

Teil 1 Gesellschaftsrecht

I. Aktienrecht*

A. Gesetzgebung

Im Dezember 2014 hat das Parlament das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) beschlossen.¹ Es wird erwartet, dass das Gesetz am 1. Juli 2015 in Kraft tritt.

Die GAFI-Novelle verändert das Institut der Inhaberaktie grundlegend, da die blosser Übergabe des Aktientitels für die Übertragung der Rechte an Inhaberaktien in Zukunft nicht mehr genügen wird. Derjenige, der Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, muss dieser den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen bzw. seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist melden (Art. 697i Abs. 1 OR). Zudem muss der Gesellschaft auch jede Änderung dieser Angaben mitgeteilt werden (Art. 697i Abs. 3 OR). Um die Anonymität des Inhaberaktionärs gegenüber seiner Gesellschaft zu gewährleisten, kann vorgesehen werden, dass die Meldung einem vom Verwaltungsrat bezeichneten Finanzintermediär nach GwG zu erstatten ist (Art. 697k OR). Die Gesellschaft bzw. der Finanzintermediär haben über die gemeldeten Inhaberaktionäre ein Verzeichnis zu führen (Art. 697l Abs. 1 und 4 OR). Nicht von der Meldepflicht erfasst werden Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert oder deren Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 697i Abs. 1 und 4 OR).²

Neben der Meldepflicht für Inhaberaktionäre wird auch eine Meldung der und ein Verzeichnis über die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen eingeführt. Konkret muss derjenige, der allein oder in gemein-

* 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 MLaw NADJA AL KANAWATI für die Mitarbeit.

¹ BBl 2014 9689–9706.

² JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich 2015, § 10 N 20a.

samer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztlich handelt (Art. 697j Abs. 1 OR). Für Meldungen, die Inhaberaktien betreffen, kann der Meldungserhalt wiederum an einen dem GwG unterstellten Finanzintermediär delegiert werden (Art. 697k Abs. 1 und 2 OR). Eine Ausnahme von der Meldepflicht besteht bei Gesellschaften, deren Aktien als Bucheffekten ausgestaltet oder an einer Börse kotiert sind (Art. 697j Abs. 1 und 3 OR).

Als Sanktionen für die Nichtbeachtung der Meldepflichten sieht das Gesetz vor, dass die mit den Aktien, deren Erwerb gemeldet werden muss, verbundenen Mitgliedschaftsrechte ruhen und die Vermögensrechte, die mit solchen Aktien verbunden sind, nicht geltend gemacht werden können (Art. 697m Abs. 1 und 2 OR). Die Vermögensrechte sollen gar verirken, wenn der Aktionär die Meldung nicht innert eines Monats nach dem Erwerb der Aktien vornimmt; bei einer Nachholung der Meldung kann er die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen (Art. 697m Abs. 3 OR).³

B. Rechtsprechung

1. Cash Pooling und andere konzerninterne Finanzierungen

Ein Urteil im Rahmen des Konkurses des Swissair-Konzerns dürfte die Teilnahme an Cash Pools und anderen Konzernfinanzierungen nachhaltig erschweren.⁴ Der Entscheid hat deswegen in der Praxis ein erhebliches Echo und noch viel mehr berechtigte Kritik ausgelöst.⁵

Im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisionsstelle Swisscargo AG (heute in Nachlassliquidation) musste das Bundesgericht beurteilen, ob eine Dividendenausschüttung im Frühjahr 2001 gestützt

³ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 10 N 20b.

⁴ BGE 140 III 533 (= 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014).

