

WML	Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (gültig ab 1. Januar 2008, Stand am 1. Januar 2013)
WTO	World Trade Organization (< http://www.wto.org >)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Teil 1 Gesellschaftsrecht

I. Aktienrecht*

A. Gesetzgebung

1. GAFI-Novelle

Am 1. Juli 2015 ist das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *Groupe d'action financière* (GAFI)¹ in Kraft getreten. Die GAFI-Novelle hat weitreichende Auswirkungen auf das regulatorische Umfeld bei der AG und GmbH. Da die einzelnen Regelungen oft unklar und widersprüchlich sind, kann an dieser Stelle nur ein summarischer Überblick über die Änderungen gegeben werden:²

Einerseits erfährt die Inhaberaktie eine grundlegende Änderung. Die blosser Übergabe des Aktientitels genügt für die Übertragung der Rechte an Inhaberaktien nicht mehr. Vielmehr muss der Erwerb von Inhaberaktien der Gesellschaft gemeldet werden (Art. 697i OR). Diese muss zudem ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre führen (Art. 697l OR). Andererseits besteht neu auch eine Pflicht zur Meldung der an Gesellschaftsanteilen wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697j OR). Diese Meldepflicht betrifft sämtliche Gesellschafter einer AG oder GmbH, die mindestens 25% der Stimmrechte oder des Kapitals einer Gesellschaft halten. Auch bezüglich dieser Meldungen muss die Gesellschaft ein Verzeichnis führen (Art. 697l OR). Schliesslich kann eine Verletzung der Meldepflichten drastische Konsequenzen haben. Zum einen ruhen die Stimmrechte an den meldepflichtigen Anteilen, zum anderen kann der

* Bearbeitet von Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M. Die Ausführungen unter «Rechtsprechung» lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen. Der Autor dankt Matthias Gisler, M.A. HSG in Law, für die Mitarbeit.

¹ BBl 2014 9689–9706.

² Für eine detaillierte Darstellung vgl. PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie, Diss. St. Gallen, Zürich 2015, oder LUKAS GLANZMANN, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016 (im Druck).

Anteilsinhaber die mit solchen Anteilen verbundenen Vermögensrechte verwirken (Art. 697m OR).

2. Firmenrecht

Das Parlament hat am 25. September 2015 verschiedene Änderungen zum Firmenrecht beschlossen. Die Referendumsfrist ist am 14. Januar 2016 unbenutzt abgelaufen. Da die Änderungen nicht primär die Aktiengesellschaft betreffen, wird auf die Ausführungen in Kapitel 1.II.1 verwiesen.

B. Rechtsprechung

1. Einberufung der Generalversammlung

a) Einberufung als Aktionärsrecht

In einem in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheid³ geht es um die Voraussetzungen der Einberufung einer Generalversammlung durch einen Aktionär.

Nach Art. 699 Abs. 3 OR kann die Einberufung einer Generalversammlung von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Daneben können Aktionäre, die Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. Kommt der Verwaltungsrat diesen Begehren nicht binnen angemessener Frist nach, so hat nach Art. 699 Abs. 4 OR der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen.

Im vorliegenden Verfahren machte die beklagte Gesellschaft geltend, der Kläger sei nicht ermächtigt, ein Traktandierungsbegehren zu stellen, da er nicht Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertrete (wohl aber 10% des Aktienkapitals). Dazu hielt das Bundesgericht vorab fest, dass ein Traktandierungsbegehren selbstverständlich auch all jene Aktionäre stellen könnten, die zur Einberufung einer Generalversammlung be-

rechtigt sind, auch wenn der von ihnen vertretene Nennwert weniger als CHF 1 Mio. beträgt.⁴

Weiter brachte die Gesellschaft vor, dass die Traktandierung gewisser Verhandlungsgegenstände nicht gutgeheissen werden solle, da sie zu nichtigen Generalversammlungsbeschlüssen führen würde. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest, dass der Richter bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs nur formelle Fragen prüfen müsse. Konkret bedeutet dies, dass zu prüfen ist, ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre sind, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen worden war. Das Traktandierungsbegehren sei hingegen keiner materiellen Prüfung zu unterziehen, da der Einberufungs- und Traktandierungsentcheid inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter binde, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufenen Versammlung gefasst worden sind. Der Einberufungsrichter müsse einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nur dann nicht stattgeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstellt.⁵

