktienrecht sowie die kleine Aktienrechtsrevision in Kraft treten.[1] Schliesslich ist geplant, ebenfalls per 1. Januar 2008 eine revidierte Handelsregisterverordnung zu erlassen.

B. Rechtsprechung

1. Rechte und Pflichten der Aktionäre

a) Liberierungspflicht

Das Bundesgericht musste sich dazu äussern, inwiefern sich ein Aktionär seiner einzigen Pflicht, den für den Bezug einer Aktie bei deren Ausgabe festgesetzten Betrag zu leisten, entledigen kann.[2] Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Im Rahmen einer Kapitalerhöhung zeichnete die bisherige Aktionärin X. (Beklagte) am 29. Juni 1997 498 Inhaberaktien der A-AG (Klägerin) à nominell CHF 200, wovon CHF 100 pro Aktie libericrt waren. Über die Klägerin wurde am 15. Januar 2002 der Konkurs eröffnet. Mit Schreiben vom 13. Mai 2002 forderte die Konkursverwaltung der Klägerin die Beklagte auf, das von ihr

---

* Bearbeitet von PD Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., unter Mitwirkung von Dr. Larissa Marolda Martínez und Dr. Marc Pascal Fischer.

1 Vgl. dazu Baker & McKenzie, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2005/2006, Zürich 2006, S. 23–34.

2 BGer 4C.229/2004 vom 9. August 2004.

gezeichnete und zur Hälfte einbezahlte Aktienkapital durch die Nachzahlung von CHF 49800 vollumfänglich zu liberieren. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung mit der Begründung, sie habe ihre Aktien mit Vertrag vom 27. Februar 1999 an die C-AG verkauft, welche auch die Liberierungsschuld übernommen habe.

Auf den Inhaber lautende Aktien dürfen erst nach der Einzahlung des vollen Nennwerts ausgegeben werden (Art. 683 Abs. 1 OR). Vor der Volleinzahlung ausgegebene Aktien sind nichtig (Art. 683 Abs. 2 OR). Damit können teilliberierte Inhaberaktien nicht übertragen werden. Dieses Verbot bezweckt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, einen Übergang der Liberierungspflicht des Zeichners auf zahlungsunfähige Dritte zu verhindern. Dieser Zweck verbiete der Gesellschaft auch, die Übertragung der Liberierungsverpflichtung des Zeichners auf einen Dritten im Sinne einer Schuldübernahme zu genehmigen. Da die Klägerin eine Übernahme der Liberierungspflicht durch die C-AG nicht genehmigte und gemäss der genannten Rechtsprechung auch nicht hätte genehmigen dürfen, hat die Vorinstanz die Passivlegitimation der Beklagten bundesrechtskonform bejaht.[3]

Bezüglich der Verjährung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Verpflichtung des Zeichners, den Aktienbetrag einzuzahlen, der allgemeinen zehnjährigen Verjährung gemäss Art. 127 OR untersteht. Dabei liess das Bundesgericht die in der Literatur umstrittene Frage offen, ob diese Verjährung mit dem durch den Verwaltungsrat bestimmten Fälligkeitstermin oder dem Konkurs der Gesellschaft zu laufen beginne. Diese Frage brauchte im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, da die Verjährung unabhängig davon, welcher Meinung gefolgt wird, noch nicht eingetreten war. Demnach hatte die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, wenn sie den Verjährungseintritt verneinte.[4]

b) *Wahl eines Prozessbeistands*

Nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR kommt das Stimmrechtsprivileg von Stimmrechtsaktien bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage nicht zur Anwendung. Das Bundesgericht hatte zu beurteilen,[5] ob diese Ausnahmebestimmung auch für die nachfolgende Wahl des Prozessbeistandes anzuwenden ist. Diese Frage stellte sich aufgrund des folgenden Sachverhalts: An einer Aktiengesellschaft waren vier Aktionäre beteiligt, wovon zwei Aktionäre exekutiv tätig waren. Sie verfügten aufgrund ihrer Stimmrechtsaktien über die Stimmenmehrheit, nicht aber über die Kapitalmehrheit. Die Generalversammlung beschloss mit Kapitalmehrheit gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR, gegen sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates eine Verantwortlichkeitsklage anzustrengen. In der Folge beschloss die Versammlung über die Bestellung eines Beistandes bzw. unabhängigen Vertreters zur Führung der Verantwortlichkeitsprozesse. Der Antrag, Y. als Beistand zu wählen, wurde von der Kapitalmehrheit gutgeheissen, von der Stimmenmehrheit jedoch abgelehnt. Daraufhin bestimmte die Generalversammlung mit Stimmenmehrheit Z. als Beistand der Gesellschaft zu deren Vertretung in den Verantwortlichkeitsprozessen.

