

Karin Müller / Simon Leu

## **Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 1**

---

Im Beitrag finden Sie eine Zusammenstellung von in der amtlichen Sammlung publizierten und weiteren wichtigen (nicht amtlich publizierten) Entscheiden des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht von Oktober 2016 bis Oktober 2017. Dem Praktiker soll damit eine rasche Übersicht über die Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden. Die Zusammenfassungen der Urteile sind mit Bemerkungen versehen.

---

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht  
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Karin Müller / Simon Leu, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 1, in: Jusletter 30. April 2018

## Inhaltsübersicht

- I. Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten: BGE 143 III 120 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017)
  1. Kernfrage
  2. Sachverhalt
  3. Erwägungen
  4. Fazit
  5. Bemerkungen
- II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
  1. Business Judgment Rule, Geschäftsführung und Vertretung, Beweislast, Décharge, Reduktion der Schadenersatzpflicht: Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016
    - A. Kernfragen
    - B. Sachverhalt
    - C. Erwägungen
      - a. Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule
      - b. Geschäftsführung und Vertretung
      - c. Beweislast
      - d. Erteilung der Décharge
      - e. Haftungsbeschränkung und Reduktion der Schadenersatzpflicht
    - D. Fazit
    - E. Bemerkungen
  2. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister: Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017
    - A. Kernfrage
    - B. Sachverhalt
    - C. Erwägungen
    - D. Fazit
    - E. Bemerkungen
  3. Konkursverschleppungsschaden
    - A. Anforderungen an die Substantiierung des nicht ziffernmässig nachweisbaren Fortsetzungsschadens zufolge Konkursverschleppung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017
      - a. Kernfrage
      - b. Sachverhalt (gekürzt, ohne die für die Streitverkündungsklage relevanten Ausführungen)
      - c. Erwägungen (ohne die für die Streitverkündungsklage relevanten Ausführungen)
      - d. Fazit
    - B. Zur Berechnung des Schadens massgebliche Werte: Urteil des Bundesgerichts 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016
      - a. Kernfrage
      - b. Sachverhalt (stark gekürzt)
      - c. Erwägungen
      - d. Fazit
    - C. Unterlassung der Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR als arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 StGB: Urteile des Bundesgerichts 6B\_199/2016 vom 8. Dezember 2016, 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017 und 6B\_961/2016 vom 10. April 2017
    - D. Bemerkungen zu den Urteilen zum Konkursverschleppungsschaden
  4. Beweislast und Feststellung des Schadens nach der Differenztheorie: Urteil des Bundesgerichts 4A\_393/2016 vom 8. Dezember 2016
    - A. Kernfragen
    - B. Sachverhalt (stark gekürzt)

- C. Erwägungen
- D. Fazit
- E. Bemerkungen

## **I. Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten: BGE 143 III 120 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017)**

### **1. Kernfrage**

[Rz 1] Ist es zulässig, dem Verwaltungsratspräsidenten den Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle einzuräumen, für den Fall, dass die Gesellschaft Stimmrechtsaktien ausgegeben hat (und daher Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 des Obligationenrechts [OR] zur Anwendung gelangt)?

### **2. Sachverhalt**

[Rz 2] Die Hotel A. AG besass ein voll liberiertes Aktienkapital in der Höhe von CHF 500'000. C.B. und D.B. hielten je 600 Stimmrechtsaktien à CHF 100 sowie je 65 Stammaktien à CHF 1000, womit sie am Kapital der Beklagten mit je CHF 125'000 beteiligt waren und über eine Stimmkraft von je 665 Stimmen verfügten. Der Anteil von E.B. am Aktienkapital betrug CHF 250'000 und entsprach einer Stimmkraft von 250 Stimmen (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 3] An der ordentlichen Generalversammlung stimmten C.B. und D.B. dem Antrag des Verwaltungsrates auf Wiederwahl der Revisionsstelle zu, während E.B. den Antrag ablehnte. Entsprechend der Kapitalbeteiligung von je 50% des Aktienkapitals der befürwortenden und ablehnenden Stimmen wurde keine Revisionsstelle gewählt (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 4] In der Folge beschloss der Verwaltungsrat die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, an welcher erneut die Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle beantragt werden sollte. Zudem sollten die Statuten in der Weise geändert werden, dass bei Stimmgleichheit sowohl bei Wahlen als auch bei Sachfragen der Verwaltungsratspräsident mittels Stichentscheid entscheidet. Bis anhin entschied bei Stimmgleichheit bei Wahlen aufgrund der Statuten das Los. An der ausserordentlichen Generalversammlung stimmten C.B. und D.B. sowohl der Statutenänderung, als auch der anschliessenden Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle zu. E.B. lehnte beide Anträge ab. Die bisherige Revisionsstelle wurde schliesslich mit Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten wiedergewählt (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 5] In der Folge reichte E.B. beim Handelsgericht des Kantons Aargau Klage ein mit den Begehren, es sei sowohl der Beschluss hinsichtlich der Statutenänderung als auch der Beschluss bezüglich der Wiederwahl der Revisionsstelle aufzuheben (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 6] Das Handelsgericht hiess die Klage gut und hob die beiden angefochtenen Generalversammlungsbeschlüsse auf (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 7] Die Hotel A. AG gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.).

### **3. Erwägungen**

[Rz 8] Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Generalversammlungsbeschlüsse, die Rechte von Aktionären in gesetzes- oder statutenwidriger oder in unsachlicher Weise entziehen oder

beschränken, mittels Klage gegen die Gesellschaft anfechten (Art. 706 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR; E. 2.1).

[Rz 9] Dem Einwand der Hotel A. AG, E.B. habe kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse, hält das Bundesgericht entgegen, dass E.B. als Aktionärin ihr Rechtsschutzinteresse an rechtmässigen Statuten nicht eigens begründen müsse (E. 2.2).

[Rz 10] E.B. gehe es zur Wahrung ihrer Mitwirkungsrechte als Minderheitsaktionärin darum, die statutarische Einführung des Stichentscheids des Verwaltungsratspräsidenten bei Wahlen zu verhindern, weil der Losentscheid bei Wahlen für sie günstiger sei. Von einer rechtsmissbräuchlichen Anfechtung könne nicht die Rede sein (E. 2.2).

[Rz 11] Bei der Wahl der Revisionsstelle ist die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien unzulässig (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR). Die Stimmkraft bemisst sich nach dem Nennwert der Aktien, womit im Ergebnis die Kapitalmehrheit entscheidet (E. 3.1).

[Rz 12] Die Statuten können dem Vorsitzenden der Generalversammlung den Stichentscheid für Fälle der Stimmgleichheit einräumen, damit die Beschlussfähigkeit gewährleistet ist. Der Vorsitzende der Generalversammlung ist in der Regel der Verwaltungsratspräsident. Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat und somit zumindest indirekt auch dessen Präsidenten (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Bei dieser Wahl ist indessen die Mehrheit der Aktienstimmen und nicht die Kapitalmehrheit massgebend (Art. 693 OR; E. 3.2).

[Rz 13] Mit dem Grundsatz der kapitalmässigen Bemessung des Stimmrechts bei der Wahl der Revisionsstelle nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR ist es nicht vereinbar, dass eine mit der Stimmenmehrheit und damit dem Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählte Person wie der Verwaltungsratspräsident durch seinen Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann (E. 3.2).

[Rz 14] Statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären sind dann unzulässig, wenn sie zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder mit Mitteln erreicht werden können, die weniger einschneidend sind (E. 4.3).

[Rz 15] Losentscheid und Stichentscheid verfolgen beide den Zweck, bei Pattsituationen die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten. Dass im vorliegenden Fall ein Stichentscheid diesen Zweck allgemein besser zu verwirklichen vermag, ist nicht ersichtlich (E. 4.4).

[Rz 16] Die Hotel A. AG gibt im Übrigen keine stichhaltigen Gründe für die Statutenrevision an. Es erscheint offensichtlich, dass sie mit der statutarischen Einführung des Stichentscheids des Verwaltungsratspräsidenten bei Stimmgleichheit auch bei Wahlen den unliebsamen Widerstand von E.B. gegen die Wiederwahl der Revisionsstelle zu beenden beabsichtigte (E. 4.2 und 4.4). Die Statutenänderung verstösst somit gegen das Gebot schonender Rechtsausübung und erweist sich ebenfalls als rechtswidrig (E. 4.5).

#### **4. Fazit**

[Rz 17] Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist (nach Ansicht des Bundesgerichts) bei Stimmgleichheit grundsätzlich zulässig.

[Rz 18] Bestehen Stimmrechtsaktien, ist der Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle indessen nicht mit Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR vereinbar und daher unzulässig.