Schliesslich rügte die Gesellschaft, dass die Generalversammlung erst auf einen Termin hätte einberufen werden dürfen, an dem der Revisionsbericht vorlag. Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass für die Vorbereitung einer ordentlichen Generalversammlung ein Zeitraum von vier bis sechs bzw. fünf bis acht Wochen als angemessen erscheine. Aus Art. 699 Abs. 2 bzw. Art. 696 Abs. 1 OR ergebe sich sodann, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Geschäfts- und Revisionsbericht spätestens bis 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung fertiggestellt werden könne und diese innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs durchzuführen sei. Auch nach Art. 958 Abs. 3 OR ist der Geschäftsbericht innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahrs zu erstellen und dem zuständigen Organ, also der Generalversammlung, zur Genehmigung vorzulegen. Im vorliegenden Fall wurde die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung für das Jahr 2013 am 25. November 2014 verlangt und die Klage am 5. März 2015 eingereicht. Abgesehen davon, dass in diesen Zeitpunkten der Revisionsbericht für das Jahr 2013 längst hätte vorliegen müssen, waren zwischen der Einreichung des Begehrens um Einberufung und der Klageerhebung

³ BGE 142 III 16.

⁴ BGE 142 III 16, E. 2.3.

⁵ BGE 142 III 16, E. 3.1.

mehr als acht Wochen verstrichen. Dies allein reichte nach Auffassung des Bundesgerichts aus, um von einer angemessenen Frist auszugehen, binnen deren der Verwaltungsrat der Gesellschaft einem Einberufungsbegehren hätte entsprechen müssen.⁶

b) *Keine einheitliche Praxis bei fehlendem Verwaltungsrat*

Zwei nicht in der Amtlichen Sammlung publizierte Entscheidungen liegen Einberufungsgesuche für eine Generalversammlung bei einer Gesellschaft mit Organisationsmängeln zugrunde.⁷ Im einen Entscheid⁸ ging es um eine Gesellschaft, die aufgrund eines Patts im Aktionariat weder über einen Verwaltungsrat noch über eine Revisionsstelle verfügte. Der eine Aktionär beantragte darauf beim Gericht gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR die Einberufung einer Generalversammlung, um den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle zu wählen. Wie bereits dargestellt, ist in diesem Verfahren ein vorgängiges Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat eine formelle Voraussetzung, damit der Richter die Einberufung einer Generalversammlung anordnen kann.⁹ Wenn wie im vorliegenden Fall die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat hat, an den ein Begehren um Einberufung der Generalversammlung gestellt werden kann, gelangt Art. 699 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung. In diesem Fall muss der Gesuchsteller vielmehr ein Organisationsmängelverfahren nach Art. 731 b OR durchlaufen.¹⁰ Aus diesem Grund wurde dem Einberufungsgesuch nicht stattgegeben.

Gerade gegenteilig fiel ein Urteil in französischer Sprache aus.¹¹ Auch in diesem Fall verfügte die Gesellschaft über keinen Verwaltungsrat. Demnach hätten gemäss Art. 731b OR angemessene Massnahmen ergriffen werden müssen, nicht nur in materieller Hinsicht, sondern auch schon vorher, um die Vertretung der Gesellschaft im Verfahren zu ermöglichen. Allerdings war der Fall nach Ansicht des Bundesgerichts nicht unter diesem Gesichtspunkt eingehender zu prüfen. Der Aktionär, welcher entschieden hatte, gemäss Art. 699 Abs. 4 OR vorzugehen, hatte die Vertretung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat im vor-

⁶ BGer 4A_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.2. ff., nicht publ. in: BGE 142 III 16.

⁷ Zu den Organisationsmängeln vgl. auch hinten I.B.3.

⁸ BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015.

⁹ BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.2.

¹⁰ BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.3.

