In:
Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2001/2002, Zürich 2002.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

Am 1. Mai 2001 trat die Änderung von Art. 622 Abs. 4 OR in Kraft, womit der Mindestnennwert einer Aktie auf 1 Rappen herabgesetzt wurde. Art. 622 Abs. 4 OR lautet neu wie folgt: «Der Nennwert der Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen.»

Zu beachten ist, dass nach dem Wortlaut des neuen Art. 622 Abs. 4 OR die Herabsetzung des Nennwertes einer Aktie unter den gesetzlichen Mindestnennwert von 1 Rappen nicht mehr möglich ist. Diese Regelung war in der Botschaft des Bundesrates[1] noch nicht vorgesehen gewesen, doch vom Parlament so beschlossen worden. Das Parlament ging dabei davon aus, dass eine Herabsetzung des Nennwertes unter 1 Rappen selbst bei Sanierungen nicht notwendig sei[2]. Dabei hat es offenbar übersehen, dass in Zukunft insbesondere bei einer Gesellschaft mit 1-Rappen-Aktien ein Kapitalschnitt, und damit unter Umständen auch eine Sanierung, nicht mehr möglich ist. Weil dies wohl kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, bleibt zu hoffen, dass die Handelsregisterämter im Fall einer Sanierung auch in Zukunft eine Herabsetzung des Nennwertes unter 1 Rappen zulassen werden.

---

* Bearbeitet von Lukas Glanzmann.
1 Vgl. BBl 2000 4568.
2 BBl 2000 5506; AmtlBull SR 2000 586.

B. Rechtsprechung

1. Gründung und Kapitalerhöhung

a) Internetseiten und Domain-Namen als Sacheinlagen und Sachübernahmen

Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister hat in einer Mitteilung an die kantonalen Handelsregisterbehörden unter anderem zur Frage Stellung genommen, ob Internetseiten und Rechte an Domain-Namen Gegenstand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein können[3]. Darin hält das Eidgenössische Amt für das Handelsregister fest, dass das Erbringen von Sachwerten als Sacheinlage als zulässig erachtet wird, wenn folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind[4]:

- *Bewertbarkeit bzw. Aktivierbarkeit:* Der Vermögenswert muss einen bestimmten Wert aufweisen und in der Bilanz als Aktivum aufgeführt werden können;
- *Übertragbarkeit:* Der Vermögenswert muss bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung auf die Gesellschaft übertragen werden können, d.h. der Übertragung dürfen keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen wie bspw. ein Zessionsverbot;
- *Verfügbarkeit:* Die Gesellschaft muss nach dem Eintrag im Handelsregister unverzüglich und bedingungslos über den betreffenden Vermögenswert verfügen können; und
- *Verwertbarkeit:* Der Sachwert muss von der Gesellschaft auf Dritte übertragen werden können, was das Bestehen eines zumindest beschränkten Marktes voraussetzt.

Das Amt hat ausdrücklich die teilweise in der Lehre und in der früheren Handlesregisterpraxis vertretene Auffassung verworfen, wonach Vermögenswerte nur dann Gegenstand einer Sacheinlage oder einer Sachübernahme sein können, wenn sie für die Gesellschaft im Hinblick auf den Gesellschaftszweck einen Nutzen aufweisen.

Einer Einbringung von Internetseiten als Sacheinlage bzw. deren Qualifizierung als Sachübernahme steht nach Ansicht des Eidgenössischen Amtes

[3] 2. Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, in: REPRAX 2001, S. 59–65.

[4] a.a.O., S. 60 f.

für das Handelsregister nichts im Wege. Dies ergibt sich daraus, dass Internetseiten aus Software, grafischer Gestaltung und Text bestehen, wobei alle drei Elemente urheberrechtlich geschützt sind. Urheberrechte sind, sofern einer Weiterübertragung von der Gesellschaft auf einen Dritten keine vertraglichen Vereinbarungen entgegenstehen, grundsätzlich aktivierbar, übertragbar, verfügbar und verwertbar[5].