⁵ Vgl. u.a. LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, ST 3/2015 S. 49–54.

auf die Bilanz vom 31. Dezember 2000 rechtmässig war. Die Gesellschaft hatte per Bilanzstichtag gegenüber der Konzernmutter SAirGroup ein Guthaben aus Festgeldanlagen im Betrag von CHF 7,15 Mio. und gegenüber der niederländischen Cash-Pool-Leaderin Finance BV ein Guthaben von CHF 16,5 Mio. In ihrer Bilanz wies sie im Eigenkapital nebst dem Aktienkapital von CHF 2,5 Mio. und der allgemeinen Reserve von CHF 1,25 Mio. ein Agio von CHF 2,43 Mio. und einen Bilanzgewinn von CHF 29,17 Mio. aus. Da sich die Klägerin (die Nachlassmasse der Swisscargo AG in Nachlassliquidation) auf den Standpunkt stellte, das Agio sei nicht als Dividende ausschüttbar und die freie Reserve sei im Betrag von *Up-stream*- und *Cross-stream*-Darlehen gesperrt, musste sich das Bundesgericht zur Frage der Ausschüttbarkeit des Eigenkapitals beim Bestehen konzerninterner Finanzierungen äussern.

Vorab hält das Bundesgericht fest, dass die Kapitalschutzvorschriften auch der Gewährung von Darlehen unter Konzerngesellschaften Grenzen setzen. Bei einem Darlehen einer Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft (sogenannte *Up-stream*-Darlehen) stellt sich insbesondere die Frage, ob unter dem Deckmantel eines Darlehens in Wirklichkeit geschütztes Kapital an die Aktionärin ausgeschüttet und damit gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen wird. Das Gleiche gilt für Darlehen an Schwestergesellschaften (sogenannte *Cross-stream*-Darlehen), da die Darlehensvaluten diesfalls über die Beteiligungsverhältnisse indirekt an die Muttergesellschaft als Aktionärin der Darlehensgeberin und der Kreditnehmerin fliessen.⁶

Nach Auffassung des Bundesgerichts stellen *Up-stream*- und *Cross-stream*-Darlehen kapitalschutzrechtlich Ausschüttungen dar, wenn sie nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet worden sind. Solange der nicht zu Marktbedingungen geleistete Darlehensbetrag nicht aus dem geschützten, sondern aus dem freien Eigenkapital herrührt, liegt zwar kein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vor, doch führt er zu einer faktischen Sperrung des freien Eigenkapitals im Umfang des ausgerichteten Darlehensbetrags. Nach Ansicht des Bundesgerichts würde das freie Eigenkapital doppelt verwendet, wenn das nicht zu Marktbedingungen ausgerichtete und damit Ausschüttungscharakter aufweisende Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende unberücksichtigt bliebe.⁷ Damit hat das Bundesgericht nebst den fiktiven Darlehen, die in Tat und Wahrheit gar keine Darlehen sind, eine

⁶ BGE 140 III 533, E. 4.2.

⁷ BGE 140 III 533, E. 4.2.

neue Kategorie von Darlehen geschaffen, die eine bis anhin unbekannte Sperrung des Eigenkapitals bewirken.

Hinsichtlich der zentralen Frage, wann ein Darlehen Drittbedingungen entspricht, hält das Bundesgericht fest, dass es zunächst bereits im Ansatz fragwürdig sei, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin über ihre Liquidität verfügt, als solche überhaupt einem Drittmanntest standhält. Es hat die Frage indessen nicht beantwortet, da es im vorliegenden Fall aufgrund der Umstände, dass das ausgerichtete Darlehen nicht besichert war und sich die Klägerin nicht mit der Bonität der Schuldnerin befasst hat, das Darlehen nicht als Marktbedingungen entsprechend betrachtet hat.⁸

Für die Frage, ob genügend ausschüttbare Mittel vorhanden sind, ist nach Auffassung des Bundesgerichts einzig der Bilanzstichtag entscheidend, d.h. vorliegend der 31. Dezember 2000 und nicht der Ausschüttungszeitpunkt. Nach Auffassung des Bundesgerichts soll es insbesondere keine Rolle spielen, ob die ausgerichteten Darlehen nach dem Bilanzstichtag tatsächlich zurückbezahlt worden sind.⁹ Richtigerweise wäre dies aber der beste Beweis, dass ein Darlehen keinen Ausschüttungscharakter hatte.