¹¹ BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015.

liegenden Verfahren nicht angezweifelt. In materieller Hinsicht hatte er sich sogar selbst an den Verwaltungsrat gewendet, um eine Generalversammlung einzuberufen und damit eine Voraussetzung der Anwendung von Art. 699 Abs. 4 OR zu erfüllen. Unter diesen Umständen wäre es nach Ansicht des Bundesgerichts überspitzt formalistisch, den Aktionär zu einem Vorgehen nach Art. 731b OR zu zwingen, um die Einberufung einer Generalversammlung zu erwirken.¹²

2. *Vertretung von Inhaberaktien an der Generalversammlung*

Im soeben dargestellten Entscheid¹³ stellte sich auch die Frage der Voraussetzungen der Vertretung von Inhaberaktien an der Generalversammlung. Nach Art. 689a Abs. 2 Satz 1 OR, welcher die formelle Berechtigung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft regelt, darf die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien ausüben, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt. Gemäss Art. 698a Abs. 2 Satz 2 OR kann der Verwaltungsrat eine andere Art des Besitzausweises anordnen. Dieser Ausweis – z.B. ein Depotauszug – wird in der Regel vom unmittelbaren Besitzer der Aktien ausgestellt (z.B. der Bank) und bescheinigt den mittelbaren Besitz des Aktionärs. Somit weicht die formelle Berechtigung manchmal von der materiellen Berechtigung ab. Geht es um die Ausübung von Aktionärsrechten, hat Letztere Vorrang. Ein Aktionär kann insbesondere darlegen, dass er Inhaber der Aktionärsrechte ist, obwohl er die Voraussetzungen von Art. 689a OR nicht erfüllt.¹⁴

3. *Organisationsmängel*

a) *Interessenskonflikt als Organisationsmangel*

Auch in dieser Berichtsperiode musste das Bundesgericht wieder eine ganze Reihe von Organisationsmängelverfahren beurteilen.¹⁵ In einem ersten Urteil¹⁶ geht es um die Frage, ob ein Interessenskonflikt zu einem

¹² BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015, E. 5.1.

¹³ BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015.

¹⁴ BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015, E. 5.3.

¹⁵ Vgl. dazu auch die beiden Entscheide vorne I.B.1.b).

¹⁶ BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015.

Organisationsmangel führen kann. Im konkreten Fall hatte ein Verwaltungsratsmitglied Strafanzeige gegen den Verwaltungsratspräsidenten wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Mietvertrags eingereicht. Dem Verwaltungsrat gehörten nebst diesen beiden Personen noch zwei weitere Mitglieder an, die gleichzeitig die einzigen Gesellschafter der Mieterin waren, mit welcher der streitgegenständliche Mietvertrag abgeschlossen wurde.¹⁷

Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenskonflikt nicht nur dann vor, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- und die Beklagtenseite vertritt. Vielmehr kann dieser Fall auch eintreten, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen. Im vorliegenden Fall ist es offensichtlich, dass der Verwaltungsratspräsident als Beschuldiger die Interessen der potenziell geschädigten Gesellschaft nicht mehr unabhängig wahrnehmen kann. Aber auch die beiden weiteren Verwaltungsratsmitglieder, die als Mieter gerade an jenem Geschäft beteiligt sind, dessen Abschluss zur Einreichung der Strafanzeige veranlasst hat, vermögen die Gesellschaft nicht mit der nötigen Unabhängigkeit zu vertreten. Sie haben ein Interesse an der Rechtsgültigkeit des fraglichen Mietvertrags bzw. sind daran interessiert, dass das Strafverfahren gegen den Verwaltungsratspräsidenten eingestellt bzw. dass dieser freigesprochen wird. Damit verfügt die Gesellschaft über keine Organe, welche sie im fraglichen Strafverfahren unabhängig vertreten könnten.¹⁸ Es ist daher gerechtfertigt, im vorliegenden Fall das Vorliegen eines Organisationsmangels zu bejahen, der nur mit der vorübergehenden Einsetzung eines Sachwalters zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen im fraglichen Strafverfahren behoben werden kann.

b) *Kein Widerruf des Auflösungsentscheids*

In einem weiteren Entscheid¹⁹ war strittig, ob ein rechtskräftiger Auflösungsentscheid, den ein Gericht aufgrund eines Organisationsmangels ausgesprochen hat, widerrufen werden kann. Im konkreten Fall fehlte

¹⁷ BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, Sachverhalt A.

¹⁸ BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

¹⁹ BGE 141 III 43.

der Gesellschaft die Revisionsstelle, weshalb der Richter im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens nach Art. 731b Abs. 1 OR deren Auflösung und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnete. Über ein Jahr nachdem der erstinstanzliche Entscheid ergangen war, stellte die Gesellschaft den Antrag, die Auflösung sei zu widerrufen, da sie wieder eine Revisionsstelle habe.

Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass Art. 731b OR sich nicht zur Frage äussert, ob ein Auflösungsentscheid bei nachträglicher Behebung des Organisationsmangels widerrufen werden kann.²⁰ Es kam weiter zum Schluss, dass keine Gesetzeslücke vorliege, da davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber eine nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stillschweigend ausgeschlossen habe. Insbesondere bestehe damit kein Raum für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG.²¹ Schliesslich sei die Auflösung einer Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ohnehin *ultima ratio*, d.h. erst dann auszusprechen, wenn alle mildereren Mittel versagt bzw. sich als nicht mehr zielführend herausgestellt haben. Der Auflösungsentscheid müsse deshalb mit Eintritt der formellen Rechtskraft definitiv sein, auch wenn der Organisationsmangel später beseitigt wird.²²

c) *Einsetzen einer Prozesspartei als Verwaltungsrat*

Einem weiteren Urteil²³ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Gesellschaft wurde von zerstrittenen Eheleuten gehalten, die sich weder über die Besetzung des Verwaltungsrats noch der Revisionsstelle einigen konnten. Auf Gesuch des einen Ehepartners wurde dieser als einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft mit Einzelunterschrift ernannt. Der noch für die Gesellschaft handelnde andere Ehepartner wehrte sich gegen diesen Entscheid. Die Frage, ob ausgerechnet einer der beiden zerstrittenen Aktionäre als Verwaltungsratsmitglied eingesetzt werden durfte, konnte das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel beurteilen, ob die Vorinstanz damit grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen war, Tatsachen berücksichtigt hatte, die für den Entscheid keine Rolle hätten spielen dürfen oder

²⁰ BGE 141 III 43, E. 2.5.3.

²¹ BGE 141 III 43, E. 2.5.5.

²² BGE 141 III 43, E. 2.6.

²³ BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015.

ob sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hatte, die hätten beachtet werden müssen.²⁴

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Einsetzung des einen Ehepartners als Verwaltungsrat mit den zu Art. 731b OR entwickelten Grundsätzen nicht unvereinbar sei. Dies gelte insbesondere, da die Vorinstanz den Ermessensentscheid der ersten Instanz in Kenntnis und Berücksichtigung all jener Einwände bestätigt hatte, welche die Beschwerdeführerin nun auch vor Bundesgericht vorgetragen hat. Aus dem angefochtenen Entscheid geht sodann hervor, dass die Einsetzung des einen Aktionärs durchaus auf einer Abwägung von Argumenten beruhte, die für und gegen diesen sprechen, wobei die Vorinstanz – in Übereinstimmung mit der ersten Instanz – zur Auffassung gelangt war, dass die auf sieben Monate beschränkte Einsetzung aus unternehmerischer Sicht die beste Lösung für alle Stakeholder der Gesellschaft sei. Ob die Vorinstanz bei ihren Abwägungen zu einer angemessenen Schlussfolgerung kam, liegt nicht in der Prüfzuständigkeit des Bundesgerichts.²⁵

4. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

a) *Business Judgment Rule*

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode erneut Gelegenheit, sich zur Business Judgment Rule zu äussern.²⁶ Diese besagt, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, sofern die Entscheide in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er vertretbar erscheint. Im anderen Fall ist hingegen bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung keine besondere Zurückhaltung zu üben. Vielmehr reicht es dann für das Feststellen einer Sorgfaltspflichtverletzung aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung fehlerbehaftet erscheint.²⁷

²⁴ BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.5.3.

²⁵ BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.5.3.

²⁶ BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015.