Es ist offensichtlich, dass der Beschluss, mit dem eine Verantwortlichkeitsklage angehoben werden soll, und die Wahl des dazu nötigen Prozessbeistandes sachlich eng zusammenhängen. Hat sich die Generalversammlung – mit der Kapitalmehrheit – entschieden, den Verwaltungsrat gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen, so bedeutet dies, dass die Gesellschaft den folgenden Prozess als Klägerin zu führen hat. Sie ist dabei darauf angewiesen, dass ihr Prozessvertreter alle Obliegenheiten erfüllt, welche in einem von der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime beherrschten Zivilprozess anfallen. Der Prozessvertreter hat sich uneingeschränkt für die Interessen seines Auftraggebers einzusetzen. Weshalb er dabei von den Stammaktionären instrumentalisiert werden kann, wie von der Beklagten eingewendet wird, ist nicht nachvollziehbar. Kommt es aufgrund seines Einsatzes zu einem Urteil gegen den Verwaltungsrat, so ist dies zum Vorteil der Gesellschaft. Erfüllt der Prozessvertreter seinen Auftrag dagegen ungenügend und wird die Klage deshalb abgewiesen, so sind die Stimmrechtsaktionäre nicht benachteiligt, weil das Ergebnis ihrer bei der Wahl vertretenen Auffassung entspricht. Würde der Prozessvertreter dagegen durch diejenigen Stimmrechtsaktionäre gewählt, die gegen eine Verantwortlichkeitsklage waren, läge die Möglichkeit einer Instrumentalisierung auf der Hand. In diesem Fall bestünde die Gefahr, dass die von der Kapitalmehrheit angestrebte Verurteilung des Verwaltungsrates verhindert oder zumindest erschwert würde, indem sich der Prozessvertreter an den Interessen der Stimmrechtsaktionäre, die ihn ernannt haben, ausrichtet. Damit könnte der Beschluss der Generalversammlung, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben, unterlaufen und letztlich das vom Gesetzgeber der Kapitalmehrheit zugewie-

3 E. 2.2–2.3.
4 E. 3.3.
5 BGE 132 III 707.

sene Recht, über die rechtliche Kontrolle und Verantwortlichkeit der Gesellschaft zu entscheiden, in Frage gestellt werden. Das würde dem Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR widersprechen. Wenn der Gesetzgeber in dieser Bestimmung von der «Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitklage» spricht, so ging es ihm offensichtlich darum, den Stammaktionären die Möglichkeit zu geben, einen ihrer Meinung nach haftbaren Verwaltungsrat gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen. Dazu bedarf es im vorliegenden Fall wie erwähnt zwingend eines – gesetzlich nicht vorgesehenen – Prozessvertreters. Es steht mit der Absicht des Gesetzgebers in Einklang, wenn der Prozessvertreter von der gleichen Mehrheit gewählt wird, welche für den Grundsatzentscheid über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage zuständig ist. Diese Auffassung widerspricht auch nicht der gesetzlichen Formulierung des Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR.[6]

c) *Einberufung einer Generalversammlung*

In BGE 132 III 555 musste das Bundesgericht die Frage beurteilen, ob der Richter aufgrund von Art. 699 Abs. 4 OR selber eine Generalversammlung einberufen kann. Nach Art. 699 Abs. 4 OR hat der Richter die Einberufung der Generalversammlung anzuordnen, wenn der Verwaltungsrat einem entsprechenden Begehren von berechtigten Aktionären binnen angemessener Frist nicht entspricht. Trotz des klaren Wortlautes von Art. 699 Abs. 4 OR ist das Bundesgericht der Auffassung, dass eine unmittelbare Einberufung durch den Richter dann zuzulassen ist, wenn Gefahr im Verzug liegt und durch ein weiteres Verzögern die Aktivitäten der Gesellschaft weiter blockiert würden und deshalb ein sofortiges Abhalten der Generalversammlung entscheidend für die Existenz der Gesellschaft ist.[7]

d) *Abberufung eines Liquidators durch Klage eines Aktionärs*

Das Bundesgericht hatte sich in der Berichtsperiode auch mit der Abberufung eines Liquidators zu befassen.[8] Nach Art. 741 Abs. 2 OR