Hinsichtlich dem Einbringen von Domain-Namen als Sacheinlage bzw. deren Qualifizierung als Sachübernahme hält das Handelsregisteramt an der bisherigen Praxis fest, diese als nicht sacheinlage- bzw. sachübernahmefähig zu qualifizieren. Das Amt begründet seinen Entscheid damit, dass die Rechtslage bezüglich Übertragbarkeit, Pfändbarkeit und Verwertbarkeit von Domain-Namen zur Zeit noch nicht geklärt sei. Gleichzeitig hält das Amt fest, dass es die schweizerische Lehre und Rechtsprechung zu dieser Frage aufmerksam verfolge und gegebenenfalls prüfen werde, ob seine Praxis aufgrund der aktuellen Entwicklungen angepasst werden müsse[6].

b) Liberierung des Aktienkapitals durch Verrechnung

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte als Beschwerdeinstanz zu prüfen, ob eine Statutenbestimmung, wonach die Einlagen bei einer Kapitalerhöhung entweder in Geld oder durch Verrechnung mit verrechenbaren Forderungen gegenüber der Gesellschaft erfolgen sollen, zulässig sei[7]. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich hatte die Eintragung der angemeldeten Kapitalerhöhung verweigert, weil sich die Generalversammlung bei der ordentlichen Kapitalerhöhung zwingend zur Art der Einlage äussern müsse und nicht mehrere Möglichkeiten offen lassen dürfe. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts bestehen hingegen keine zwingenden Gründe, wieso die Generalversammlung bei der ordentlichen Kapitalerhöhung keine alternative Liberierung durch Geld oder Verrechnung gestatten dürfen solle. Die Unsicherheit über die Einlageweise unterscheide sich kaum von jener bei anfänglicher Teilliberierung, wo Art. 634a OR die Restleistung ohne Einflussmöglichkeit der Generalversammlung allemal in Geld oder durch Verrechnung erlaubt. Im übrigen läuft nach Ansicht des Gerichts die Liberierung der Aktien in bar oder durch Tilgung von Geldforderungen für die finanzielle Situation einer Gesellschaft auf das Nämliche hinaus.

[5] a.a.O., S. 64.

[6] a.a.O., S. 65.

[7] ZR 2001, Nr. 41.

2. *Generalversammlung: Anfechtung von Beschlüssen*

In einem Entscheid betreffend Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen[8] hat sich das Bundesgericht zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage geäussert. So stellt das Bundesgericht fest, dass die 20-tägige Frist von Art. 696 Abs. 1 OR in dem Sinn relativ zwingend ist, als sie in den Statuten nicht verkürzt werden kann. Daraus folgt allerdings nach Ansicht des Bundesgerichts nicht, dass ein Aktionär im konkreten Einzelfall nicht auf die Einhaltung der zu seinem Schutz aufgestellten Fristen verzichten könnte. Vielmehr geht die gesetzliche Regelung selbst davon aus, dass die für die Einberufung der Generalversammlung vorgeschriebenen Formvorschriften im Einzelfall der Parteidisposition unterliegen, kann bei gegebenen Voraussetzungen doch jederzeit eine Universalversammlung (Art. 701 OR) abgehalten werden[9].

Im gleichen Entscheid äussert sich das Bundesgericht auch zur Relevanz von Formmängeln. In Anlehnung an Art. 691 Abs. 3 OR – der ausdrücklich normiert, dass bei der Teilnahme Unbefugter an der Generalversammlung ein Anfechtungsrecht nur besteht, wenn die Mitwirkung Unberechtigter einen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte – hält das Bundesgericht fest, dass ein Generalversammlungsbeschluss nur dann aufzuheben ist, wenn sich eine Rechtsverletzung auf die Beschlussfassung auch ausgewirkt hat. Dieser Kausalitätsgrundsatz beruht auf der Überlegung, dass im Interesse der Gesellschaft und der nicht anfechtungswilligen Aktionäre die Abhaltung unnötiger Generalversammlungen und die mit einer Wiederholung der Beschlussfassung verbundenen Umtriebe vermieden werden sollen, wenn feststeht, dass die Abstimmung auch bei Berücksichtigung der Verfahrensvorschriften zum gleichen Ergebnis führt. Gleichzeitig wird dadurch verhindert, dass die Tätigkeit der Gesellschaft durch an sich unnütze Anfechtungsklagen blockiert wird (vgl. BGE 122 III 279 E. 3c/cc)[10].