²⁷ BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

Im konkreten Fall wurde ein Geschäftsentscheid gefällt, obwohl ein Interessenkonflikt vorlag. Dies führt jedoch noch nicht ohne Weiteres zur Annahme einer Pflichtverletzung der Organe. Vielmehr ist im Einzelnen zu beurteilen, ob der konkret gefällte Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung fehlerbehaftet erscheint. Im konkreten Fall, bei dem es um den Verkauf einer Abfüllanlage ging, hatte die Vorinstanz den Entscheid nicht im Hinblick auf die Vertretbarkeit bzw. die offensichtliche Unvernünftigkeit, sondern inhaltlich und umfassend geprüft. Sie war dabei zum Schluss gekommen, dass der Verkauf im konkreten Fall nicht fehlerhaft gewesen sei.²⁸ Das Bundesgericht hat diesen Entscheid geschützt.

b) *Leistungen zugunsten anderer Konzerngesellschaften*

In einem weiteren verantwortlichkeitsrechtlichen Entscheid²⁹ geht es um die Frage, inwieweit eine Konzerngesellschaft Zahlungen für Leistungen erbringen darf, die anderen Konzerngesellschaften zugutegekommen sind. Konkret waren Aufwendungen ausschliesslich zulasten der einen Konzerngesellschaft verbucht worden, obwohl die Leistungen auch zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft erfolgten.³⁰

Nach Auffassung des Bundesgerichts verletzen die verantwortlichen Personen ihre Pflichten, wenn sie Aufwendungen nicht entsprechend dem konkreten Interesse daran auf die Gesellschaften aufteilen. Die Pflicht zur korrekten Buchführung umfasst stets auch das Gebot der Vollständigkeit und Klarheit, sodass die Vermögenslage der Gesellschaft möglichst zuverlässig beurteilt werden kann.³¹

Weiter ist es nicht willkürlich, eine Schädigung der betreffenden Konzerngesellschaft anzunehmen, soweit sie Zahlungen ausgeführt hat, zu denen eine andere Konzerngesellschaft gegenüber Dritten verpflichtet war. Im konkreten Fall betraf dies neben direkten Projektkosten auch die Löhne von drei Angestellten, die einen Vertrag mit einer anderen Konzerngesellschaft hatten. Unter diesen Umständen war es vertretbar, für die nachgewiesenen Fehlbuchungen den Umstand grundsätzlich unberücksichtigt zu lassen, dass die Aufwendungen auch im Interesse der zah-

²⁸ BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2.

²⁹ BGer 4A_675/2014 vom 9. März 2015.

³⁰ BGer 4A_675/2014 vom 9. März 2015, E. 2.2.

³¹ BGer 4A_675/2014 vom 9. März 2015, E. 2.2.

lenden Konzerngesellschaft erfolgt sein könnten. Es hätte den Organen oblegen, rechtzeitig eine Ausscheidung vorzunehmen.³²

Schliesslich wurde auch die Management Fee im Betrag von pauschal 1,3% des jährlich erzielten Umsatzes als ungerechtfertigt qualifiziert. Nach Ansicht des Bundesgerichts war nicht nachvollziehbar, wie die Management-Gesellschaft mit ihren geringen Mitteln Dienstleistungen in Höhe der bezahlten Management Fees zwischen rund CHF 180'000 und rund CHF 220'000 pro Jahr hätte erbringen können, zumal sie noch andere Beteiligungen hielt.³³

c) *Zahlungen kurz vor der Insolvenz*

In einem publizierten Entscheid³⁴ beurteilte das Bundesgericht die Rechtmässigkeit verschiedener Zahlungen der SAirGroup AG, welche diese kurz vor Gewährung der Nachlassstundung zwischen dem 10. September und dem 1. Oktober 2001 vorgenommen hatte. Die Verantwortlichkeitsklage richtete sich gegen ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung. Klägerin war die SAirGroup AG in Nachlassliquidation vertreten durch den Liquidator.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.³⁵ Das Bundesgericht anerkannte bis anhin die Aktivlegitimation der Konkursverwaltung für den Schaden, der den Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden ist, unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft (bzw. im Konkurs bei der Konkursmasse) eine Vermögensverminderung, mithin ein Schaden vorlag.³⁶

Entgegen der bisherigen Praxis rechtfertigt es sich nach Ansicht des Bundesgerichts nicht mehr, auch der Konkurs- bzw. Nachlassmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen. Eine Klage der Gesellschaft bzw. der Nachlassmasse setze voraus, dass im Vermögen der Gesellschaft

³² BGer 4A_675/2014 vom 9. März 2015, E. 3.4.

³³ BGer 4A_675/2014 vom 9. März 2015, E. 3.7.

³⁴ BGE 142 III 23.

³⁵ BGE 142 III 23, E. 4.1.