6 E. 3.2.
7 E. 3.4.3.2.
8 BGE 132 III 758.

kann der Richter auf Antrag eines Aktionärs Liquidatoren abberufen und nötigenfalls andere ernennen, sofern wichtige Gründe dafür vorliegen. Als wichtige Gründe gelten gemäss der Auffassung des Bundesgerichts Umstände, die nach objektiver Wertung darauf schliessen lassen, dass die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden könnten. Dabei kann es sich bspw. um Unfähigkeit, Nachlässigkeit, Abwesenheit oder unredliches Verhalten eines Liquidators oder um seine voraussichtliche Abhängigkeit von einer Mehrheit handeln, die rechts- und machtmissbräuchliche Beschlüsse fasst. Die Befürchtung, dass ein Liquidator die Liquidation nicht ordentlich durchführen wird, ist jedenfalls umso eher begründet, als er seine Pflichten bereits verletzt hat.[9]

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass der Liquidator seine Pflichten verletzt hat, indem er zu Unrecht gewisse Informationen nicht an die Minderheitsaktionäre weitergegeben und entgegen Art. 695 Abs. 1 OR beim Décharge-Beschluss abgestimmt hat.[10] Im Weiteren unterliegt der Liquidator einem potentiellen Interessenkonflikt, welcher sich im vorliegenden Fall insbesondere daraus ergibt, dass er im Rahmen einer Rangrücktrittsvereinbarung sowohl für die in Liquidation stehende Gesellschaft als auch für die Schuldnerin gehandelt hat.[11] Schliesslich scheint der Liquidator bei einem Verkauf bestimmter Aktiven der Gesellschaft an die Mehrheitsaktionäre diese begünstigt zu haben. Nach Ansicht des Bundesgerichts besteht daher die objektive Gefahr, dass die Interessen der Minderheitsaktionäre durch das Handeln des Liquidators nicht angemessen berücksichtigt worden sind.[12]

Aufgrund all dieser Umstände kommt das Bundesgericht – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – zum Ergebnis, dass «wichtige Gründe» i.S.v. Art. 741 Abs. 2 OR vorliegen und sich deshalb eine Abberufung des Liquidators rechtfertigt.[13]

9 E. 3.3.
10 E. 3.5.2 und 3.5.8.
11 E. 3.5.3.
12 E. 3.5.5 und 3.6.
13 E. 3.5.

2. *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*

a) *Prospekthaftung*

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode erneut Gelegenheit,[14] sich zur Prospekthaftpflicht nach Art. 752 OR zu äussern.[15] Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Aktien der X-AG wurden am 25. November 1999 an die Börse gebracht. Grundlage für den Börsengang bildete unter anderem der Emissionsprospekt vom 24. November 1999. Am ersten Handelstag stieg der Aktienkurs von CHF 240 um 65% auf CHF 390. Der Kläger 1 kaufte in der Folge am 3. Dezember 1999 Aktien der X-AG für CHF 399 pro Titel. Der Kläger 2 tätigte am 10. und 21. Februar 2000 zwei Käufe zum Preis von CHF 905 bzw. CHF 775 pro Titel. Der Kläger 1 hielt die Aktien bis zur Eröffnung der Nachlassstundung und erlitt quasi einen Totalverlust. Der Kläger 2 verkaufte seine Aktien bereits am 10. Mai 2000, erlitt dabei aber auch einen erheblichen Verlust.

Die Kläger machen geltend, dass die im Emissionsprospekt gemachten Angaben in ihrer Gesamtheit irreführend und unvollständig gewesen seien. Wegen unrichtiger und irreführender Angaben verlangen die Kläger gestützt auf Art. 752 OR von den für die Erstellung des Emissionsprospektes verantwortlichen Beklagten Schadenersatz. Das Handelsgericht des Kantons Bern hat den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen den Angaben im Emissionsprospekt und dem Kaufentscheid der Kläger bzw. dem später eingetretenen Schaden verneint. Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Berufung aus folgenden Gründen abgewiesen:

Haftungsvoraussetzung der in Art. 752 OR vorgesehenen Prospekthaftung ist unter anderem, dass die Angaben im Prospekt kausal für den Kaufentschluss des Anlegers bzw. den später eingetretenen Schaden war. Dabei ist vorausgesetzt, dass zwischen den Angaben im Emissionsprospekt und dem Schaden sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.[16] Nicht nur ein Handeln, sondern auch

[14] Mit der Frage der Prospekthaftung hat sich das Bundesgericht letztmals in BGE 131 III 306 befasst. Vgl. dazu Baker & McKenzie, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2005/2006, Zürich 2006, 37.