Schliesslich äussert sich das Bundesgericht in diesem Fall auch zur Festsetzung des Streitwerts bei Anfechtungsklagen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen vermögensrechtlicher Natur. Für die Bemessung des Streitwerts ist dabei nicht das persönliche Interesse des anfechtenden Aktionärs, sondern das Gesamtinteresse der Gesellschaft massgebend. Im vorliegenden

[8] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000.
[9] a.a.O., E. 2b.
[10] a.a.O., E. 3b.

Fall schliesst das Bundesgericht aus der Tatsache, dass der Kläger die Aufhebung sämtlicher Generalversammlungsbeschlüsse der Beklagten verlangt, dass es letztlich um die Kontrolle über die Beklagte geht. Angesichts der Schwierigkeit, den im Streit liegenden Anspruch genau zu beziffern, drängt es sich unter den gegebenen Umständen auf, der Festsetzung des Streitwerts die Höhe des Aktienkapitals zugrunde zu legen. Dies insbesondere auch deshalb, weil der Kläger in der Berufung nicht vorbringt, bei der Beklagten liege ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vor, und weil die Beklagte wiederum nicht geltend mache, ihr Wert übersteige den des Aktienkapitals[11].

3. *Genehmigung von Insichgeschäften des Verwaltungsrates*

Auch im letzten Jahr hat das Bundesgericht erneut Gelegenheit gehabt, sich zum Insichgeschäft zu äussern[12]. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass nach ständiger Rechtsprechung das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig sei, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Das Bundesgericht prüfte im vorliegenden Fall, welches Organ für eine nachträgliche Genehmigung zuständig ist.

Nach der Rechtsprechung ist eine Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ erforderlich. Bei der Beantwortung der Frage, welches Gesellschaftsorgan im konkreten Fall als über- oder nebengeordnet zu gelten hat, ist zu beachten, dass nach dem neuen Aktienrecht vermutungsweise von der Einzelzeichnungsberechtigung jedes Verwaltungsratsmitgliedes auszugehen ist (Art. 718 Abs. 1 OR). Nach Ansicht des Bundesgerichts bedeutet dies, dass jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung auch ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsratsmitgliedes nachträglich genehmigen kann. Dies hat schon deshalb zu gelten, weil es einem Verwaltungsratsmitglied selbstredend möglich sein muss, ein von einem anderen Verwaltungsratsmitglied abgeschlos-

[11] a.a.O., E. 4b.
[12] BGE 127 III 332.

senes Geschäft, das es selbst ohne weiteres abschliessen könnte, nachträglich auch zu genehmigen. Die in der älteren Literatur vertretene Meinung, dass nur der Gesamtverwaltungsrat bzw. die Verwaltung als solche zuständig sei, ist darauf zurückzuführen, dass gemäss altem Aktienrecht im Sinne einer dispositiven Regelung vorgesehen war, dass die Vertretung einer Aktiengesellschaft allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gemeinsam zustand. Da im Unterschied dazu im neuen Aktienrecht wie gesagt das Prinzip der Einzelzeichnungsberechtigung vorgesehen ist, kann grundsätzlich jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied in seiner Eigenschaft als nebengeordnetes Organ ein Insichgeschäft eines anderen Mitglieds des Verwaltungsrates genehmigen. Wenn hingegen das Verwaltungsratsmitglied, welches das Insichgeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfügung. In diesem Fall ist nach Ansicht des Bundesgerichts davon auszugehen, dass als übergeordnetes Organ die Generalversammlung für die Genehmigung des Insichgeschäfts zuständig ist[13].