[Rz 19] Das Ersetzen des Losentscheides bei Stimmgleichheit durch den Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten in den Statuten stellt ohne Angabe sachlicher sowie objektiver Gründe eine unverhältnismässige Beschränkung der Rechte der Minderheitsaktionäre dar und verstösst gegen das Gebot schonender Rechtsausübung.

## 5. Bemerkungen

[Rz 20] Das Bundesgericht äussert sich im vorliegenden Urteil zur Zulässigkeit des Stichentscheides des Vorsitzenden der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft. Nach seiner Ansicht ist es grundsätzlich zulässig, in den Statuten für den Fall der Stimmgleichheit einen Stichentscheid vorzusehen, um die Beschlussfähigkeit der Generalversammlung zu ermöglichen (BGE 143 III 120, E. 3.2).<sup>1</sup> Offengelassen hat es dabei allerdings, ob ein Stichentscheid nur beim relativen Mehr oder auch beim absoluten Mehr vorgesehen werden darf. Nur beim Erfordernis des relativen Mehrs führt Stimmgleichheit zu einer «Pattsituation» (BGE 143 III 120, E. 4.1).<sup>2</sup>

[Rz 21] Bestehen indessen Stimmrechtsaktien, ist der Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle nicht mit Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR vereinbar und daher unzulässig. Bei der Wahl der Revisionsstelle bemisst sich die Stimmkraft nach dem Nennwert und nicht nach der Zahl der Aktien (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR). Im Ergebnis entscheidet daher die Kapitalmehrheit. Der Verwaltungsratspräsident, der in der Regel der Vorsitzende der Generalversammlung ist, wird von der Generalversammlung hingegen (zumindest indirekt) mit der Mehrheit der Aktienstimmen und nicht der Kapitalmehrheit gewählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 693 Abs. 1 OR). Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es mit dem Grundsatz der kapitalmässigen Bemessung des Stimmrechts bei der Wahl der Revisionsstelle nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR nicht vereinbar, dass eine mit der Stimmenmehrheit und damit dem Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählte Person wie der Verwaltungsratspräsident durch seinen Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann (BGE 143 III 120, E. 3.2). Dieser Argumentation ist zuzustimmen.

[Rz 22] Ob der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung bei der AG im Grundsatz zulässig ist, ist in der Lehre umstritten.<sup>3</sup> Das Gesetz sieht einen Stichentscheid des Vorsitzenden bei Beschlüssen des Verwaltungsrats (Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR) und der Gesellschafterversammlung der GmbH (Art. 808a OR) vor. Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung bei der AG ist demgegenüber gesetzlich nicht geregelt. Ein Teil der Lehre hält

---

<sup>1</sup> So bereits BGE 95 II 555 ff.

<sup>2</sup> Vgl. zum Ganzen etwa HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 5 N 185 ff. m.w.H.; ANDREAS SCHNEUWLY/MEINRAD VETTER, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, 266 ff., 274 f.; STEPHAN WERLEN/PASCAL STOCKER, Stichentscheid in der Generalversammlung, GesKR 2017, 361 ff., 365; PASCAL ZYSSET/DARIO GALLI, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, recht 2017, 125 ff., 134 f.; vgl. auch BGE 95 II 555, E. 3.

<sup>3</sup> Eine Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen findet sich bei SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 2), 267 ff.

den Stichentscheid daher für unzulässig,<sup>4</sup> während ein anderer Teil ihn als grundsätzlich zulässig erachtet.<sup>5</sup>

[Rz 23] In BGE 95 II 555 hat das Bundesgericht einen statutarischen Stichentscheid bei Beschlüssen der Generalversammlung der AG als zulässig erachtet, soweit er nicht gegen zwingende Vorschriften des Aktienrechts verstösst. Unzulässig ist er demgegenüber beispielsweise, wenn die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt oder Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden.<sup>6</sup> Im Übrigen besteht keine einheitliche Rechtsprechung.<sup>7</sup>

[Rz 24] Der Stichentscheid ist ein Widerspruch zur Logik des Gesetzes. Nach Art. 703 OR fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Eine Abstimmung erreicht damit entweder das notwendige Mehr und der Antrag ist angenommen oder sie erreicht es nicht und der Antrag ist abgelehnt. In beiden Fällen liegt ein Beschluss vor.<sup>8</sup>

[Rz 25] Zwar bleibt nach Art. 703 OR eine anderslautende Regelung des Gesetzes oder der Statuten vorbehalten und ein Stichentscheid vermag Pattsituationen aufzulösen und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten. Ob Art. 703 OR insofern dispositiv ist, als die Statuten einen Stichentscheid vorsehen können, ist allerdings umstritten. Ein Stichentscheid weicht vom aktienrechtlichen Grundprinzip des Mehrheitswillens ab<sup>9</sup> und ist daher problematisch.<sup>10</sup> Ferner ist er wie ausgeführt ein Widerspruch zur Logik des Gesetzes und sollte daher in den Statuten von Aktiengesellschaften nicht vorgesehen werden.<sup>11</sup> Zudem besteht die Gefahr, dass durch den Stichentscheid Minderheitsaktionäre bei der Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte eingeschränkt werden. Als Alternative zum Stichentscheid kommt beispielsweise der Einbezug eines unabhän-

---

<sup>4</sup> Vgl. SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 2), 266 und 280; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 473; MARKUS VISCHER, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 81 ff., 84 ff., 92 und 94, der von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgeht; DERSELBE, BGer 4A\_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 685 ff., 687; WERLEN/STOCKER (Fn. 2), 365; vgl. auch ROLF SETHE/MELTEM CETINKAYA, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 2017, 522 ff., 524.

<sup>5</sup> Vgl. ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 574; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 12 N 53; DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 703 N 12; differenzierend VON DER CRONE (Fn. 2), § 5 N 185 ff., insbes. N 189, der lediglich bei Geschäften, bei denen eine Auswahl zwischen zwei Alternativen getroffen werden soll, Raum für einen Stichentscheid sieht; vgl. auch PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 56 ff.; ZYSSET/GALLI (Fn. 2), 135, die den Stichentscheid nur bei relativem Mehr für zulässig erachten.

<sup>6</sup> BGE 95 II 555, E. 1 und 2.

<sup>7</sup> SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 2), 271; vgl. auch VISCHER, GesKR 2017 (Fn. 4), 91.

<sup>8</sup> Vgl. VON DER CRONE (Fn. 2), § 5 N 186; SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 2), 272 f. und 280; TRAUTMANN/VON DER CRONE (Fn. 4), 473.

<sup>9</sup> Vgl. MERENS CAHANNES/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, 381 ff., 386, 393; VON DER CRONE (Fn. 2), § 5 N 187; SCHNEUWLY/VETTER (Fn. 2), 274 f.

<sup>10</sup> Vgl. auch CAHANNES/VON DER CRONE (Fn. 9), 394; TRAUTMANN/VON DER CRONE (Fn. 4), 473 f.; WERLEN/STOCKER (Fn. 2), 365.

<sup>11</sup> Vgl. auch VISCHER, GesKR 2017 (Fn. 4), 94; DERSELBE, AJP 2017 (Fn. 4), 688; a.M. ZYSSET/GALLI (Fn. 2), 134 f., wonach beim relativen Mehr ein Stichentscheid zur Beseitigung einer Pattsituation hilfreich sei.

gigen Dritten in Betracht, indem je eine Aktienstimme eines jeden Gesellschafters fiduziarisch auf diesen übertragen wird.<sup>12</sup>

[Rz 26] Im zu beurteilenden Fall hat sich die Statutenänderung, mit welcher der bisherige Losentscheid durch einen Stichentscheid ersetzt wurde, auch als *Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung* erwiesen (BGE 143 III 120, E. 4.5).

[Rz 27] Das Gebot der schonenden Rechtsausübung schützt Minderheitsaktionäre bei der Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte vor unzulässigen Beschränkungen durch die Aktionärsmehrheit. Ohne Angabe sachlicher und objektiver Gründe stellt das Ersetzen des Losentscheides bei Stimmgleichheit durch den Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten eine unverhältnismässige Beschränkung der Einflussmöglichkeiten der Minderheitsaktionäre dar und verstösst daher gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung. Statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären sind nämlich dann unzulässig, wenn sie zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder die Ziele mit Mitteln erreicht werden können, die weniger einschneidend sind. Das war vorliegend der Fall, weil der bisher in den Statuten vorgesehene Losentscheid die mildere Massnahme war. Zudem war offensichtlich, dass die Statutenrevision lediglich mit dem Ziel vorgenommen wurde, die von den Stimmrechtsaktionären gewünschte Wiederwahl der Revisionsstelle durchsetzen zu können (BGE 143 III 120, E. 4.3, 4.4, 4.5).