³⁶ BGE 142 III 23, E. 4.2.

bzw. deren Masse ein Schaden im Sinne der Differenztheorie eingetreten ist. Ist ausschliesslich ein Schaden im Vermögen von Konkursgläubigern eingetreten, so könne dieser nur von den nicht befriedigten Gläubigern geltend gemacht werden.³⁷ Ein solcher Fall liege insbesondere bei einer blossen Verminderung des Verwertungssubstrats infolge Bezahlung einer fälligen Schuld durch die Gesellschaft vor. In diesem Fall hätten zwar die Gläubiger eine Schädigung erlitten, doch sei die Gesellschaft nicht geschädigt, da bei ihr der Abnahme von Aktiven eine gleichzeitige Abnahme der Passiven gegenüberstehe. Eine solche, die Stellung der nicht befriedigten Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechternde Verminderung des Verwertungssubstrats in der Konkurs- bzw. der Nachlassmasse (Verminderung der flüssigen Mittel der Gesellschaft) könne Gegenstand einer gegen den Zahlungsempfänger gerichteten paulianischen Anfechtung durch die Masse, nicht indessen einer Verantwortlichkeitsklage der Konkurs- bzw. der Nachlassmasse gegen die Gesellschaftsorgane sein.³⁸ Aufgrund dieser Erwägungen seien die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe mangels Schaden nicht gegeben.

d) *Haftung für Sozialversicherungsbeiträge*

In einem nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Urteil³⁹ hat das Bundesgericht die Haftung nach Art. 52 AHVG beurteilt. Anders als üblich war der Beklagte nicht ein Mitglied des Verwaltungsrats, sondern ein im Handelsregister eingetragener Direktor mit Einzelzeichnungsberechtigung. Der Beklagte war zwar anfänglich Mitglied des Verwaltungsrats, wurde dann aber vom einzigen, im Ausland wohnhaften Verwaltungsrat zum Direktor der Gesellschaft mit Einzelunterschrift zum Zwecke der Vertretung in der Schweiz im Sinne von Art. 718 Abs. 4 OR ernannt. Gemäss dem entsprechenden Protokoll kamen ihm keinerlei Geschäftsführungsbefugnisse zu.

Direktoren von Aktiengesellschaften mit Einzelunterschriftsberechtigung sind keine formellen Organe im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG, die auch ohne geschäftsführende Funktionen im Abrechnungswesen der Firma für unbezahlt gebliebene und nicht mehr einbringliche Sozialversicherungsbeiträge haften. Voraussetzung ihrer Haftbarkeit ist vielmehr,

³⁷ BGE 142 III 23, E. 4.3.

³⁸ BGE 142 III 23, E. 4.4.

³⁹ BGer 9C_920/2014 vom 19. Mai 2015.

dass sie disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen können. An diesem Erfordernis gebricht es in der Regel, wenn ihnen nach Statuten und Organisationsreglement keine Geschäftsführungsbefugnisse zukommen.⁴⁰

Im vorliegenden Fall sprachen die Umstände gegen eine Organeigenschaft des Beschwerdeführers im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 52 Abs. 1 AHVG, da der Direktor ausdrücklich nicht zur Geschäftsführung befugt war und auch keinen Zugang zu den Bankkonten der Gesellschaft hatte. Daran änderte auch nichts, dass der Beklagte für das Abrechnungswesen zuständig war, wozu auch das Deklarieren der Löhne zuhanden der Ausgleichskasse, Unterzeichnen der Lohnanmeldungen, Entgegennehmen der Rechnungen und Mahnung sowie regelmässiger Kontakt mit der Buchhaltungs- und Revisionsstelle gehörten. Dies alles stellte für sich allein betrachtet keine organspezifische Tätigkeit dar.⁴¹