[15] BGE 132 III 715.

[16] E. 2.1.

ein Unterlassen (z.B. Unterdrücken von relevanten Angaben im Emissionsprospekt) kann kausal für die Schädigung eines Anlegers sein.[17]

Wie allgemein beim Kausalitätsnachweis ist auch im Bereich der Prospekthaftung der Nachweis der Kausalität schwer zu erbringen. Der klagende Anleger dürfte sich oft in «Beweisnot» befinden. Die Rechtsprechung sieht daher schon seit langem – in Einklang mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht – eine Beweiserleichterung für den Nachweis des Kausalzusammenhangs vor. Erforderlich ist nicht ein strikter und absoluter Beweis. Vielmehr hat sich der Richter mit derjenigen Gewissheit zufrieden zu geben, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann. Eine solche Beweiserleichterung gilt zunächst für den Erstkäufer, der die Aktien innerhalb der Zeichnungsfrist gestützt auf die Angaben im Prospekt am Primärmarkt zum Emissionspreis erwirbt. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die Angaben im Prospekt direkt kausal für den Kaufentschluss sind. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt nach der neueren Literatur jedoch auch für den späteren Erwerber, der die Aktientitel am Sekundärmarkt zum – vom Markt gebildeten – Aktienkurs kauft, und zwar auch dann, wenn er den Emissionsprospekt nicht gelesen hat. Unter der Annahme eines effizienten Kapitalmarktes darf der Erwerber nämlich davon ausgehen, dass die Preisbildung am Markt unter Einbezug der Informationen aus dem Emissionsprospekt zustande gekommen ist. Freilich ist in diesem Fall im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsbeweises zu berücksichtigen, dass im Laufe der Zeit andere Faktoren wie neuere Unternehmensdaten, Presseberichte, Konjunktureinschätzungen, positive oder negative Marktstimmung etc. für die Einschätzung des Wertpapiers bestimmend werden können.[18]

Die soeben umschriebene Beweiserleichterung in Bezug auf das Beweismass (Wahrscheinlichkeitsbeweis anstatt strikter Beweis) hat keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung. Als Anspruchsvoraussetzung für die Prospekthaftung liegt die Beweislast auch für den Kausalzusammenhang – genau gleich wie für die anderen Anspruchsvoraussetzungen – beim Kläger. In der Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, der Kläger habe nicht nachzuweisen, dass er sich auf angebliche Falschangaben im Prospekt verlassen habe, weil er annehmen dürfte, die Titel würden vom Markt unter Berücksichtigung der vorhandenen Informationen richtig bewertet. Eine solche Umkehr der Beweislast ist jedoch

[17] E. 2.3.

[18] E. 3.2.1.

systemfremd und findet auch im Gesetz keine Stütze. Genau gleich wie im allgemeinen Schadenersatzrecht hat der Kläger auch bei der Prospekthaftung den Nachweis zu erbringen, dass zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht, weil er sich beim Kaufentscheid auf die fehlerhaften Prospektangaben gestützt hat und mit besserem Wissen die Titel nicht oder nicht zu diesem Preis erworben hätte.[19]

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall festgestellt, dass die Vorinstanz die Beweislast für den natürlichen oder hypothetischen Kausalzusammenhang zutreffend den Klägern 1 und 2 auferlegt hat und ebenso zutreffend für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verlangt. Weil die Beweiswürdigung in Bezug auf den natürlichen bzw. hypothetischen Kausalverlauf im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann, wurde die Berufung abgewiesen. Eine gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde ebenfalls abgewiesen.[20]