[Rz 28] In diesem Punkt verdient der Entscheid uneingeschränkte Zustimmung. Es geht nicht an, Rechte der Minderheitsaktionäre über eine Statutenrevision übermässig einzuschränken. Im vorliegenden Fall hatte der Losentscheid den angestrebten Zweck, bei Pattsituationen die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten, erfüllt. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, vermag ein Stichentscheid (wenn man diesen denn als zulässig erachtet) diesen Zweck nicht besser zu verwirklichen. Mit seinen Ausführungen geht das Bundesgericht implizit auch davon aus, dass der Losentscheid (bei Wahlen) zur Auflösung von Pattsituationen zulässig ist.<sup>13</sup>

## II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

### 1. Business Judgment Rule, Geschäftsführung und Vertretung, Beweislast, Décharge, Reduktion der Schadenersatzpflicht: Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016

#### A. Kernfragen

[Rz 29]

- Wann kommt die *Business Judgment Rule* zur Anwendung?
- Wie wirkt sich die Nichtanwendbarkeit der *Business Judgment Rule* auf die Beweislast aus?

---

<sup>12</sup> Vgl. CAHANNES/VON DER CRONE (Fn. 9), 388 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 5), § 24 N 58; TRAUTMANN/VON DER CRONE (Fn. 4), 474; vgl. auch HANS CASPAR VON DER CRONE, Lösung von Pattsituationen bei Zweimannesellschaften, SJZ 1993, 37 ff., 42.

<sup>13</sup> Zur Frage der Zulässigkeit des Losentscheids vgl. VISCHER, GesKR 2017 (Fn. 4), 93 m.w.H.; ZYSSET/GALLI (Fn. 2), 133 f.

- In welchem Verhältnis stehen (externe) Vertretungsmacht und (interne) Vertretungsbefugnis?
- Welche Wirkungen hat die Erteilung der Décharge und in welchem Umfang gilt sie?
- Inwieweit kommt eine Haftungsbeschränkung und Reduktion der Schadenersatzpflicht wegen mitwirkenden Drittverschuldens in Betracht?

## **B. Sachverhalt**

[Rz 30] Die C. AG erhob gegen ihre ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder D. (VRP, Einzelzeichnungsberechtigung), A., B. und E. (alle Kollektivzeichnungsberechtigung) eine Verantwortlichkeitsklage und beantragte, die Beklagten seien gemeinsam zur Zahlung von CHF 600'000 nebst Zins zu verpflichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, wobei das Gericht die Schadenersatzzahlung eines jeden Beklagten festzusetzen habe (Sachverhalt lit. A. und B.a).

[Rz 31] Das Bezirksgericht Schwyz hiess die Klage teilweise gut. Auf Berufung der Beklagten hob das Kantonsgericht das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Bezirksgericht zurück, das die Klage wiederum teilweise guthiess (Sachverhalt lit. B.a und B.b).

[Rz 32] Die gegen dieses Urteil erhobenen Berufungen wies das Kantonsgericht ab und hiess die von der C. AG erhobene Anschlussberufung gut. Es verpflichtete die Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung von CHF 298'266.50 nebst Zins (Sachverhalt lit. B.b).

[Rz 33] A., B. und E. erhoben daraufhin Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.). Das Bundesgericht vereinigte die Beschwerdeverfahren und trat auf die Beschwerden ein, soweit sie eine rechtsgenügeliche Begründung aufwiesen (E. 1. und 2.).

## **C. Erwägungen**

### **a. Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule**

[Rz 34] Im kantonalen Verfahren wurde bezüglich verschiedener Geschäftsvorgänge auf eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten erkannt (E. 4.).

[Rz 35] Die in Art. 717 Abs. 1 OR normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Dabei gilt ein objektiver Sorgfaltsmassstab und die Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat aus einer *ex ante* Betrachtung stattzufinden (E. 5.1).

[Rz 36] Bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden haben sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (sog. *Business Judgment Rule*). Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen hat das Gericht den Geschäftsentscheid inhaltlich lediglich daraufhin zu prüfen, ob er vertretbar ist. Andernfalls erfolgt eine freie bzw. umfassende Prüfung zur Beurteilung, ob der Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation fehlerbehaftet erscheint (E. 5.1).

[Rz 37] Bei sämtlichen in Frage stehenden Geschäftsvorgängen bestand entweder ein Interessenkonflikt oder es lag ein Inschlaggeschäft vor oder der Entscheid war nicht auf eine angemessene

Informationsbasis (keine entsprechenden Belege und Sitzungsprotokolle des Verwaltungsrats) gestützt. Es ist daher von mangelhaften Entscheidprozessen auszugehen, bei deren Überprüfung keine Zurückhaltung verlangt ist (E. 5.1).

#### **b. Geschäftsführung und Vertretung**

[Rz 38] An der mangelhaften Informationsbasis des einen Entscheides ändert nichts, dass der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident dieses Geschäft (im Aussenverhältnis) hat abschliessen können. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen der externen Vertretung und der internen Geschäftsführung, die nach Art. 716b Abs. 3 OR «allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft» zusteht, sofern sie nicht übertragen worden ist. Eine befugte Übertragung bzw. Delegation der Geschäftsführung setzt zwingend ein Organisationsreglement voraus (Art. 716b Abs. 1 OR). Vorliegend wurde die Geschäftsführung nicht gültig delegiert (E. 5.1).

[Rz 39] Ist die Geschäftsführung nicht gültig delegiert worden, können sich die Verwaltungsräte nicht auf eine Haftungsbeschränkung berufen und der Sorgfaltsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR steht ihnen nicht offen (E. 7).

#### **c. Beweislast**

[Rz 40] Die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit – und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit – trägt die Klägerin. Das bloss Vorliegen eines Interessenkonfliktes ist nicht *per se* pflichtwidrig. Liegt indessen ein Interessenkonflikt vor, ist nach der allgemeinen Lebenserwartung zu befürchten, dass die Interessen der Gesellschaft beim fraglichen Entscheid nicht an erster Stelle standen. Bei einem nachgewiesenen Interessenkonflikt wird daher auf tatsächlicher Ebene ein pflichtwidriges Handeln vermutet. Die tatsächliche Vermutung bewirkt aber keine Umkehr der Beweislast, sondern betrifft die Beweiswürdigung. Der Vermutungsgegner hat daher den Gegenbeweis und nicht den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Gelingt der Gegenbeweis nicht, gilt die Pflichtwidrigkeit aufgrund der tatsächlichen Vermutung als erstellt. Dies ist vorliegend der Fall (E. 5.2.).

#### **d. Erteilung der Décharge**

[Rz 41] Die Erteilung der Décharge durch die Generalversammlung bewirkt, dass allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen (negative Schuldanerkennung). In sachlicher Hinsicht bezieht sich ein allgemein gefasster Entlastungsbeschluss auf den gesamten Geschäftsgang des fraglichen Zeitraums. Nach Art. 758 Abs. 1 OR entfaltet er aber nur Wirkung für bekanntgegebene Tatsachen. Als bekannt gegeben gelten Tatsachen, die an der Generalversammlung «wenigstens im Grundsatz bekannt [...] [gegeben werden], soweit ihre Tragweite nicht bewusst heruntergespielt wird und die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre durch die Art der Darstellung nicht getäuscht werden» (E. 5.3).

[Rz 42] Vorliegend ist allen Mitgliedern des Verwaltungsrates zwar Décharge erteilt worden. Die Aktionäre sind aber über die Interessenkonflikte beim Abschluss der fraglichen Geschäfte nicht informiert worden und diese mussten ihnen auch nicht bekannt sein, sodass der Entlastungsbeschluss wirkungslos ist und die Verantwortlichkeitsansprüche nicht untergehen liess (E. 5.3).

[Rz 43] Daran ändert nichts, dass die Vorgänge als solche aus dem Geschäftsbericht ersichtlich waren. Trotz Diskussionen über die Geschäfte blieben Umstände wie insbesondere die Interes-

senkonflikte, die für den Entscheid über die Déchargeerteilung offensichtlich zentral sind, verschwiegen (E. 5.3).

#### e. **Haftungsbeschränkung und Reduktion der Schadenersatzpflicht**

[Rz 44] Die von E. behauptete untergeordnete Rolle in der C. AG (bloss 20% Aktienanteil, Kollektivzeichnungsberechtigung) und sein passives Verhalten, wonach er – trotz unbestrittener Stellung als Verwaltungsrat – keine Funktion ausgeübt habe, nicht informiert gewesen sei, sondern auf die «gute Qualifikation» von D. und B. und die Richtigkeit ihres Handelns und ihrer Integrität vertraut habe und sämtliche Entscheide ohne sein Wissen und seinen Willen gefasst und vollzogen worden seien sowie die Tatsache, dass er im Ausland wohne, vermögen die Schadenersatzpflicht nicht zu reduzieren (E. 7).