4. Verantwortlichkeit

a) Konkursverschleppung

In einem verantwortungsrechtlichen Entscheid beurteilte das Bundesgericht das Verhalten des Verwaltungsrates bei der Vornahme von Sanierungsbemühungen[14]. Das Bundesgericht bestätigt seine noch unter dem alten Aktienrecht begründete Praxis, wonach bei Überschuldung der Aktiengesellschaft konkrete Aussichten auf Sanierung rechtfertigen können, von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abzusehen, sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden. Der Verwaltungsrat handelt deshalb nicht schuldhaft, wenn er unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf (BGE 116 II 533 E.5a). Mithin müssen die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben sein, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn der Richter benachrichtig würde. Es muss demnach die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet

[13] a.a.O., E. 2b/aa.
[14] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

und deren Ertragskraft wieder hergestellt werden können. Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt nach Ansicht des Bundesgerichts keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vor. Die Sanierung bleibt zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im nachhinein als unfruchtbar erweisen. Unzulässig sind hingegen nach Ansicht des Bundesgerichts Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, wenn eine Sanierung nicht ernsthaft in Aussicht steht. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen[15].

Im Zusammenhang mit der Liquiditätsbeschaffung als Sanierungsmassnahme führt das Bundesgericht aus, dass diese nur dann unproblematisch ist, wenn den Gläubigern das Haftungssubstrat erhalten bleibt. Nimmt die Gesellschaft weitere Kredit auf oder veräussert sie Vermögenswerte zur Erhöhung der Liquidität, wird die Sanierung nur gefördert, wenn zu erwarten ist, dass mit den verfügbar gemachten Mitteln Gewinne erzielt werden können. In diesem Umfang sind die Forderungen der Gläubiger nicht gefährdet, da sie von dem in guten Treuen zu erwartenden Gewinn gedeckt sind. Erwirtschaftet aber ein Unternehmen Verluste, taugt die Erhöhung der Liquidität allein nicht zur Sanierung. Vielmehr wird dadurch den Gesellschaftsgläubigern Haftungssubstrat entzogen, indem die verfügbar gemachten Mittel in die Verlustgeschäfte der Gesellschaft fliessen und die Verluste die neugewonnene Liquidität aufzehren. Die Erhöhung der Liquidität ist als Sanierungsmassnahme nur zulässig, wenn sie für die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit notwendig ist und zudem nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang mit Gewinnen gerechnet werden darf, oder wenn durch flankierende Massnahmen derartige Gewinnaussichten geschaffen werden. Anders ist zu urteilen, wenn der Verwaltungsrat Massnahmen zur Verringerung der Überschuldung bzw. zur Erhöhung des Haftungssubstrates ergriffen hat. Diesfalls muss die Gesellschaft nicht unmittelbar nach dem Sanierungsprozess Gewinne abwerfen[16].

Eine Gefährdung von Gläubigerforderungen ist nach Ansicht des Bundesgerichts nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Banken die Sanierungsbemühungen mittragen. Ob mit einem neuen Kredit eine Gefährdung

[15] a.a.O., E. 4b.
[16] a.a.O., E. 5a.

der Forderungen der Gläubiger einhergeht, beurteilt sich nach den Gewinn- oder Verlustaussichten bei Fortführung der Geschäftstätigkeit. Zu prüfen ist, ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird[17].