b) *Einwilligung der verletzten Gesellschaft*

In BGE 131 III 640 hatte das Bundesgericht Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsrat der X. AG zu prüfen. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die X. AG wurde von S.W. bis zu seinem Tod im Jahr 1997 als Alleinaktionär geführt. 1978 gründete S.W. gemeinsam mit seinem Sohn C.W. und seiner Tochter D.W. die Kollektivgesellschaft W. & Co. Im Jahr 1984 trat S.W. aus der Kollektivgesellschaft aus. 1986 wurden C.W. und D.W. in den Verwaltungsrat der X. AG gewählt. Mit Wirkung per 1. Januar 1995 vermietete die X. AG der W. & Co. 33 Parkingmeterparkplätze. Nach dem Tod von S.W. im Jahre 1997, dem seinerzeitigen Alleinaktionär der X. AG, entstand zwischen dessen Nachkommen A.W. und B.W. einerseits (Kläger) und ihren Geschwistern C.W. und D.W. anderseits (Beklagte) Streit darüber, ob die von den Beklagten betriebene W. & Co. durch die Verwaltung der Parkplätze zu Lasten der X. AG ungerechtfertigt bereichert wurde. Im hier interessierenden Zeitraum von 1995 bis 2000 wurden von der W. & Co. Mietzinszahlungen von insgesamt CHF 198000 geleistet. In der gleichen Zeit sollen sich aber die Einnahmen der W. & Co. aus der Parkuhrenbe-

19 E. 3.2.2.
20 BGer 4P.96/2006 vom 28. August 2006.

wirtschaftung nach Darstellung der Kläger auf insgesamt CHF 470478.20 belaufen haben.

Das Gericht hält vorab fest, dass die Aktivlegitimation der Aktionäre, mit Verantwortlichkeitsklage Schadenersatz für die geschädigte Gesellschaft einzuklagen, grundsätzlich gegeben ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Kläger im Zeitpunkt des Abschlusses des umstrittenen Pachtvertrages – Ende 1994 – noch nicht Aktionäre der X. AG gewesen waren, sondern erst mit dem Tod von S.W. im Jahr 1997 zunächst mit den anderen Erben Gesamteigentümer und nach der Teilung im Jahr 2001 Alleineigentümer der Aktien geworden sind. Zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsschaden reicht es, wenn dem für die Gesellschaft klagenden Aktionär die Aktionärseigenschaft im Zeitpunkt der Klageanhebung zukommt.[21]

Nach der Rechtsprechung fällt eine Verantwortlichkeit ausser Betracht, wenn die ins Recht gefasste Organperson nachzuweisen vermag, dass sie mit dem Einverständnis des Geschädigten gehandelt hat. So kann sich die betreffende Organperson gegenüber der auf Schadenersatz klagenden Gesellschaft auf die haftungsbefreiende Einrede *«volenti non fit iniuria»* berufen, wenn sie im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre gehandelt hat oder einen gesetzeskonform gefassten und unangefochten gebliebenen Beschluss der Generalversammlung vollzieht. Ferner sind Schadenersatzansprüche der Gesellschaft auch ausgeschlossen, wenn die Generalversammlung den verantwortlichen Organen gemäss Art. 758 Abs. 1 OR die Décharge erteilt hat. Analog entfällt eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, wenn diese bzw. deren Alleinaktionär in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriert, die normalerweise Schadenersatzansprüche i.S.v. Art. 754 OR begründen würden.[22]

Im vorliegenden Fall hat das Handelsgericht verbindlich festgestellt, dass S.W. im Zeitpunkt der Vertragsanpassung «Alleinaktionärsstellung» gehabt habe. Lediglich die beiden Beklagten hätten in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrats je eine Aktie fiduziarisch gehalten. Wenn aber S.W. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses per 1. Januar 1995 Alleinaktionär der X. AG gewesen war, darf vom Einverständnis aller Aktionäre mit dem – für die X. AG möglicherweise nachteiligen – Pachtvertrag ausgegangen werden. Die Beklagten in ihrer Eigenschaft als da-