Hinsichtlich der in der Lehre seit Jahren kontrovers diskutierten Zulässigkeit der Ausschüttung eines Agios konnte das Bundesgericht eine erfreuliche Klarstellung vornehmen: Das Agio, das der allgemeinen Reserve zuzuweisen ist (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR), darf insoweit frei verwendet werden, als die allgemeine Reserve frei verwendet werden darf. Das Agio geniesst somit keinen besonderen Schutz und fällt insbesondere nicht in den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR.¹⁰

2. Rückforderung von Verwaltungsratshonoraren

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid musste das Bundesgericht die Angemessenheit von Verwaltungsratshonoraren beurteilen.¹¹ Leider konnte sich das Bundesgericht bis anhin kaum zu

⁸ BGE 140 III 533, E. 4.2.

⁹ BGE 140 III 533, E. 4.2.

¹⁰ BGE 140 III 533, E. 6.2.2.

¹¹ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014.

dieser Frage äussern; ansonsten wäre vielleicht die Diskussion über die Abzockerinitiative anders verlaufen.

Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Gesellschaft verkaufte ihre Aktien an der Téléverbier SA, wobei der Verwaltungsrat beschlossen hatte, dass die beiden beklagten Verwaltungsratsmitglieder bei einem Verkaufspreis über CHF 4 Mio. jeweils 1% des definitiven Verkaufspreises als Prämie für den erfolgreichen Abschluss erhalten würden. Das ganze Aktienpaket wurde zu einem Preis von CHF 4,4 Mio. verkauft und beide Beklagten erhielten je einen Betrag von CHF 44 000 ausbezahlt.

Einleitend hielt das Bundesgericht fest, dass es unbestritten ist, dass gestützt auf ein entsprechendes Schuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat nicht nur Tantiemen, sondern auch feste Entschädigungen zulasten der Erfolgsrechnung ausgerichtet werden dürfen.¹² Im konkreten Fall war hingegen fraglich, ob diese überhöht und deshalb rückerstattungs pflichtig waren.

Nach Art. 678 Abs. 2 OR sind Mitglieder des Verwaltungsrats zur Rückerstattung «anderer Leistungen» an die Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Als «andere Leistungen» gelten Leistungen der Gesellschaft, die nicht von Art. 678 Abs. 1 OR erfasst sind, also keine Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse sind.

Die Vorinstanz erachtete das für die Anwendbarkeit von Art. 678 Abs. 2 OR erforderliche Missverhältnis zwischen der Leistung der beiden Verwaltungsratsmitglieder und der Gegenleistung der Gesellschaft für erfüllt.¹³ Sie kam zu diesem Schluss, weil einerseits nur ein geringer Aufwand notwendig war, um die Aktien zu verkaufen, und andererseits schon von Anfang an mehrere Kaufinteressenten vorhanden waren. Deshalb sei im erfolgreichen Verkauf keine wesentliche Leistung der Beklagten zu erblicken, auch wenn die Aktien weit über dem damaligen Börsenkurs verkauft werden konnten.¹⁴ Hinzu kommt, dass die Gesellschaft die «Anlage von Kapitalien und die Verwaltung von Vermögenswerten» bezweckt, weshalb davon auszugehen ist, dass der Verkauf und Kauf von Beteiligungen zur üblichen Verwaltungsrats Tätigkeit gehörte.

¹² BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 4.

¹³ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.1.

¹⁴ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.1.1 f.

Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass mit den bezahlten fixen Entschädigungen die Tätigkeit der Verwaltungsratsmitglieder im Rahmen des Gesellschaftszwecks abgedeckt war.¹⁵ Somit ist nach Auffassung des Bundesgerichts die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis bestanden habe, nicht zu beanstanden.¹⁶

Nach Art. 678 Abs. 2 OR muss das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung offensichtlich sein. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichts der Fall, wenn es jedermann, der gerecht und billig denkt und die konkreten Verhältnisse vernünftig beurteilt, in die Augen springt, weil es einer vernünftigen wirtschaftlichen Begründung entbehrt. Durch das Erfordernis der Offensichtlichkeit soll sichergestellt werden, dass den Gesellschaftern die Ausübung des geschäftsmässigen Ermessens überlassen bleibt. Nach Auffassung des Bundesgerichts stellt es keinen unzulässigen Eingriff in das Ermessen der Gesellschaft dar, wenn die Vergütung von je CHF 44'000 als offensichtliches Missverhältnis betrachtet wird, da der Verkauf und Kauf von Beteiligungen zur üblichen Verwaltungsrats-tätigkeit gehörte, die ausserhalb der geleisteten Zahlung bereits im üblichen Mass vergütet worden ist.¹⁷