Dennoch kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die vorinstanzliche Begründung der grundsätzlichen Haftung des Beklagten nach Art. 52 Abs. 1 AHVG im Ergebnis nicht als unhaltbar bezeichnet werden könne: Der Beschwerdeführer war von Beruf Rechtsanwalt und bis zur Generalversammlung einziger Verwaltungsrat. Er musste somit um die Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht der Gesellschaft als Arbeitgeberin und im Schadensfall um die subsidiäre Haftung ihrer Organe wissen. Da die Vertretungsbefugnis des Beklagten nicht eingeschränkt war, umfasste sie grundsätzlich alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen konnte. Dazu zählte insbesondere auch die Abrechnung und Bezahlung der gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge. Gleichzeitig wurden dem Beklagten keine Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt, was bedeutete, dass er nicht berechtigt war, solche Zahlungen zu veranlassen. Aufgrund des uneingeschränkten Vertretungsrechts war nach Ansicht der Vorinstanz neben dem einzigen im Ausland wohnhaften Verwaltungsrat somit auch der Beschwerdeführer berechtigt und nötigenfalls gesetzlich verpflichtet, die in Rechnung gestellten Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen oder deren Bezahlung zu veranlassen. Gleichzeitig verfügte er nach interner Regelung nicht über die hierzu notwendige, über rein administrative Arbeiten im Abrechnungswesen hinausgehende Befugnis. Unter diesen Umständen, die ihm von Anfang an bekannt sein mussten, erschien es nach Ansicht der Vorinstanz rechtsmissbräuchlich, wenn er seine grundsätzliche Haftbar-

⁴⁰ BGer 9C_920/2014 vom 19. Mai 2015, E. 3.2.1.

⁴¹ BGer 9C_920/2014 vom 19. Mai 2015, E. 3.2.3.

keit nach Art. 52 Abs. 1 AHVG unter Berufung darauf bestreiten will, über keinerlei Geschäftsführungsbefugnisse verfügt und keine Bankvollmacht über Gesellschaftskonten gehabt zu haben. Nach Auffassung des Bundesgerichts hielt die Bejahung der haftungsbegründeten Organeigenschaft durch die Vorinstanz der Rüge der Verletzung des Willkürverbots stand.⁴²

In einem anderen sozialversicherungsrechtlichen Fall⁴³ hielt das Bundesgericht ein einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge haftbar. Der Entscheid wurde von folgender Rechtsprechung geleitet: Einerseits darf das verantwortliche Organ nur so viel massgebenden Lohn zur Auszahlung bringen, dass die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind. Andererseits muss es dafür sorgen, dass die davon *ex lege* geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für andere Zwecke verwendet werden.⁴⁴

Im konkreten Fall hatte die Ausgleichskasse der nachmaligen Konkursitin jeweils Akonto-Beiträge für eine Jahreslohnsumme von CHF 1,7 Mio., aufgeteilt auf die einzelnen Monate, in Rechnung gestellt. Die nachmalige Konkursitin hatte der Ausgleichskasse im August 2010 mitgeteilt, dass sich die Lohnsumme 2010 nach ihrer Hochrechnung nur auf CHF 1,3 Mio. belaufen werde. Sie ersuchte daher um eine neue Rechnung für den Monat August. In der Folge stellte die Ausgleichskasse entsprechend tiefere monatliche Akonto-Beiträge in Rechnung. Tatsächlich war dann jedoch die Jahreslohnsumme 2010 nicht tiefer als CHF 1,7 Mio., sondern belief sich effektiv auf die erheblich höhere Summe von CHF 2,2 Mio. Nach Ansicht des Bundesgerichts hätte das Verwaltungsratsmitglied dafür besorgt sein müssen, dass die Ausgleichskasse im Zeitpunkt, als sich hochgerechnet auf das ganze Jahr 2010 Lohnzahlungen von deutlich mehr als CHF 1,3 Mio. abzeichneten, darüber ins Bild gesetzt wurde. Dies war offensichtlich nicht nur unterblieben, sondern die nachmalige Konkursitin bewirkte noch im August 2010 durch eine entsprechende Mitteilung, dass die Akonto-Beiträge gesenkt wurden. Mit diesem Vorgehen wurde die Ausgleichskasse daran gehindert, die Akonto-Beiträge an die konkrete Lohnsumme anzupassen, was

⁴² BGer 9C_920/2014 vom 19. Mai 2015, E. 3.2.4.

⁴³ BGer 9C_38/2015 vom 15. Mai 2015.

⁴⁴ BGer 9C_38/2015 vom 15. Mai 2015, E. 3.3.

als grobe Fahrlässigkeit der Beklagten als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied zu beurteilen ist.⁴⁵

In einem französischsprachigen Urteil⁴⁶ hatte das Bundesgericht die Haftung zweier Verwaltungsratsmitglieder gegenüber einem Arbeitnehmer für den aus der Nichtbezahlung von Versicherungsprämien der Krankentaggeldversicherung entstandenen Schaden zu beurteilen.