21 E. 4.1.
22 E. 4.2.1.

malige Verwaltungsräte der X. AG können der von den Klägern für die Gesellschaft erhobenen Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 Abs. 1 OR) daher die haftungsbefreiende Einrede *«volenti non fit iniuria»* entgegensetzen.[23] Wenn aber eine Haftung gegenüber der Gesellschaft entfällt, weil diese selbst bzw. ihr Alleinaktionär die umstrittenen Organhandlungen – Abschluss des Pachtvertrages mit der Kollektivgesellschaft – toleriert haben, sind auch die Aktionäre, die für die Gesellschaft klagen, mit den geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüchen ausgeschlossen. Im Übrigen können die Aktionäre auch keine eigenen Ansprüche geltend machen, weil sie die Aktien durch Erbgang vom seinerzeitigen Alleinaktionär erworben haben und dessen Zustimmung folglich auch ihnen entgegengehalten werden kann.[24]

c) *Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden*

Das Bundesgericht hat sich erneut mit der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden auseinandergesetzt und seine in BGE 131 III 306 begründete Rechtsprechung bestätigt.[25] Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Einzige Verwaltungsratsmitglieder der Z. SA waren die Anwälte X. und Y. Im Jahre 1984 mietete die Z. SA von J. eine Villa für die Dauer von 10 Jahren zu einem Mietzins von jährlich CHF 132 000. Die Mietzinsen wurden jeweils von einem Bankkonto mit unbekanntem Inhaber bezahlt. Nachdem die zuständige Behörde im März 1992 der Z. SA den Kauf der Villa verweigerte, wurden die Mietzinszahlungen seitens Unbekannt umgehend eingestellt. Die Z. SA hatte in der Folge zu wenig Eigenmittel, um die Mietzinsen zu begleichen. Im August 1992 betrieb J. die Z. SA erstmals auf Bezahlung der ausstehenden Mietzinsen. Im Anschluss daran folgten weitere Betreibungen, wogegen die Z. SA jeweils Rechtsvorschlag erhob. Schliesslich wurde im Jahre 1997 über die Z. SA der Konkurs eröffnet. Im Konkurs machte J. Mietzinsforderungen über rund CHF 600 000 geltend. Die Konkursverwaltung der Z. SA bilanzierte in dieser Höhe Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Verwaltungsratsmitglieder X. und Y. J. liess sich diese Ansprüche von der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG

23 E. 4.2.2.
24 E. 4.2.3.
25 BGE 132 III 564.

i.V.m. Art. 757 Abs. 2 OR abtreten und leitete im Januar 1998 eine Verantwortlichkeitsklage gegen X. und Y. ein.

Eine Voraussetzung zur Geltendmachung einer Organverantwortlichkeit ist das Vorliegen eines Schadens. Beim Schaden wird unterschieden, in welcher Vermögensmasse er eingetreten ist: Ein direkter Schaden liegt vor, wenn die Schädigung direkt und ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers eingetreten ist.[26] Bei Eintritt der Schädigung primär im Vermögen der Gesellschaft und nur reflexartig, bspw. durch Konkursausfall, im Vermögen des Gläubigers, liegt ein indirekter Schaden des Gläubigers vor.[27] Schliesslich kann – gemäss Bundesgericht in seltenen Fällen – sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger direkt geschädigt sein.[28]

Die Art des Schadens hat Konsequenzen für die Aktivlegitimation des geschädigten Gläubigers. Bei einem direkten Schaden kommen die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts zur Anwendung. Der Gläubiger kann den Schaden jederzeit geltend machen.[29] Bei einem indirekten Schaden finden die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen Anwendung. Die Gesellschaft ist primär berechtigt, den eingetretenen Gesellschaftsschaden geltend zu machen. Der Gläubiger ist grundsätzlich nicht berechtigt, den indirekten Schaden individuell einzuklagen; ihm steht es jedoch im Konkurs der Gesellschaft zu, gestützt auf Art. 260 SchKG in Verbindung mit Art. 757 OR auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen.[30] Schliesslich gibt es noch den Fall, dass ein direkter Gläubiger- und Gesellschaftsschaden vorliegt. In einem solchen Fall ist nach wie vor die vom Bundesgericht entwickelte Schutznormtheorie anwendbar. Danach kann der Gläubiger seinen individuellen Schaden nur dann direkt gegenüber den Organen geltend machen, wenn er seinen Anspruch auf Art. 41 OR, auf *culpa in contrahendo* oder auf eine ausschliesslich ihn schützende aktienrechtliche Norm stützen kann.[31]

Im konkreten Fall hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Schaden in erster Linie bei der Gesellschaft eingetreten ist und der Gläubiger nur indirekt in seinem Vermögen geschädigt wurde. Die Klage wurde jedoch dem Gläubiger abgetreten, womit dessen Aktivlegitimation gegeben war.