Weiter muss die Gegenleistung der Gesellschaft nach Art. 678 Abs. 2 OR auch in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft liegen. Dieses Tatbestandselement wird in der Lehre kritisiert. Das Bundesgericht folgt dieser Meinung und ist der Auffassung, dass dieses Kriterium vermögenden Gesellschaften keinen Freipass für verdeckte Gewinnausschüttungen ausstelle. Es solle lediglich eine kleinliche Nachrechnerei verhindern und die Entscheidung im Einzelfall erleichtern.¹⁸ Sodann komme ihm Bedeutung zu für das Ermessen, das den Gesellschaften zugebilligt wird. Es fällt in die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Gesellschaften, ob sie günstigere oder weniger günstige Varianten bevorzugen oder sich gegenüber ihren Geschäftspartnern grosszügig oder kleinlich zeigen. In dieses Ermessen wollte der Gesetzgeber nicht eingreifen. Sanktioniert wird sowohl bei finanzstarken als auch bei finanzschwachen Gesellschaften nur die Überschreitung des Ermessens. Der Ermessensspielraum ist bei wirtschaftlich guten Verhältnissen aber grösser. Die grosszügige Abgeltung einer Leistung kann bei

einer finanzstarken Gesellschaft noch in deren Ermessensspielraum liegen, während darin kein zulässiger Ermessensentscheid, sondern eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft die gewählte grosszügige Abgeltung offensichtlich nicht zulässt.¹⁹

Schliesslich setzt die Rückerstattungspflicht voraus, dass der Empfänger nicht gutgläubig war, obwohl dies im Gegensatz zu Abs. 1 nicht ausdrücklich erwähnt wird.²⁰ Nach Auffassung des Bundesgerichts wird es aber am guten Glauben des Empfängers regelmässig fehlen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Rückforderungsklage erfüllt sind.²¹

Aus all diesen Gründen hatte die Gesellschaft im vorliegenden Fall einen Rückforderungsanspruch gemäss Art. 678 Abs. 2 OR.

3. Sonderprüfung

In einem Entscheid, der in der amtlichen Sammlung publiziert werden soll, beurteilte das Bundesgericht das Beweismass im Zusammenhang mit dem Begehren um eine Sonderprüfung.²² Konkret ging es um die Frage, ob der Gesuchsteller, der vom Richter die Einsetzung eines Sonderprüfers verlangt, die vorgängige Ausübung des Rechts auf Auskunft oder Einsicht beweisen oder nur glaubhaft machen muss.

Nach Art. 697a Abs. 1 OR kann jeder Aktionär der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat. Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können gemäss Art. 697b OR Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Mio. vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen. Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetze oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.

¹⁵ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.1.3.

¹⁶ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.1.5.

¹⁷ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 8.2.

¹⁸ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 9.3.

¹⁹ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 9.3.1.

²⁰ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 10.1.

²¹ BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 10.1.

²² BGer 4A_319/2014 vom 19. November 2014.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass im Gesetz selber kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass in Bezug auf die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts ein blosses Glaubhaftmachen genügt. Die Rechtfertigung, dass hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre nur eine Glaubhaftmachung notwendig ist, liegt namentlich im Zweck des Instituts der Sonderprüfung. Dieses dient der Verbesserung der Information der Gesuchsteller, weshalb diesbezüglich nicht diejenigen Nachweise verlangt werden dürfen, die erst der Sonderprüfer erbringen soll. Die vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts stellt demgegenüber selbstredend keinen Umstand dar, über den erst die Sonderprüfung informieren soll. Vielmehr liegt er offensichtlich in der Wissenssphäre des Gesuchstellers selbst, weshalb kein Grund für eine Herabsetzung des Beweismasses auf eine blosser Glaubhaftmachung besteht. Auch sind typische Beweisschwierigkeiten oder gar eine Beweisnot nicht ersichtlich, die eine Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigen könnten, weil andernfalls die Anspruchsnorm kaum durchzusetzen wäre. Insbesondere steht dem Aktionär das Protokoll der Generalversammlung zur Verfügung, sind doch die Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten zu protokollieren. Sollte dies im konkreten Fall nicht so gewesen sein, weil das Protokoll nicht ordnungsgemäss erstellt wurde und der Gesuchsteller keine Richtigstellung erreichen konnte, bedeutet dies aber noch nicht, dass die Beweisführung der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar wäre. Nach Auffassung des Bundesgerichts besteht insofern keine systematische Beweisnot und deshalb ist eine Herabsetzung des Beweismasses auch von daher nicht angezeigt.²³ Der Gesuchsteller hat demnach die Voraussetzung, dass vorgängig zum Gesuch um Sonderprüfung an der Generalversammlung das Auskunfts- oder Einsichtsrecht ausgeübt wurde, nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen, d.h., er muss das Gericht nach dem Regelbeweismass davon überzeugen, sodass es keine ernsthaften Zweifel mehr hat.²⁴