[Rz 45] Das passive Verhalten des E. lässt sich vielmehr nicht mit der pflichtgemässen Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben eines Verwaltungsrats im Sinne von Art. 716 ff. OR vereinbaren und kann ihn daher auch nicht entlasten (E. 7).

[Rz 46] Nach dem Prinzip der differenzierten Solidarität im Sinne von Art. 759 Abs. 1 OR ist der Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch Haftenden im Aussenverhältnis zwar individuell zu bestimmen. Eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens (der anderen Verwaltungsräte) kommt vorliegend aber nicht in Betracht. Sie kann nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden, weil andernfalls der Schutz der geschädigten Person, der mit der Solidarhaftung mehrerer Schuldner gerade angestrebt wird, weitgehend illusorisch würde (E. 7).

#### D. **Fazit**

[Rz 47] Die Gerichte haben sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind (sog. *Business Judgment Rule*).

[Rz 48] Das bloss Vorliegen eines Interessenkonfliktes ist nicht *per se* pflichtwidrig. Ist ein Interessenkonflikt nachgewiesen, wird aber auf tatsächlicher Ebene ein pflichtwidriges Handeln vermutet. Die tatsächliche Vermutung bewirkt keine Umkehr der Beweislast, sondern betrifft die Beweiswürdigung. Zur Umstossung der Vermutung ist daher der Gegenbeweis und nicht der Beweis des Gegenteils zu erbringen.

[Rz 49] Ist die Geschäftsführung nicht gültig delegiert worden, steht dem in Anspruch genommenen Verwaltungsrat der Sorgfaltsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen.

[Rz 50] Als für den Entlastungsbeschluss relevante bekanntgegebene Tatsachen im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR gelten nur Tatsachen, die an der Generalversammlung wenigstens im Grundsatz bekannt gegeben wurden und deren Tragweite nicht bewusst heruntergespielt wurde, sodass die Aktionäre durch die Art der Darstellung nicht getäuscht wurden.

[Rz 51] Ein passives Verhalten eines Verwaltungsrats kann diesen nicht entlasten; vielmehr ist ein solches Verhalten mit der pflichtgemässen Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben nach Art. 716 ff. OR nicht vereinbar.

## E. Bemerkungen

[Rz 52] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur sog. *Business Judgment Rule*,<sup>14</sup> wonach sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.<sup>15</sup>

[Rz 53] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat das Gericht den Geschäftsentscheid inhaltlich lediglich daraufhin zu prüfen, ob er vertretbar ist. Andernfalls erfolgt eine freie bzw. umfassende Prüfung zur Beurteilung, ob der Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation fehlerbehaftet erscheint (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1).

[Rz 54] Im vorliegenden Fall bestand bei sämtlichen in Frage stehenden Geschäftsvorgängen entweder ein Interessenkonflikt oder es lag ein Insichgeschäft vor oder der Entscheid war nicht auf eine angemessene Informationsbasis gestützt. Das Bundesgericht ging daher zu Recht von mangelhaften Entscheidprozessen aus, bei deren Überprüfung keine Zurückhaltung geboten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1).<sup>16</sup>

[Rz 55] Es stellt dabei allerdings klar, dass das bloss Vorliegen eines Interessenkonfliktes nicht *per se* pflichtwidrig ist. Ist ein Interessenkonflikt aber nachgewiesen,<sup>17</sup> wird auf tatsächlicher Ebene ein pflichtwidriges Handeln vermutet. Die tatsächliche Vermutung betrifft die Beweiswürdigung und bewirkt keine Umkehr der Beweislast. Der Vermutungsgegner hat somit den Gegenbeweis und nicht den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Gelingt der Gegenbeweis nicht, gilt die Pflichtwidrigkeit aufgrund der tatsächlichen Vermutung als erstellt, was vorliegend der Fall war (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2).

[Rz 56] Das Bundesgericht geht richtigerweise davon aus, dass der Kläger die Haftungsvoraussetzungen von Art. 754 OR zu beweisen hat und daher die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit – und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit – trägt.<sup>18</sup> Auch wenn aufgrund eines nachgewiesenen Interessenkonfliktes die tatsächliche Vermutung pflichtwidrigen Handelns besteht, führt dies nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Es geht vielmehr um ein Problem der Beweiswürdigung und somit um die Frage, ob das zutreffende Beweismass<sup>19</sup> im konkreten Fall tatsächlich erreicht wurde.<sup>20</sup> In diesem Sinn stellt die natürliche (tatsächliche) Vermutung eine besondere Beweisform dar bzw. ist nichts anderes als ein Anwendungsfall des Indizienbeweises. Das Ge-

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu auch KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, in: Jusletter 11. April 2016, Rz. 39 ff.

<sup>15</sup> Vgl. ferner BGE 139 III 24, E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1, 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1, 4A\_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1, 4A\_626/2013 und 4A\_4/2014 vom 8. April 2014, E. 5.1, 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1, 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2, 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.

<sup>16</sup> Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2.

<sup>17</sup> Der Geschädigte hat dazu den strikten Beweis zu erbringen.

<sup>18</sup> Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1, wonach die Beweislastverteilung auch bei einem (nachgewiesenen) Interessenkonflikt unberührt bleibe und der Kläger die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit trage.

<sup>19</sup> Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftmachung.

<sup>20</sup> Vgl. auch HANS SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014, Vor Art. 150–193 N 15.

richt schliesst von einer bekannten bzw. bewiesenen Hilfsstatsache – wie im vorliegenden Fall dem Interessenkonflikt – auf die rechtsrelevante Haupttatsache, die Pflichtverletzung.<sup>21</sup>

[Rz 57] Wenn der Hauptbeweis angetreten wurde und nicht scheitert, steht dem Beklagten als nicht beweisbelasteter Partei der Gegenbeweis offen. Der Gegenbeweis ist «geglückt, wenn er zwar nicht das Gegenteil oder eine eigene abweichende Sachdarstellung voll beweist, aber den Hauptbeweis so weit erschüttert, dass die richterliche Überzeugung ins Wanken gerät».<sup>22</sup>

[Rz 58] Zur Beweislastverteilung bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hat sich das Bundesgericht auch im Urteil 4A\_393/2016 vom 8. Dezember 2016 geäussert.<sup>23</sup>

[Rz 59] Das Bundesgericht stellt ferner klar, dass zwischen der externen Vertretung und der internen Geschäftsführung zu unterscheiden ist.<sup>24</sup> Ist die Geschäftsführung wie im vorliegenden Fall nicht gültig delegiert worden, können sich die Verwaltungsräte nicht auf eine Haftungsbeschränkung berufen und der Sorgfaltsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR steht ihnen nicht offen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1 und 7).

[Rz 60] Die Erteilung der Décharge durch die Generalversammlung bewirkt zwar, dass allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen. Dies gilt nach Art. 758 Abs. 1 OR aber nur für bekannt gegebene Tatsachen. Werden die Aktionäre daher beispielsweise über Interessenkonflikte beim Abschluss von Geschäften nicht informiert und mussten ihnen diese auch nicht bekannt sein, ist der Entlastungsbeschluss wirkungslos und lässt allfällige Verantwortlichkeitsansprüche nicht untergehen. Dass die Vorgänge als solche aus dem Geschäftsbericht ersichtlich waren, ändert daran nichts (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3). Soweit die Tatsachen nicht wenigstens im Grundsatz bekannt gegeben wurden, sind Verantwortlichkeitsansprüche, die sich darauf stützen, nicht ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn ein allgemeiner und (in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht) vorbehaltloser Entlastungsbeschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr gefasst wird. Er erfasst zwar grundsätzlich auch Vorfälle aus früheren Geschäftsjahren, aber nur dann, wenn die Generalversammlung seit der letzten Décharge-Erteilung davon Kenntnis erlangt hat.<sup>25</sup>

[Rz 61] Keiner weiteren Erläuterungen bedürfen die Ausführungen des Bundesgerichts, wonach das passive Verhalten eines Verwaltungsrats sich nicht mit der pflichtgemässen Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben im Sinne von Art. 716 ff. OR vereinbaren lässt und daher nicht zu einer Entlastung führen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 7).

---

<sup>21</sup> ISAAC MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 281.

<sup>22</sup> Vgl. SCHMID (Fn. 20), Vor Art. 150–193 N 4 m.w.H.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Ziff. II.4.

<sup>24</sup> Im Urteil 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017 hat sich das Bundesgericht ferner zum Verhältnis von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht bzw. den Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverträgen auf Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht geäussert (E. 5.3 und 5.4).

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3.

## 2. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister: Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017

### A. Kernfrage

[Rz 62] Können Gesellschaftsgläubiger nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR (mittelbarer Schaden) geltend machen oder ist vorab zwingend die Wiedereintragung der Gesellschaft zu erwirken?