Im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Konkursverschleppung hält das Bundesgericht schliesslich fest, dass die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters grundsätzlich allein dem Verwaltungsrat obliegt, der diese Aufgabe nicht delegieren kann. Selbst faktische Organe können daher nicht für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, es sei denn, sie hätten den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten, oder ihn über das Bestehen der Überschuldung zu informieren unterlassen. Zu beachten ist, dass sich die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle in bezug auf die Benachrichtigung des Richters nach Massgabe von Art. 729b Abs. 2 OR beurteilt[18].

b) Gläubigerbevorzugung

In einem weiteren Entscheid bezüglich einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage der Gleichbehandlung von Gläubigern kurz vor der Konkurseröffnung[19]. Das Bundesgericht beurteilt die Frage, ob die Restamortisation eines Darlehens dem Verwaltungsrat als Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR anzulasten sei. Während nach Auffassung des Gerichts bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft fällige Schulden ohne weiteres bezahlt werden dürfen, verhält es sich dann anders, wenn sich eine Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation befindet, in welcher zu Liquidationswerten bilanziert werden muss und daraus eine Überschuldung der Gesellschaft resultiert. Diesfalls haben die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung. Jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers stellt eine Pflichtverletzung dar[20].

Im zu beurteilenden Fall fiel im Zeitpunkt der Restamortisation des Darlehens eine dauerhafte Fortsetzung der gesellschaftlichen Tätigkeit nicht mehr ernsthaft in Betracht, weil ernsthafte Sanierungsbestrebungen in keiner Weise

17 a.a.O., E. 5b/aa.
18 a.a.O., E. 6b/bb.
19 Nicht amtlich publizierter Entscheid 5C.29/2000 vom 19. September 2000.
20 a.a.O., E. 4b/aa.

in Angriff genommen waren, die Einräumung zusätzlicher Kredite nicht zu erwarten und vielmehr mit der konkreten Gefahr von Kreditkündigungen zu rechnen war. Damit hätten die Beklagten zu Liquidationswerten bilanzieren müssen, wenn sie ihren Pflichten als Verwaltungsratsmitglieder hätten nachkommen wollen. Mit der Notwendigkeit, massive Wertberichtigungen nach unten vorzunehmen, war die begründete Besorgnis einer Überschuldung manifest und die Überschuldungsanzeige an den Richter stand unabweislich im Raum. Unter diesen Umständen liessen sich aber die Beklagten mit der umstrittenen Restamortisation des Darlehens eine Verletzung des Gebots, die Gläubiger gleich zu behandeln, zu Schulden kommen[21]. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist ohne weiteres auch davon auszugehen, dass die Darlehensrückzahlung zu einer Schädigung der Gläubiger führte. Der Einwand der Beklagten, dass den anderen Gläubigern kein Schaden entstanden sei, überzeugt nicht. Die Schädigung der Gläubiger besteht nämlich darin, dass durch die vollumfängliche Tilgung einer einzelnen Schuld und der damit einhergehenden Verminderung des Verwertungssubstrates die Werthaltigkeit ihrer Forderungen beeinträchtigt wurde[22].

c) Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG

In einem Entscheid[23] betreffend die Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes nach Art. 52 AHVG für Beitragsforderungen der Ausgleichskasse hält das Bundesgericht fest, dass bei einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen sich die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht praxisgemäss nach einem strengen Massstab beurteilen. Im vorliegenden Fall ging es um eine Gesellschaft mit neun Arbeitnehmern und zwei Verwaltungsratsmitgliedern. Nach Ansicht des Bundesgerichts hat jedes Verwaltungsratsmitglied sich periodisch über den Geschäftsgang und über wichtige Geschäfte auch ausserhalb des ihm allenfalls zugewiesenen Ressorts informieren zu lassen, Rapporte zu verlangen, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen und bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der an einen Mitverwaltungsrat delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist jedes andere Verwaltungsratsmitglied verpflichtet, auch ausserhalb seines Zuständigkeitsbereichs die erforderlichen Abklärungen zu treffen sowie eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung der gesetzli-

21 a.a.O., E. 4b/cc.
22 a.a.O., E. 4c.
23 Nicht amtlich publizierter Entscheid H 337/00 vom 7. Juni 2001.