²³ BGer 4A_319/2014 vom 19. November 2014, E. 4.3.3.

²⁴ BGer 4A_319/2014 vom 19. November 2014, E. 4.3.4.

4. Vertretung durch den Verwaltungsrat

Das Bundesgericht hatte sich in der Berichtsperiode in zwei Fällen mit der Vertretungsbefugnis bzw. der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats auseinanderzusetzen.

Im ersten Fall²⁵ ging es um die Anweisung einer Gesellschaft an ihre Bank, von ihrem Bankkonto Zahlungen zu tätigen. Die Klägerin machte gegenüber der beklagten Bank geltend, dass die Anweisung gegen den Zweck der Gesellschaft verstossen habe. Das Bundesgericht bestätigte bei dieser Gelegenheit seine Praxis, wonach alles vom Gesellschaftszweck gedeckt sei, was ihm nicht klar widerspreche. Im konkreten Fall bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bank die fraglichen Transaktionen im Rahmen ihrer Pflichten unter dem GwG als verdächtig hätte erkennen müssen. Aus diesem Grund waren die Instruktionen für die Bank gültig.²⁶

Der andere Entscheid²⁷ beurteilt die Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats im Konkurs einer Gesellschaft. Nach Art. 740 Abs. 5 OR behalten die Organe der Gesellschaft die Vertretungsbefugnis im Konkurs nur soweit, als eine Vertretung durch sie noch notwendig ist. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall klagte der Verwaltungsrat einer inzwischen in Konkurs geratenen Gesellschaft auf Rückerstattung von Honoraren gegenüber ihrer früheren Liquidatorin. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass ein etwaiger Rückerstattungsanspruch für überhöhte Honorare zur Konkursmasse gehört. Mit Konkurseröffnung verliert aber die Gesellschaft das Recht zur Prozessführung im Verfahren über das Konkursvermögen.²⁸ Da die Konkursverwaltung den durch den Verwaltungsrat erteilten Auftrag zur Prozessführung ausdrücklich nicht nachträglich genehmigte, fehlte es an der Prozessführungsbefugnis und somit an einer Prozessvoraussetzung. Im konkreten Fall war auch unbeachtlich, dass die Vollmacht zur Prozessführung noch am Tag vor der Konkurseröffnung ausgestellt worden war, da diese sich auf das Vermögen der Masse beziehende Vollmacht mit der Konkurseröffnung von Gesetzes wegen erloschen ist.²⁹

²⁵ BGer 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013.

²⁶ BGer 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.5.

²⁷ BGer 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014.

²⁸ BGer 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014, E. 3.1.

²⁹ BGer 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014, E. 3.2.

5. Amtsdauer des Verwaltungsrates

In einem französischsprachigen Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, wie lange ein Verwaltungsrat im Amt bleibt, wenn keine Wiederwahl stattfindet.³⁰ Die Statuten der Gesellschaft enthielten diesbezüglich folgende Bestimmung: «*En règle générale, [le Conseil d'administration] est élu lors de l'assemblée générale ordinaire et pour la durée d'une année. Les membres du Conseil d'administration restent en fonction jusqu'à ce que l'assemblée générale ait procédé à une nouvelle élection ou qu'elle les ait reconduits dans leur fonction. (...).*» Da die 1400 Aktien der Gesellschaft zwischen zwei Aktionärsgruppen gleichmässig aufgeteilt waren, konnte die Generalversammlung mangels Einigkeit der beiden Aktionärsgruppen keine Mehrheit für die Wahl eines Verwaltungsrats finden. Somit musste sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Nichtwahl ebenfalls zur Beendigung der einjährigen Amtszeit führt.