Das Bundesgericht prüfte, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Klagerecht aus unerlaubter Handlung geltend machen konnte. Bei Vorliegen eines direkten Schadens hat der Kläger einen persönlichen Anspruch gegenüber den Verwaltungsratsmitgliedern, wenn die Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich ist. Der Geschädigte muss diesbezüglich die Verletzung einer Schutznorm nachweisen, welche nach ihrem Zweck vor (reinen) Vermögensschäden schützen soll. Im vorliegenden Fall wurden die Verwaltungsratsmitglieder wegen Missbrauchs von Lohnabzügen (Art. 159 StGB) verurteilt. Das Bundesgericht war der Auffassung, dass die Bestimmung in Art. 159 StGB zu vermeiden bezwecke, dass der Arbeitnehmer wegen Unterlassungen des Arbeitgebers einen Schaden erleidet. Es handelt sich daher um eine Schutzbestimmung, welche das Vermögen des Arbeitnehmers schützen soll, und deren Verletzung eine unerlaubte Handlung darstellt.⁴⁷

5. Verantwortlichkeit des leitenden Revisors

In einem nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheid⁴⁸ ging es um einen Verantwortlichkeitsanspruch gegenüber dem leitenden Revisor. Dieser bestätigte in den jeweiligen Revisionsberichten, er habe die Buchführung und Jahresrechnung geprüft und diese entsprächen Gesetz und Statuten, obwohl er in Verletzung seiner Berufspflichten unter anderem eine Überprüfung von Bestand und Bonität gewisser Debitoren und Kreditoren unterliess. Er wurde deswegen wegen mehrfacher Urkundenfälschung rechtskräftig verurteilt. Die Kläger waren Kunden der konkursiten Gesellschaft, die vom Beklagten revidiert worden war.

Die Kläger haben einen Anspruch gegenüber dem Beklagten, wenn die Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich ist.

⁴⁵ BGer 9C_38/2015 vom 15. Mai 2015, E. 3.3.

⁴⁶ BGE 141 III 112.

⁴⁷ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 6.2, nicht publ. in: BGE 141 III 112.

⁴⁸ BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015.

Eine reine Vermögensschädigung wie im vorliegenden Fall ist widerrechtlich, wenn sie auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zurück geht, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient.⁴⁹ Nach Auffassung des Bundesgerichts schützen Urkundendelikte in erster Linie die Allgemeinheit. Geschütztes Rechtsgut ist das besondere Vertrauen, welches im Rechtsverkehr einer Urkunde als Beweismittel entgegengebracht wird. Aus diesem Grund konnten sich die Kläger zur Begründung der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR auf die Strafnorm von Art. 251 StGB berufen, soweit die Fälschung des Revisionsberichts auf die Benachteiligung ihrer Interessen abzielte.⁵⁰

Nach Meinung des Bundesgerichts war die Auffassung der Vorinstanz vertretbar, dass der Beklagte damit gerechnet hatte, dass die Revisionsberichte gegenüber Anlegern verwendet würden, und er diesen Gebrauch auch in Kauf genommen hatte.⁵¹ Damit konnten sich die Kläger als Anleger zur Begründung der nach Art. 41 Abs. 1 OR erforderlichen Widerrechtlichkeit auf den Schutz ihrer Vermögensinteressen durch Art. 251 StGB berufen.⁵²

Schliesslich folgte das Bundesgericht auch dem Einwand des Beklagten nicht, er sei für die Verletzung seiner Pflichten im Rahmen der Revision nicht persönlich haftbar, sondern nur die Revisionsstelle aufgrund von Art. 755 OR. Da sich vorliegend die Widerrechtlichkeit nicht aus einer einfachen Verletzung von organschaftlichen Pflichten der Revisionsstelle im Sinne von Art. 755 ergab, sondern aus den strafbaren Handlungen der Urkundenfälschung, waren die Voraussetzungen einer persönlichen Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR erfüllt.⁵³

⁴⁹ BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 2.1.

⁵⁰ BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 2.2.

⁵¹ BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 3.2.

⁵² BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 3.3.

⁵³ BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 4.3.