chen Vorschriften auszuüben. Diese zu Art. 720 Abs. 2 Ziff. 3 aOR entwickelte Praxis hat auch im Rahmen des auf den 1. Juli 1992 in Kraft getretenen Art. 716a OR Anwendung zu finden. Gemäss Abs. 1 Ziff. 5 dieser Bestimmung obliegt dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Im Rahmen dieser Oberaufsicht hat das Verwaltungsratsmitglied nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang informieren zu lassen und geeignete Massnahmen zu treffen, wenn Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bestehen. Der Aufsichtspflicht nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR haben auch nicht geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungsrates nachzukommen. Nicht entscheidend ist daher, dass nach den Angaben der Beschwerdeführerin die eigentliche Geschäftsführung beim Präsidenten des Verwaltungsrates lag, welcher allein zeichnungsberechtigt war, und die operative Geschäftsführung mit wesentlicher Unterstützung eines Treuhandbüros erfolgte[24].

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein im Handelsregister als Einzelzeichnungsberechtigter eingetragener Direktor einer Gesellschaft ohne weiteres Organstellung hat[25].

d) Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft

Bezüglich der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates einer Konzern-Tochtergesellschaft äussert sich das Bundesgericht zu den wahrzunehmenden Pflichten eines Tochterverwaltungsrates im Zusammenhang mit fingierten Verwaltungsratshonoraren[26]. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist der ungerechtfertigte Entzug bzw. Vorenthalt von der Gesellschaft zustehendem Kapital durch den Verwaltungsrat auch ohne Überschuldungssituation sorgfalts- bzw. treuwidrig und eine Haftung des Verwaltungsrates aus Art. 754 OR unabhängig davon begründet, ob das Honorar, wenn es tatsächlich vereinbart worden wäre, den Leistungen angemessen gewesen wäre. Angesichts der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft vermag daran nichts

[24] a.a.O., E. 3a.
[25] Nicht amtlich publizierter Entscheid H 420/99 vom 22. März 2001, E. 2a.
[26] Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000.

zu ändern, dass der Beklagte gleichzeitig der Allein- bzw. Mehrheitsaktionär der Muttergesellschaft war. Das Argument des Beklagten, dass die Oberleitung der fraglichen Gesellschaft durch die Muttergesellschaft wahrgenommen worden sei, erwidert das Bundesgericht damit, dass der Verwaltungsrat einer Konzern-Tochtergesellschaft auch in diesem Fall unvermindert darüber zu wachen habe, dass Gesetz und Statuten sowie die Bestimmungen über den Kapitalschutz beachtet werden. Damit verbietet sich insbesondere ein ungerechtfertigter, durch Falschbuchungen vertuschter Kapitalentzug der Gesellschaft[27].

e) Abgrenzung von unmittelbarer und mittelbarer Gläubigerschädigung

Das Bundesgericht hat seine in BGE 122 III 176 begründete Praxis zur Klagelegitimation von Gesellschaftsgläubigern im Konkurs der Gesellschaft erneut bestätigt[28]. Gegenstand war die Klage eines Gesellschaftsgläubigers gegen den Kanton Luzern. Der Gläubiger, der erst nach der Überschuldungsanzeige und während des Verfahrens nach Art. 725a OR seine Gläubigerstellung erlangt hat, machte geltend, dass der Kanton Luzern wegen angeblich verspäteter Konkurseröffnung hafte. Bezüglich der Aktivlegitimation hielt das Bundesgericht fest, dass der einzelne Gläubiger den ihm unmittelbar entstandenen Schaden, auf den er sich aus eigenem Recht unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane berufen kann, ins Recht legen könne. Soweit der Gläubiger indessen einen Schaden erleidet, der sich bloss aus dem Schaden der Gesellschaft ableitet, liegt ein mittelbarer Schaden vor, den er nicht selbständig einklagen kann[29].