Das Bundesgericht äusserte sich vorab zur Auslegung von Statutenbestimmungen. Danach sollen für die Auslegung der Statuten von grossen Gesellschaften eher die Methoden der Gesetzesinterpretation gelten. Bei kleinen Gesellschaften hingegen kommen eher die Prinzipien der Vertragsauslegung zur Anwendung.³¹

Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass der konkrete Sachverhalt nicht dem Fall entspricht, in dem die Wiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder, deren Amtszeit abläuft, der Generalversammlung nicht unterbreitet worden ist, sei es, dass keine Generalversammlung einberufen worden ist oder die Wiederwahl an der Generalversammlung nicht zur Abstimmung kam. Vielmehr wurde im vorliegenden Fall eine ordentliche Generalversammlung einberufen und durchgeführt, wobei die Wahl des Verwaltungsrats nicht nur traktandiert war, sondern auch darüber abgestimmt wurde. Die betreffenden Verwaltungsratsmitglieder wurden nur deswegen nicht wiedergewählt, weil sie keine Mehrheit der Aktienstimmen auf sich vereinigen konnten.³² Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Amtsdauer der betreffenden Verwaltungsratsmitglieder mit der Generalversammlung dennoch abgelaufen. Die Generalversammlung hat nämlich ihren Willen ausdrücken können und zwar insofern, als sie keine Wiederwahl des bestehenden Verwaltungsrats wünschte. Würde

³⁰ BGE 140 III 349.

³¹ BGE 140 III 349, E. 2.3.

³² BGE 140 III 349, E. 2.5.

man bei der vorhandenen Statutenklausel die Amtsdauer des bestehenden Verwaltungsrats einfach fortsetzen, dann würde dies zu einer automatischen Wiederwahl führen, was dem geäusserten Willen der Generalversammlung widerspräche. Damit würde das unübertragbare Recht der Generalversammlung auf Wahl des Verwaltungsrats entzogen, was unzulässig ist. Eine Statutenklausel, die gegen diese Grundstruktur der Aktiengesellschaft verstösst, ist demnach ungültig.³³

6. Abberufung eines Liquidators

Nach Art. 741 Abs. 2 OR kann der Richter auf Antrag eines Aktionärs Liquidatoren abberufen und nötigenfalls andere ernennen, sofern wichtige Gründe vorliegen. Das Bundesgericht musste den Fall beurteilen, in dem der Liquidator im Rahmen der Liquidation einem Aktionär in Anrechnung auf seine getätigten Einlagen einen Betrag von CHF 1052394 bezahlt hat.³⁴ Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung eines Liquidators bereits dann vorliegt, wenn der Liquidator einen Aktionär bevorzugt behandelt.³⁵ Diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall klarerweise erfüllt.

7. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

a) Business Judgment Rule

Das Bundesgericht konnte in einem Entscheid die Business Judgement Rule zur Anwendung bringen.³⁶ Diese Regel besagt, dass sich ein Gericht bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen soll, sofern diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.³⁷

Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall lag weder ein Interessenkonflikt vor, noch kam der Entscheid formal nicht korrekt zustande. Damit musste das Gericht nur noch prüfen, ob der Verwaltungsrat über

³³ BGE 140 III 349, E. 2.6.

³⁴ BGer 4A_46/2014 vom 15. April 2014.

³⁵ BGer 4A_46/2014 vom 15. April 2014, E. 4.3.2.

³⁶ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014.