### B. Sachverhalt

[Rz 63] A. war einziger Verwaltungsrat der D. AG. Im Januar 2009 wurde über die D. AG der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren anschliessend mangels Aktiven eingestellt und die D. AG im Juni 2009 im Handelsregister gelöscht (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 64] Im Juni 2010 klagten C. und B. als Gläubiger der (im Handelsregister gelöschten) D. AG gegen A. und verlangten Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 757 Abs. 2 i.V.m. Art. 754 OR) (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 65] Das Bezirksgericht Arbon hiess die Klage in Bezug auf C. teilweise gut und wies sie in Bezug auf B. ab. Die von A. erhobene Berufung wies das Obergericht ab; die Anschlussberufung von C. und B. hiess es gut (Sachverhalt lit. B.b).

[Rz 66] A. erhob gegen das Urteil Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.).

### C. Erwägungen

[Rz 67] A. rügt, die Vorinstanz habe die Aktivlegitimation von B. und C. zu Unrecht bejaht. Nachdem die D. AG im Handelsregister gelöscht worden sei, gebe es keinen Schadenersatz «an die Gesellschaft» im Sinne von Art. 757 Abs. 1 OR und auch keine «Gesellschaftsgläubiger» mehr. Eine «Konkursmasse», in die ein «Überschuss» nach Art. 757 Abs. 2 OR fallen könnte, fehle (E. 2).

[Rz 68] Nach der Konkurseröffnung über die Gesellschaft ist in erster Linie die Konkursverwaltung berechtigt, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Verzichtet sie darauf, können die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger den Schaden der Gesellschaft einklagen (Art. 757 Abs. 2 OR) (E. 2.1.2).

[Rz 69] Art. 757 OR begründet einen *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit*. Zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) abtreten lässt, und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben, besteht in materiell-rechtlicher Hinsicht kein Unterschied. In beiden Fällen wird der Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Namen der Gläubigergesamtheit (recte: für die Gläubigergemeinschaft bzw. aus dem Recht der Gesellschaft, weil der Gläubiger in eigenem Namen klagt) geltend gemacht und der Kläger tritt als Prozessstandschafter auf. Die Konkursmasse bleibt Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche (E. 2.1.2).

[Rz 70] Die Rechtspersönlichkeit einer sich in Liquidation befindenden Aktiengesellschaft geht mit der Löschung im Handelsregister unter. Es fehlt damit der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs auf Ersatz des Gesellschaftsschadens (E. 2.1.3).

[Rz 71] Zwar können sich Gesellschaftsgläubiger auch dann noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden ist, weil der Konkurs vom Konkursrichter wiedereröffnet werden kann, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen der Gesellschaft entdeckt wird, wie etwa ein Verantwortlichkeitsanspruch (E. 2.1.3).

[Rz 72] In diesem Fall kann der Gesellschaftsgläubiger die Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister verlangen, wenn er einen Verantwortlichkeitsanspruch gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen will. Damit wird der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs wieder konstituiert und eine Kollokation der Forderung des Gesellschaftsgläubigers gegen die Gesellschaft ermöglicht, damit anschliessend das Prozessführungsrecht bezüglich des Verantwortlichkeitsanspruchs an den Gesellschaftsgläubiger abgetreten werden kann (E. 2.1.3).

[Rz 73] Nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger kann eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR erheben. Die Grundlage, die zur Durchsetzung des mittelbaren Gläubigerschadens notwendigen Schritte einleiten zu können, wird mit der Wiedereintragung der Gesellschaft geschaffen (E. 2.1.3).

[Rz 74] Der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit steht in der Rechtszuständigkeit der Gemeinschuldnerin, die weiterhin Rechtsträgerin des Verantwortlichkeitsanspruchs bleibt, und nicht in jener der Gläubigergesamtheit. Dem als Prozessstandschafter auftretenden Gesellschaftsgläubiger fehlt die Aktivlegitimation, wenn der Rechtsträger der eingeklagten Forderung (Gesellschaft) nicht mehr existiert. Die Klage ist daher abzuweisen (E. 2.3).

[Rz 75] Ohne Wiedereintragung der D. AG waren B. und C. somit nicht zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens legitimiert (E. 2.3).

[Rz 76] Zudem können sich B. und C. nicht als rechtskräftig kollozierte Gläubiger ausweisen und sind auch deshalb nicht zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt (E. 2.3).

[Rz 77] Das Bundesgericht heisst daher die Beschwerde des A. gut (E. 2.4).

#### **D. Fazit**

[Rz 78] Art. 757 OR begründet einen *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit*.

[Rz 79] Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 757 Abs. 2 OR werden vom Gesellschaftsgläubiger als Prozessstandschafter geltend gemacht.

[Rz 80] Die Gesellschaft bleibt Rechtsträgerin der behaupteten Ansprüche.

[Rz 81] Geht die Gesellschaft als Folge der Löschung im Handelsregister unter, fehlt es den Ansprüchen an einer Rechtsträgerin und dem Gesellschaftsgläubiger als Prozessstandschafter an der Aktivlegitimation.

[Rz 82] Ohne Wiedereintragung der Gesellschaft und rechtskräftige Kollokation ihrer Forderungen sind die Gesellschaftsgläubiger nicht zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens legitimiert.

#### **E. Bemerkungen**

[Rz 83] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach Art. 757 OR einen *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit* begründet (sog. «Raschein-Praxis»). Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche, können die Aktio-

näre und Gesellschaftsgläubiger den Schaden der Gesellschaft einklagen (Art. 757 Abs. 1 und 2 OR). Der klagende Gesellschaftsgläubiger tritt dabei als Prozessstandschafter auf und die Gesellschaft bleibt Rechtsträgerin der behaupteten Ansprüche.

[Rz 84] Wurde die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht, stellt sich die Frage, ob ein Gesellschaftsgläubiger seinen auf Art. 757 Abs. 2 OR gestützten Anspruch nur geltend machen kann, wenn er die Wiedereintragung der Gesellschaft erwirkt.

[Rz 85] Das Bundesgericht geht im Entscheid davon aus, dass die Wiedereintragung der Gesellschaft zwingend erforderlich ist. Geht die Gesellschaft nämlich als Folge der Löschung im Handelsregister unter, soll es den Ansprüchen an einer Rechtsträgerin und dem Gesellschaftsgläubiger als Prozessstandschafter an der Aktivlegitimation fehlen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3 und 2.3).

[Rz 86] Zutreffend ist, dass nach Beendigung der Gesellschaft keine Rechtsträgerin mehr besteht, deren Ansprüche in Prozessstandschaft geltend gemacht werden könnten. Die Frage, die sich indessen stellt, ist, wann die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft untergeht. Ist dies der Fall mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister oder erst, wenn die Liquidation effektiv vollständig durchgeführt ist?

[Rz 87] Führt die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister unmittelbar zum Untergang der Gesellschaft, kommt der Löschung konstitutive Wirkung zu. Ist die Gesellschaft erst beendet, wenn die Liquidation tatsächlich vollständig abgeschlossen ist, hat die Löschung lediglich deklaratorische Wirkung.

[Rz 88] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht einheitlich. Im vorliegenden Entscheid scheint das Bundesgericht von einer konstitutiven Wirkung auszugehen, wenn es ausführt, die Rechtspersönlichkeit einer sich in Liquidation befindenden Aktiengesellschaft gehe mit der Löschung im Handelsregister unter (Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3).<sup>26</sup> In einem Urteil aus dem Jahr 2011 hat es demgegenüber im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verlust der Aktivlegitimation der Abtretungsgläubigerinnen bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister festgehalten, es sei zu beachten, «dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit führt».<sup>27</sup> Mit Blick auf den Verfahrensausgang konnte es damals die Frage offen lassen, ob eine die Löschung überdauernde Aktivlegitimation der Gesellschaftsgläubigerinnen, die ihren (behaupteten) mittelbaren Schaden als einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend gemacht hatten, bestand.<sup>28</sup> In zwei publizierten Urteilen aus den Jahren 1991 und 2006 sowie einem unpublizierten Urteil von 2008 ging das Bundesgericht ebenfalls davon aus, die rechtliche Existenz der Gesellschaft höre mit der Löschung der Firma im Handelsregister nach beendigter Liquidation auf.<sup>29</sup>

[Rz 89] Die Lehre geht mehrheitlich auch davon aus, dass die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft erst untergeht, wenn die Liquidation effektiv vollständig durchgeführt ist, bzw. dass die

---

<sup>26</sup> Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A.3/2002 und 4A.4/2002 vom 3. Juli 2002, E. 4.1.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2.

<sup>29</sup> BGE 117 III 39, E. 3.b; BGE 132 III 731, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_188/2008 vom 9. September 2008, E. 4.4; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_65/2008 vom 15. Dezember 2008, E. 2.1.

Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister beibehält, solange sie noch über Aktiven verfügt und damit nicht vollständig liquidiert ist.<sup>30</sup>

[Rz 90] Ob eine Wiedereintragung der Gesellschaft zur Geltendmachung des mittelbaren Gläubigerschadens zwingend erforderlich ist, hängt davon ab, ob die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister konstitutive oder deklaratorische Wirkung hat. Hat sie konstitutive Wirkung, muss die Gesellschaft zwingend wieder eingetragen werden, damit die Gläubiger den mittelbaren Schaden geltend machen können. Ist die Löschung demgegenüber lediglich deklaratorisch, kann der Anspruch trotz Löschung der Gesellschaft geltend gemacht werden, weil die Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit mangels vollständig durchgeführter Liquidation noch nicht verloren hat. Beim Verantwortlichkeitsanspruch handelt es sich nämlich um zur Masse gehörendes Vermögen.<sup>31</sup>

[Rz 91] Damit ein Gläubiger zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt ist, muss er sich zudem als rechtskräftig kollozierter Gläubiger ausweisen können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3) und sich die Ansprüche der Masse abtreten lassen. Denn nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger kann in eigenem Namen als Prozessstandschafter gegen ein Organ der Gesellschaft gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR vorgehen.

[Rz 92] Die Grundlage, damit die zur Durchsetzung des mittelbaren Gläubigerschadens notwendigen Schritte eingeleitet werden können, wird dabei mit der Wiedereintragung der Gesellschaft geschaffen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3), sofern nicht bereits vor der Löschung der Gesellschaft eine rechtskräftige Kollokation der Gläubigerforderung und eine Abtretung des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit stattgefunden hat.

[Rz 93] Ein Gesellschaftsgläubiger, der eine Schadenersatzforderung der gelöschten Gesellschaft gegen ihre Organe glaubhaft macht, kann somit die Wiedereintragung der Gesellschaft verlangen. Dabei muss er den Bestand seiner Forderung und das schutzwürdige Interesse an der Wiedereintragung (bloss) glaubhaft machen.<sup>32</sup> Die Wiedereintragung hat zum Ziel, dem Gläubiger zu ermöglichen, von der Gläubigergemeinschaft die Abtretung der Gesellschaftsforderung auf Schadenersatz zu verlangen.<sup>33</sup>

[Rz 94] Zur Geltendmachung eines unmittelbaren Gläubigerschadens ist nach zutreffender, in der Literatur vertretener Ansicht demgegenüber keine Wiedereintragung der Gesellschaft erforderlich.<sup>34</sup> Das Bundesgericht hat die Frage im Urteil 4A\_231/2011 vom 20. September 2011 offengelassen.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. PHILIPP HABERBECK, Wann verliert eine liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit?, in: Jusletter 10. April 2017, Rz. 16 ff., insbes. Rz. 28 und 39 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 5), § 56 N 152; FRANCESCO TREZZINI, in: Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Honsell Heinrich (Hrsg.), Basel 2014, Art. 746 N 1.

<sup>31</sup> So auch das Bundesgericht, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 164 Abs. 2 HRegV; BGE 132 III 731, E. 3.2; BGE 110 II 396, E. 2.

<sup>33</sup> BGE 132 III 731, E. 3.3.

<sup>34</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 5), § 56 Fn. 70; vgl. auch BGE 132 III 731, E. 3.3.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2.

### 3. Konkursverschleppungsschaden

#### A. Anforderungen an die Substantiierung des nicht ziffernmässig nachweisbaren Fortsetzungsschadens zufolge Konkursverschleppung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017<sup>36</sup>

##### a. Kernfrage

[Rz 95] Welche Anforderungen sind an die Substantiierung des nicht ziffernmässig nachweisbaren Fortführungsschadens zufolge Konkursverschleppung zu stellen?

##### b. Sachverhalt (gekürzt, ohne die für die Streitverkündungsklage relevanten Ausführungen)

[Rz 96] Über die B. AG in Liquidation wurde im November 2004 der Konkurs eröffnet. Zuvor hatte die Revisionsstelle, die A. AG, dem Gericht die Überschuldung der B. AG angezeigt (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 97] Die B. AG in Liquidation erhob 2011 Klage gegen die A. AG aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Sie begründete ihre Klage damit, dass die A. AG ihre Pflichten als Revisionsstelle verletzt und dem Gericht die Überschuldung zu spät angezeigt hätte, wodurch ihr ein Fortsetzungsschaden (Konkursverschleppungsschaden) entstanden sei (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 98] Das Handelsgericht Zürich wies die Klage ab mit der Begründung, die B. AG habe die Berechnungsgrundlagen für eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht hinreichend dargelegt. Die Klage sei damit bezüglich des Schadens nicht ausreichend substantiiert (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 99] Die B. AG gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.b.).

##### c. Erwägungen (ohne die für die Streitverkündungsklage relevanten Ausführungen)

[Rz 100] Die Haftung der Revisionsstelle setzt einen Schaden, eine Pflichtverletzung, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden voraus (Art. 755 Abs. 1 OR). Es obliegt nach der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts dem Kläger, die Haftungsvoraussetzungen, namentlich den Schaden, zu substantiieren und beweisen (E. 3).

[Rz 101] Schaden ist die ungewollte Vermögensminderung und berechnet sich nach der Differenztheorie. Zur Bestimmung des sog. *Fortführungsschadens zufolge Konkursverschleppung*, mithin des Schadens aufgrund einer verspäteten Konkurserklärung (vgl. Art. 725 Abs. 2 und Art. 729b Abs. 2 OR), ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, welche bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte (E. 3.1).

[Rz 102] Es ist somit der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung mit dem Vermögen im Zeitpunkt, in welchem die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft die Konkurseröffnung pflichtgemäss hätten herbeiführen müssen, zu vergleichen. Massgeblich sind die Liquidationswerte (E. 3.1).

---

<sup>36</sup> Das Verfahren 4A\_271/2016 betrifft einzig die Kostenverlegung im Streitverkündungsprozess und ist – im Gegensatz zu den gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen in 4A\_291/2016 – in BGE 143 III 106 amtlich publiziert.

[Rz 103] Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR; E. 3.2).

[Rz 104] Art. 42 Abs. 2 OR zielt auf eine Beweiserleichterung und nicht darauf ab, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Daher sind alle Umstände, welche für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (E. 3.2).

[Rz 105] Die Umstände, die der Geschädigte vorbringt, müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Dem Gericht muss sich «mit einer gewissen Überzeugungskraft» der Schluss aufdrängen, dass tatsächlich ein Schaden im behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist (E. 3.2).

[Rz 106] Die B. AG in Liquidation machte geltend, die A. AG hätte spätestens am 8. Dezember 2003 dem Gericht die Überschuldung anzeigen sollen. Die tatsächliche Konkursanmeldung erfolgte erst am 13. Oktober 2004. Für beide Zeitpunkte existiere keine Zwischenbilanz. Der «Einfachheit halber» stellte die B. AG in Liquidation deshalb zur Bestimmung des Fortsetzungsschadens auf den (kürzeren) Zeitraum zwischen dem 31. Dezember 2003 (letzte geprüfte Bilanz) und dem 31. Oktober<sup>37</sup> 2004 ab (E. 4.1).

[Rz 107] Die fehlenden Bilanzen zu Liquidationswerten versuchte die B. AG in Liquidation dadurch herzustellen, dass sie für jede Aktivposition der Bilanz eine mutmassliche Liquidationsquote heranzog und damit Wertkorrekturen zwischen 10 und 75% vornahm. Für dieses Vorgehen verwies sie auf ein in Auftrag gegebenes Privatgutachten. In dieser Weise legte sie die mutmassliche Höhe des Schadens fest (E. 4.1).

[Rz 108] Die Vorinstanz stellte unter anderem fest, dass der Nachweis des genauen Vermögensstandes zum Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung unmöglich war, weil für diesen Zeitpunkt keine Liquidationswerte vorlagen. Die von der B. AG in Liquidation vorgelegte Bilanz zur Berechnung des hypothetischen Konkursöffnungszeitpunktes könnte daher zwar zur Erleichterung des Beweises des Schadensausmasses herangezogen werden. Die von ihr festgesetzten Liquidationswerte in den Bilanzen seien aber nicht genügend substantiiert, weil die Wertkorrekturen nicht hinreichend begründet wären. Unklar sei, nach welchen Kriterien sie festgesetzt worden seien. Zudem sei nicht dargetan, aus welchen Gründen der Schaden am 8. Dezember 2003 (hypothetischer Konkursöffnungszeitpunkt) mindestens gleich gross gewesen sei wie am 31. Dezember 2003 (letzte geprüfte Bilanz) (E. 4.2).