Bezüglich der Abgrenzung von unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden hielt das Bundesgericht an seiner neuen Rechtsprechung fest, dass das massgebliche Kriterium nicht sei, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben. Vielmehr kommt es auf die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht an, mithin auf die Art der Pflichtverletzung, die dem ins Recht gefassten Organ vorgeworfen wird, sowie auf die Interessen, deren Schutz die missachtete Vorschrift dient. Ein unmittelbarer Gläubigerschaden liegt nur dann

[27] a.a.O., E. 3b.
[28] BGE 127 III 374.
[29] a.a.O., E. 3a.

vor, wenn das Verhalten des fehlbaren Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht aus einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet. Werden Bestimmungen verletzt, die sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt ein mittelbarer Schaden vor, der ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft oder die Aktionäre und nach der Konkurseröffnung durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger oder Aktionäre geltend zu machen ist[30].

Nach Ansicht des Bundesgerichtes bezweckt Art. 725a OR, dessen Verletzung im vorliegenden Fall die Klägerin dem Konkursrichter vorwirft, im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft die Rahmenbedingungen zu schaffen, um realistische Chancen auf eine Sanierung der Gesellschaft auszuloten und gegebenenfalls wahrzunehmen. Es handelt sich somit um eine Bestimmung mit doppelter Schutzfunktion. Dies macht bereits das Antragsrecht sowohl des Verwaltungsrates als auch der Gläubiger deutlich (Art. 725a Abs. 1 OR). Der von der Klägerin eingeklagte Schaden ist somit als mittelbarer Schaden zu qualifizierten, weshalb der Klägerin die Aktivlegitimation vom Bundesgericht versagt wird[31].

Weil das Bundesgericht der Klägerin nur schon die Aktivlegitimation versagte, ging es nicht im Detail auf den Umfang der Haftung des Staates für durch den Konkursrichter nach Eingang der Überschuldungsanzeige verursachte Schäden ein. Es wies jedoch darauf hin, dass die Vorschriften (z.B. Art. 725a OR) über das Vorgehen und die Obliegenheiten der Organe und des Richters bei Kapitalverlust und Überschuldung einer Gesellschaft aufeinander abgestimmt seien und ein Ganzes bildeten, weshalb der Konkursrichter gegenüber der Gesellschaft und den Gläubigern in «ähnlichem Umfang Verantwortung» übernehme wie die Gesellschaftsorgane[32].

f) Haftung bei unmittelbarer Gläubigerschädigung

In einem Entscheid betreffend unmittelbare Gläubigerschädigung[33] beurteilt das Bundesgericht die Verantwortlichkeit zweier Verwaltungsratsmitglie-

30 a.a.O., E. 3b.
31 a.a.O., E. 3c.
32 a.a.O., E. 3d.
33 Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.344/1998 vom 24. November 2000.

der, die einer Bank im Vorfeld einer Darlehensgewährung einen Jahresabschluss aushändigten, der nicht den gesetzlichen Anforderungen an die ordnungsgemässe Buchführung entsprach, weil er inhaltlich unvollständig (Nichtaufführen von Kreditoren) und unrichtig (Ausweis von zu vielen Debitoren) war. Die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Beklagten wurde in der Erstellung (Beklagter 1) und Verwendung (Beklagter 2) des die Bilanzierungsvorschriften verletzenden und zudem unwahren Jahresabschlusses gesehen. Das Bundesgericht schloss sich der Argumentation des Handelsgerichts des Kantons Zürich an, wonach der Beklagte 1, der als eidg. dipl. Bücherexperte innerhalb der Gesellschaft für die Buchführung und für die Erstellung der Monats- und Jahresabschlüsse verantwortlich war, wissentlich einen falschen Jahresabschluss erstellt und somit widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR gehandelt hat. Da die Jahresrechnung einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ermöglichen soll, habe er auch damit rechnen müssen, dass dieses Dokument an Dritte, insbesondere an potentielle Kreditgeber gelangen würde und diese sich dadurch irreführen lassen könnten. Gleichsam sei für ihn aufgrund des falschen Jahresabschlusses eine Täuschung Dritter voraussehbar gewesen, so dass ihm ein schuldhaftes Verhalten im Sinne von Art. 41 OR vorzuwerfen sei[34].