³⁷ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 5.1.

mehr Informationen hätte verfügen können bzw. zusätzliche Abklärungen hätte tätigen müssen.³⁸

Konkret ging es um eine Vorauszahlung im Betrag von USD 200'000 an eine Gesellschaft in Astrachan/Russland für die Lieferung von 10'500 Tonnen Dieselöl, die nie geliefert worden sind. Ebenso wenig wurde die Vorauszahlung zurückbezahlt. Offenbar hatte der beklagte Geschäftsführer mehrmals in Aserbaidschan Abklärungen über die Seriosität der Lieferantin gemacht. Dies ist nach Auffassung des Bundesgerichts ein Indiz dafür, dass es nicht ohne Weiteres möglich war, die mangelnde Seriosität des Unternehmens zu erkennen.³⁹ Zudem hielt das Bundesgericht in erfreulicher Klarheit fest, dass die damalige Informationsbeschaffung nicht aufgrund des heutigen Wissensstandes beurteilt und die Informationsbeschaffung in Aserbaidschan nicht mit einer solchen in der Schweiz verglichen werden darf. Welche Abklärungen ein sorgfältiger Geschäftsmann tätigen konnte und musste, kann vom Gericht nicht abstrakt beurteilt werden. Dass die Beklagten keine weiteren Abklärungen vorgenommen haben, kann ihnen nur zum Vorwurf gereichen, wenn zumutbare Abklärungsmöglichkeiten bestanden und die aus derartigen Abklärungen zu erwartenden Erkenntnisse für die Frage, ob eine ungesicherte Vorauszahlung zu leisten ist, relevant sind. Da nicht ersichtlich ist, welche zusätzlichen Abklärungen die Beklagten vor Abschluss des Vertrages noch hätten tätigen müssen und können, um weitere Erkenntnisse zu gewinnen, ist der Entscheid im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz nicht aufgrund eines mangelhaften Entscheidungsfindungsprozesses zustande gekommen.⁴⁰

Das Bundesgericht prüfte in der Folge noch, ob die unbesicherte Vorauszahlung über USD 200'000 auf der Informationsbasis der Beklagten ein nicht mehr vertretbarer Geschäftsentscheid war.⁴¹ Im Gegensatz zur Vorinstanz gelangte es zur Auffassung, dass ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass eine Sicherstellung nicht verhandelbar gewesen sei, da es sich um Betrüger gehandelt habe und das Ziel des ganzen Manövers nur das Erlangen der Zahlung ohne Sicherheit war. Damit stellt sich die Frage, ob angesichts vorhandener Verdachtsmomente ein vertretbarer Geschäftsentscheid nur das Unterlassen der Zahlung gewesen wäre.⁴² Die Vertretbarkeit hängt nach Ansicht des Bundesgerichts

³⁸ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6.3.

³⁹ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6.3.1.

⁴⁰ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6.3.2.

⁴¹ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 7.

⁴² BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 7.2.

immer auch davon ab, welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft waren. Im konkreten Fall hätte für die Gesellschaft aus den zu liefernden 10'500 Tonnen Öl ein Gewinn von über USD 1,5 Mio. resultiert bzw. bei Nichtlieferung drohten ihr Sanktionen aus einem anderen Kaufvertrag. Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht das Vorliegen solcher Verdachtsmomente, insbesondere weil die Beklagten aus damaliger Sicht nicht wissen mussten, dass es sich um einen Betrug handelt.⁴³ Aus diesem Grund hat das Bundesgericht eine Sorgfaltspflichtverletzung verneint.

b) *Faktische Organstellung von Beratern*

Im Zusammenhang mit einer Honorarforderung einer Anwaltskanzlei für Leistungen, die zugunsten des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit einem Übernahmekampf erbracht worden sind, musste das Bundesgericht auch die Frage beantworten, ob die beratenden Anwälte faktisches Organ der Gesellschaft waren.⁴⁴ Die aktienrechtliche Haftung nach Art. 754 OR erfasst nämlich nicht nur die formellen, sondern auch die faktischen Organe. Als faktische Organe gelten Personen, die formellen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen. Eine faktische Organstellung kommt nach Auffassung des Bundesgerichts nur einer Person zu, die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt. Weder ein Handeln im Einzelfall noch eine bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung vermag hingegen die spezifische Organhaftung zu begründen.⁴⁵