[Rz 109] Nach Ansicht der Vorinstanz wäre von der B. AG in Liquidation zu erwarten gewesen, dass sie vortrage, gestützt auf welche Erfahrungen in welcher Branche, in welchem Zeitraum und in welcher Region sie die entsprechenden Wertkorrekturen vorgenommen habe. Die Darlegung der Berechnungsgrundlagen wäre zumutbar gewesen (E. 4.2).

[Rz 110] Möglich und zumutbar wäre es der B. AG in Liquidation auch gewesen, ihrer Schadensberechnung die realen Liquidationswerte zum tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt aufgrund der Verteillisten und der Erlöse zugrunde zu legen (E. 4.2).

[Rz 111] Weil sich die B. AG in Liquidation mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht in einer den Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG)

---

<sup>37</sup> Im Urteil ist sowohl vom 31. Oktober 2004 als auch vom 31. Juli 2004 als massgeblichem Zeitpunkt die Rede.

genügenden Weise auseinandersetzte, trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein (E. 4.4 und 4.5).

**d. Fazit**

[Rz 112] Der nicht ziffernmässig nachweisbare Fortsetzungsschaden zufolge Konkursverschleppung ist in genügender Weise zu substantiieren.

[Rz 113] Soweit möglich und zumutbar, sind alle Umstände darzulegen, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern.

[Rz 114] Dabei sind diejenigen Umstände vorzubringen, die geeignet sind, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Höhe genügend fassbar werden zu lassen.

[Rz 115] Dem Gericht muss sich «mit einer gewissen Überzeugungskraft» der Schluss aufdrängen, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist.

**B. Zur Berechnung des Schadens massgebliche Werte: Urteil des Bundesgerichts 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016**

**a. Kernfrage**

[Rz 116] Welche Werte (Fortführungs- oder Liquidationswerte) sind für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens massgeblich?

**b. Sachverhalt (stark gekürzt)**

[Rz 117] Die Aktiven der C. SA deckten ihre Passiven spätestens seit September 2003 nicht mehr. Der Verwaltungsrat X. hatte spätestens seit Ende 2003 begründete Besorgnis einer Überschuldung. Trotzdem leitete er keine Sanierungsmassnahmen ein (Sachverhalt lit. A.d).

[Rz 118] Auf Antrag des Gläubigers Z. eröffnete das Gericht im Mai 2004 den Konkurs über die C. SA. Z. meldete im Konkurs seine Forderung an, die (in reduziertem Umfang) kolloziert wurde (Sachverhalt lit. A.e).

[Rz 119] Die Konkursverwaltung verzichtete auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber X. und trat diese unter anderem an Z. ab, der 2008 Klage gegen X. erhob (Sachverhalt lit. A.e und lit. B.a).

[Rz 120] Z. begründete seine Forderung u.a. damit, der Gesellschaft sei ein Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung entstanden, weil X. im Zeitpunkt der Überschuldung die Geschäftstätigkeit pflichtwidrig weiterverfolgt habe (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 121] X. wurde im kantonalen Verfahren zu einer Schadenersatzzahlung verpflichtet (Sachverhalt lit. B.b). Gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhob X. Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.).

**c. Erwägungen**

[Rz 122] Der Schaden, welcher der Gesellschaft aus der Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige (Art. 725 Abs. 2 OR) erwächst, besteht in der Vergrösserung der Verschuldung zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden wäre,

wenn der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht verletzt hätte, und dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs über die Gesellschaft tatsächlich eröffnet wurde (sog. Fortführungsschaden; E. 2.2).

[Rz 123] Die Bestimmung des ersten Zeitpunkts (hypothetische Konkursöffnung) setzt zunächst die Bestimmung des Zeitpunkts voraus, in welchem der Verwaltungsrat «begründete Besorgnis einer Überschuldung» (Art. 725 Abs. 2 OR) hatte. Ausgehend von diesem Zeitpunkt ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen (E. 2.2.1).

[Rz 124] Bei der Berechnung des Schadens sind einzig die Liquidationswerte in Betracht zu ziehen, weil die Konkursöffnung die Auflösung der Gesellschaft bewirkt (Art. 736 Ziff. 3 OR) und deren Liquidation nach sich zieht (Art. 740 Abs. 5 OR). Sowohl die Bewertung im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung, als auch die Bewertung für den Zeitpunkt, in welchem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, wenn der Beklagte seine Pflichten nicht verletzt hätte, hat anhand der Liquidationswerte zu erfolgen. In Anbetracht der Liquidation der Gesellschaft verliert der Fortführungswert für die beiden Zeitpunkte jegliche Bedeutung (E. 2.2.2; vgl. auch E. 2.4).

[Rz 125] Erst die Bestimmung der Liquidationswerte ermöglicht es, allfällige stille Reserven – welche in den Fortführungswerten nicht abgebildet sind – offenzulegen (E. 2.2.2).

[Rz 126] Der Kläger hat ein Gutachten zu beantragen, in welchem die Liquidationswerte für die beiden Stichtage bestimmt werden. Nur so ist es möglich, festzustellen, ob der Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung mindestens so hoch ist, wie vom Kläger angenommen wird. Dabei spielt es keine Rolle, dass sich sämtliche dafür notwendigen Unterlagen in den Akten befinden. Es obliegt nicht dem Richter, den Vermögensstand der Gesellschaft zu rekonstruieren, denn nur ein Experte verfügt über das erforderliche Fachwissen (E. 2.2.2; vgl. auch E. 2.4).

[Rz 127] Weil die Vorinstanzen den Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung nicht korrekt festgestellt und zudem nicht auf die Liquidationswerte abgestellt hatten, hat das Bundesgericht die Beschwerde (teilweise) gutgeheissen, soweit sie sich auf den angeblich durch die Unterlassung der Überschuldungsanzeige an den Richter verursachten Schaden bezog (E. 2.3.3, 2.4, 2.5 und 4).

#### **d. Fazit**

[Rz 128] Bei der Berechnung des Konkursverschleppungsschadens sind einzig die Liquidationswerte relevant.

[Rz 129] Es obliegt nicht dem Richter, den Vermögensstand der Gesellschaft zu rekonstruieren, vielmehr ist ein Experte heranzuziehen, der über das erforderliche Fachwissen verfügt.

#### **C. Unterlassung der Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR als arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 StGB: Urteile des Bundesgerichts 6B\_199/2016 vom 8. Dezember 2016, 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017 und 6B\_961/2016 vom 10. April 2017**

[Rz 130] Die Unterlassung der Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR stellt eine arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 Strafgesetzbuch (StGB) dar und kann den Tatbestand der Misswirtschaft erfüllen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_199/2016 vom

8. Dezember 2016, E. 2.3.3 und 2.3.4, 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, E. 4.1.1 und 4.2.1, 6B\_961/2016 vom 10. April 2017, E. 6.3).

[Rz 131] Die Benachrichtigung des Richters kann (nur dann) für eine kurze Zeitspanne aufgeschoben werden, wenn begründete und konkrete Aussichten auf eine aussergerichtliche finanzielle Sanierung und Wiederherstellung der Ertragskraft bestehen. Dabei reichen übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, E. 4.2.1).

#### D. Bemerkungen zu den Urteilen zum Konkursverschleppungsschaden

[Rz 132] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach bei der Festsetzung des sog. *Fortführungsschadens* zufolge *Konkursverschleppung*, mithin des Schadens, der aufgrund einer verspäteten Benachrichtigung des Gerichts nach Art. 725 Abs. 2 OR entstanden ist, einzig die Liquidationswerte massgebend sind und den Fortführungswerten keine Bedeutung zukommt (Urteile des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 3.1 und 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2.2).<sup>38</sup>

[Rz 133] Der Fortführungsschaden berechnet sich nach der Differenztheorie und besteht in der Vergrösserung der Verschuldung zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden wäre, wenn der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht verletzt hätte, und dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs über die Gesellschaft tatsächlich eröffnet wurde (Urteile des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 3.1 und 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2).<sup>39</sup>

[Rz 134] Der Fortführungsschaden kann in aller Regel nur geschätzt werden, da er nicht ziffernmässig nachweisbar ist. Der Richter hat daher nach Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen den Schaden abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Weil Art. 42 Abs. 2 OR lediglich auf eine Beweiserleichterung abzielt und nicht darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen, hat dieser «alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 3.2). Der Kläger hat die Umstände vorzubringen, welche geeignet sind, «den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 3.2). Gestützt auf das Beweisergebnis muss sich dem Gericht der «Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, [...] mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 3.2).

[Rz 135] Das Handelsgericht Zürich ging als Vorinstanz davon aus, dass den Substantiierungsanforderungen nicht genüge getan ist, wenn die Fortsetzungswerte mit einer nicht näher begründeten Wertkorrekturquote in Liquidationswerte umgewandelt werden, um den Schaden zu beweisen. Das Bundesgericht hat diese Ansicht im Entscheid geschützt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016; 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017, E. 4.2, 4.4 und 4.5).