26 E. 3.1.1.
27 E. 3.1.2.
28 E. 3.1.3.
29 E. 3.2.1.
30 E. 3.2.2.
31 E. 3.2.3.

d) *Haftung des faktischen Organs aufgrund von Art. 52 AHVG*

Das Bundesgericht hat sich einmal mehr mit der Haftung für Beiträge an die AHV gemäss Art. 52 AHVG auseinander gesetzt und dabei folgenden Sachverhalt beurteilt:[32] Die Aktiengesellschaft I. wurde faktisch von der Aktiengesellschaft Y. verwaltet, indem die Y. zwei ihrer Angestellten in den Verwaltungsrat der I. entsandt hat. Spätestens ab Juni 1991 geriet die I. in finanzielle Schwierigkeiten. Darüber war sich auch der Verwaltungsrat der I. im Klaren. Am 30. März 1993 wurde der Konkurs über die I. eröffnet. Der Ausgleichskasse wurde ein Verlustschein über CHF 499938 für die AHV-Beiträge, die den Löhnen der Arbeitnehmer zwischen 1991 und Februar 1993 abgezogen worden sind, übergeben. X., Verwaltungsratspräsident der I., wurde verpflichtet, der Ausgleichskasse CHF 499938 zu bezahlen. X. beglich diesen Betrag. Anschliessend hat X. die Y. auf Bezahlung des durch ihn beglichenen Betrages eingeklagt. Das kantonal zuständige Gericht hat mit Urteil vom 5. Dezember 2005 die Y. zur Bezahlung von CHF 202375.10 verpflichtet. Dagegen hat die Y. Berufung beim Bundesgericht erhoben.

Art. 52 AHVG normiert die Haftung der Organe für die der Ausgleichskasse entgangenen Sozialversicherungsbeiträge. Nach der erwähnten Bestimmung haben die Organe, die durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügen, diesen zu ersetzen. Nach Auffassung des Bundesgerichts können auch faktische Organe nach Art. 52 AHVG für entgangene Sozialversicherungsbeträge haftbar sein. In Anlehnung an die Definition des faktischen Organs im Aktienrecht qualifiziert das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Y., welche eines ihrer Verwaltungsratsmitglieder sowie einen weiteren Angestellten in den Verwaltungsrat der I. entsandte und zudem die Verwaltungs- und Finanzführung dieser Gesellschaft innehatte, als faktisches Organ, weil die Y. den Willen der I. nachhaltig beeinflussen konnte.[33] Leider geht aus dem Entscheid nicht hervor, welches gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen der Y. und der I. bestand.

32 BGE 132 III 523.
33 E. 4.5.

*II. Übriges Gesellschaftsrecht**

A. Gesetzgebung

1. Revision des Stiftungsrechts

Am 1. Januar 2006 ist das revidierte Stiftungsrecht in Kraft getreten.[34] Hierbei wurden neben verschiedenen Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches auch Teile des Bundessteuerrechts (MWSTG, DBG, StHG, VStG) geändert und entsprechende Ausführungsbestimmungen sowie eine Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen vom 24. August 2005[35] erlassen. Die Revision des Stiftungsrechts verlangte auch nach Änderungen in den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung.

Mittels der Einführung einer obligatorischen Revisionsstelle für Stiftungen (Art. 83a ff. ZGB) soll nach Ansicht des Bundesamtes für Justiz die Transparenz erhöht werden. Die Aufsichtsbehörde kann eine Stiftung jedoch von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Eine der Voraussetzungen dafür ist gemäss der neuen Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen, dass die Bilanzsumme der Stiftung in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren weniger als 200000 Franken beträgt und die Stiftung nicht öffentlich zu Spenden aufruft. Die Befreiung von der Revisionspflicht entbindet die Stiftung nicht von ihrer Pflicht, der Aufsichtsbehörde Rechenschaft abzulegen. Ein besonders befähigter Revisor wird sodann namentlich bei Stiftungen verlangt, die öffentlich zu Spenden aufrufen und in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren Spenden von mehr als je 100000 Franken erhalten.

Wenn eine begründete Besorgnis besteht, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten langfristig nicht erfüllen kann, so muss das oberste Stiftungsorgan gemäss dem neuen Art. 84a ZGB eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellen. Diese ist der Revisionsstelle oder der Aufsichtsbehörde vorzulegen, welche sodann über die geeigneten Massnahmen entscheidet.

* Bearbeitet von Dr. Rino Siffert, LL.M.
34 AS 2005 4545.
35 SR 211.121.3.