Im konkreten Fall hat die Klägerin behauptet, dass die Mitarbeiter der Anwaltskanzlei bei der Festlegung der Strategie im Machtkampf eine zentrale Rolle eingenommen und als Teil des «Kleinen Komitees» aktiv an der Entscheidungsfindung mitgewirkt hätten. Die Klägerin legte jedoch nicht dar, wo die Beklagte selbständige Entscheidungsbefugnisse eingeräumt erhalten oder sich solche angemasst hat. Vielmehr führte sie aus, dass die Beklagte unterstützend tätig gewesen ist und Sitzungen oder Traktanden lediglich vorgeschlagen hat. Somit durfte die Vorinstanz berech-

⁴³ BGer 4A_626/2013 vom 8. April 2014, E. 7.4.1 bis 7.4.3.

⁴⁴ BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014.

⁴⁵ BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.2.

tigterweise schliessen, die Beklagte sei als Rechtsberaterin tätig gewesen und habe in dieser Funktion wohl bei der Entscheidungsfindung unterstützend mitgewirkt und aufgrund ihres Know-hows allenfalls einen starken Einfluss gehabt, wodurch sie aber nicht faktisches Organ geworden ist.⁴⁶

c) *Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur Rückerstattungsklage*

Im bereits besprochenen Entscheid über Konzernfinanzierungen, der im Rahmen des Konkurses des Swissair-Konzerns ergangen ist,⁴⁷ musste sich das Bundesgericht auch mit der Frage befassen, ob die Klägerin im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht zuerst eine Rückerstattungsklage gegen ihre Aktionärin hätte anstrengen müssen, bevor sie Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe (im konkreten Fall gegen die Revisionsstelle) geltend machen konnte. Nach Auffassung des Bundesgerichts kann eine derart grundsätzliche strukturelle Frage wie jene nach dem Verhältnis von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage nicht über die Schadenminderungsobliegenheit gelöst werden. Damit war die Klägerin im konkreten Fall nicht gehalten, vor dem Verantwortlichkeitsprozess eine Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR gegen die Aktionärin anzustrengen.⁴⁸

8. *Wirkung des Entlastungsbeschlusses*

Im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage, die eine Gesellschaft gegen ihre ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder anstrebte, stellte sich die Frage nach den Wirkungen eines Entlastungsbeschlusses.⁴⁹ Konkret war zu beurteilen, ob Vorkommnisse aus den Jahren 2000 bis Anfang 2004 von einer im Mai 2004 erteilten Décharge durch die Generalversammlung erfasst sind.

Ein Entlastungsbeschluss lässt etwaige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen. Er bezieht sich in sachlicher Hinsicht auf den gesamten Geschäftsgang in der betroffe-

⁴⁶ BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.3.

⁴⁷ BGE 140 III 533; vgl. oben I.B.1.

⁴⁸ BGE 140 III 533, E. 3.2.3.

⁴⁹ BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014.

nen Periode. Nach Art. 758 Abs. 1 OR entfaltet er seine Wirkung hingegen nur für bekannt gegebene Tatsachen.⁵⁰

Da im vorliegenden Fall umstritten war, ob der im Mai 2004 ergangene Entlastungsbeschluss auch Vorfälle aus den Jahren 2000 bis Anfang 2004 erfasste, musste das Bundesgericht durch Auslegung ermitteln, ob die Wirkung des Entlastungsbeschlusses eingetreten ist. Nach Auffassung des Bundesgerichts tritt die entlastende Wirkung ein, sofern die entsprechenden Vorfälle der Generalversammlung bekannt gewesen sind und diese trotzdem in Kenntnis dieser Vorfälle eine generelle Entlastung erteilt hat.⁵¹ Hätte die Generalversammlung die entsprechenden Vorfälle vom Entlastungsbeschluss ausnehmen wollen, dann hätte dies im Beschluss reflektiert werden müssen. Grundsätzlich ist es nämlich zulässig, dass der Décharge-Beschluss als bloss spezielle Entlastung für einzelne bestimmte Geschäftsvorfälle ausgestaltet ist oder eine allgemeine Entlastung unter Vorbehalt bestimmter Geschäftsvorfälle erfolgt.⁵²

⁵⁰ BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3.

⁵¹ BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.4.

⁵² BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3.