Bezüglich des Beklagten 2 bejahte das Bundesgericht mit dem Handelsgericht eine schuldhaft widerrechtliche Handlung, indem dieser von der Unrichtigkeit des Jahresabschlusses wusste und der Klägerin anlässlich der Übergabe desselben sowie in den nachfolgenden Verhandlungen über den Kontokorrentkredit keine entsprechenden Vorbehalte machte. Das Verschulden des Beklagten 2 würdigte es als mindestens grobfahrlässig, wenn nicht als vorsätzlich[35].

Schliesslich führt das Bundesgericht aus, dass im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit an die Adäquanz keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Es genügt zudem, wenn die Pflichtwidrigkeit des ins Recht gefassten eine Teilursache darstellt. Nach Ansicht des Bundesgerichtes kann deshalb nicht abgestritten werden, dass eine fehlende Bilanzierung eines Darlehens in einer gemessen an der Kapitalstärke der betreffenden Gesellschaft bedeutenden Höhe, jedenfalls aber die Auflistung nicht existierender Debitorenbestände geeignet sind, beim Kreditgeber einen Irrtum über die

34 a.a.O., E. 3e/aa.
35 a.a.O., E. 3e/bb.

finanzielle Situation dieser Gesellschaft und damit seinen Kreditentschluss hervorzurufen oder zumindest zu begünstigen[36].

5. *Auflösung der Gesellschaft: Mantelgesellschaft*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid nimmt das Bundesgericht zur Frage Stellung, wann ein Aktienmantel vorliegt[37]. Im zu beurteilenden Fall machte der Beklagte geltend, bei der Klägerin habe es sich im Zeitpunkt der Klageeinreichung um eine faktisch liquidierte Aktiengesellschaft und daher um einen leeren Aktienmantel gehandelt, weshalb ihr die Rechtsfähigkeit und damit die Prozessfähigkeit abzusprechen sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Mantelgesellschaft vor, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben wurde. Eine solche Aktiengesellschaft muss im Handelsregister gelöscht werden (BGE 123 III 473 E. 5c). Zu beachten ist allerdings, dass von einem Aktienmantel nur bei einer definitiv aufgegebenen Gesellschaft die Rede sein kann; eine bloss vorübergehende Untätigkeit genügt dagegen nicht (BGE 94 I 562 E. 1, 80 I 60 E. 2)[38].

Entscheidend für die Annahme eines Aktienmantels ist nach Ansicht des Bundesgerichts die definitive Aufgabe der Geschäftstätigkeit. Der Beklagte hatte geltend gemacht, die Klägerin hätte im Jahr 1997 ihre Tätigkeit aufgegeben. Doch waren nach den Feststellungen der Vorinstanz am 15. Juni 1997 die im Fall strittigen Forderungen an die Klägerin abgetreten worden, worauf diese am 13. August 1997 dem Beklagten die Zession notifizierte und in der Folge zur Eintreibung der geltend gemachten Forderungen den Rechtsweg beschritt. Diese Aktivitäten der Klägerin stellen eine Geschäftstätigkeit dar, weshalb ihre Untätigkeit im Jahre 1997 allenfalls als vorübergehende zu qualifizieren wäre. Dies genügt für die Annahme einer definitiven Aufgabe der Aktiengesellschaft durch die Aktionäre nach der Rechtsprechung nicht. Für diesen Fall gehen auch die vom Beklagten angeführten Autoren nicht von einer inexistenten Gesellschaft aus. Unter diesen Umständen brauchte nicht geprüft zu werden, ob die Klägerin ihre Rechtsfähigkeit ohnehin erst mit der Löschung im Handelsregister verlieren würde[39].

---

36 a.a.O., E. 4c.
37 Nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.19/2001 vom 25. Mai 2001.
38 a.a.O., E. 2a.
39 a.a.O., E. 2b.