---

<sup>38</sup> BGE 136 III 322, E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 4.1.2.

<sup>39</sup> BGE 136 III 322, E. 3.2.1; BGE 132 III 342, E. 2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 4.1.

[Rz 136] Die Urteile zeigen einmal mehr, dass die Anforderungen an die Substantiierungslast hoch sind und der Kläger nur Aussicht auf Erfolg hat, wenn er den behaupteten Schaden – gegebenenfalls anhand eines Parteigutachtens – genügend substantiiert. In aller Regel wird er auch gut daran tun, für den Nachweis des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens zusätzlich ein gerichtliches Gutachten zu beantragen, in welchem die Liquidationswerte für die beiden Stichtage (hypothetische und tatsächlich Konkursöffnung) bestimmt werden. Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, nur so sei es möglich, festzustellen, ob der Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung mindestens so hoch sei, wie vom Kläger angenommen werde. Es obliege nämlich nicht dem Richter, den Vermögensstand der Gesellschaft zu rekonstruieren, denn nur ein Experte verfüge über das erforderliche Fachwissen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2.2 sowie auch E. 2.4). Im Urteil 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017 doppelt das Bundesgericht nach und führt aus, «(c)oncrètement, le demandeur doit solliciter des tribunaux de mandater un expert qui aura pour tâche d'établir les valeurs de liquidation aux deux moments déterminants» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 4.1.2 und 4.1.3).

[Rz 137] In den strafrechtlichen Entscheiden zur Unterlassung der Überschuldungsanzeige führt das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung aus, die Benachrichtigung des Richters könne für eine kurze Zeitspanne aufgeschoben werden, wenn begründete und konkrete Aussichten auf eine aussergerichtliche finanzielle Sanierung und Wiederherstellung der Ertragskraft bestünden. Übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen würden allerdings nicht ausreichen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, E. 4.2.1). Diese Zeitspanne beträgt nach Auffassung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre vier bis sechs Wochen.<sup>40</sup> Mit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts wird die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben können, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanzen, behoben werden kann und dass sich die Überschuldung nicht wesentlich erhöht.<sup>41</sup> Damit wird dem Verwaltungsrat in Zukunft eine etwas längere Toleranzfrist zustehen.

#### **4. Beweislast und Feststellung des Schadens nach der Differenztheorie: Urteil des Bundesgerichts 4A\_393/2016 vom 8. Dezember 2016**

##### **A. Kernfragen**

[Rz 138] Wer hat die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu beweisen und wie weit geht die Behauptungslast des Beweispflichtigen?

[Rz 139] Kann zur Bestimmung des Schadens lediglich auf die eingetretene Verminderung der bilanzierten Aktiven ohne Berücksichtigung der Passiven abgestellt werden?

---

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.117/1999 vom 16. November 1999, auszugsweise publiziert in ST 2000, 1267 ff., 1270, in dem mit Verweis auf die Lehre eine Frist von vier bis sechs Wochen als angemessen erachtet wurde, das Gericht dann aber davon ausging, dass der Verwaltungsrat nach der Feststellung der Überschuldung die finanzielle Sanierung innert maximal 60 Tagen zu erwirken habe; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 816 m.w.H.; URS MEIER, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, 122 ff. m.w.H.

<sup>41</sup> Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 E OR 2016 (BB1 2017 683 ff.).

## **B. Sachverhalt (stark gekürzt)**

[Rz 140] A. war Verwaltungsratspräsident der C. AG und Organ deren Muttergesellschaft E. AG. A. verkaufte als Organ der E. AG im Juni 2011 100% der Beteiligungen an der C. AG an F. (Sachverhalt lit. A.a).

[Rz 141] 2007 gewährte die Bank B. der C. AG einen Rahmenkredit, den sie kündigte, nachdem sie über den Verkauf der Aktien informiert wurde (Sachverhalt lit. A.b).

[Rz 142] Im März 2012 wurde über die – nunmehr als D. AG firmierende – C. AG der Konkurs eröffnet (Sachverhalt lit. A.a).

[Rz 143] Die Bank B. klagte im März 2014 (aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG) gegen A. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und machte u.a. geltend, A. hätte die C. AG ausgehöhlt, indem er anlässlich des Aktienverkaufs die laufenden Verträge der C. AG mit der H. AG (durch Auflösung und Neuabschluss) auf die neu gegründete G. AG, deren einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat er gewesen sei, übertragen habe. Dadurch habe er über die Aktiven der C. AG verfügt und ihr Vermögen unlauter geschmälert (Sachverhalt lit. B.a und E. 2).

[Rz 144] Das Handelsgericht Zürich hiess die Klage im Wesentlichen gut und ging davon aus, das Handeln eines Organs in Interessenkonflikt begründe die Vermutung pflichtwidrigen Handelns und das Organ müsse daher nachweisen, dass eine Benachteiligung der Gesellschaft ausgeschlossen sei. Mangels Bestreitung durch A. hielt das Gericht die Behauptung der Bank B. für zutreffend und erachtete den Schaden infolge Abnahme der Aktiven der C. AG als erstellt (Sachverhalt lit. B.b).

[Rz 145] A. erhob gegen das Urteil Beschwerde ans Bundesgericht und rügte, das Handelsgericht hätte zu hohe Anforderungen an die Bestreitungslast gelegt und ihm im Ergebnis die Beweislast auferlegt. Aufgrund falscher, bestrittener und nicht bewiesener Annahmen hätte es einen Schaden pauschal mit ca. CHF 1.664 Mio. beziffert (Sachverhalt lit. C.).

## **C. Erwägungen**

[Rz 146] Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR (Schaden, Pflichtverletzung, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang sowie Verschulden) sind vom Kläger zu beweisen (E. 2).

[Rz 147] A. hatte (nachweislich) wiederholt bestritten, dass eine Aushöhlung der C. AG, wie der Entzug der Geschäftsgrundlage durch Übertragung sämtlicher Aufträge oder die Entnahme von Aktiven, stattgefunden habe. Vielmehr seien sämtliche Aktiven gemäss dem Kaufvertrag bei der C. AG verblieben (E. 3.2).

[Rz 148] A. hat damit – entgegen der Würdigung der Vorinstanz – die Behauptung der Bank B., er habe die C. AG ausgehöhlt, detailliert bestritten (E. 3.3).

[Rz 149] Der Bank B. oblag es (als Klägerin), ihre Behauptungen so detailliert darzulegen, dass darüber Beweis geführt werden konnte. Mangels bewiesener detaillierter Behauptungen der beweibelasteten Bank B. hat das Handelsgericht zu Unrecht eine Pflichtverletzung von A. bejaht (E. 3.3).

[Rz 150] Das Handelsgericht hat einen Schaden der C. AG in der Höhe von mindestens CHF 1.644 Mio. festgestellt. Der Schaden resultiere daraus, dass das Vermögen der C. AG im Zeitraum zwischen dem Aktienverkauf und der Erstellung des Konkursinventars in diesem Umfang abgenommen habe (E. 4).

[Rz 151] Schaden ist die unfreiwillige Vermögensverminderung. Er entspricht der Differenz zwischen dem Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem Stand, den das Vermögen ohne schädigendes Ereignis hätte. Unter dem Vermögensstand ist das Nettovermögen zu verstehen (E. 4.1).

[Rz 152] Es ist nicht vertretbar, zur Feststellung des Schadens nur die Aktiven, nicht jedoch die Passiven zu berücksichtigen, wie es das Handelsgericht getan hat. Der Vermögensstand einer Gesellschaft kann nicht allein aufgrund der bilanzierten Aktiven ohne Berücksichtigung der Passiven bestimmt werden (E. 4.2).

[Rz 153] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurück (E. 5).

#### **D. Fazit**

[Rz 154] Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR sind vom Kläger zu beweisen.

[Rz 155] Dem Kläger obliegt es, seine Behauptungen so detailliert darzulegen, dass darüber Beweis geführt werden kann.

[Rz 156] Die Anforderungen an die Bestreitungslast des Beklagten sind demgegenüber nicht zu überspannen.

[Rz 157] Bei der Bestimmung des Schadens kann nicht allein auf eine Verminderung der bilanzierten Aktiven ohne Berücksichtigung der Passiven abgestellt werden.

#### **E. Bemerkungen**

[Rz 158] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR vom Kläger zu beweisen sind. Wie bereits die Urteile zum Konkursverschleppungsschaden<sup>42</sup> zeigt auch dieser Entscheid, dass die Anforderungen an die Substantiierungslast hoch sind und der Kläger nur Aussicht auf Erfolg hat, wenn er seine Behauptungen so detailliert darlegt, dass darüber Beweis geführt werden kann.

---

Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern.

RA SIMON LEU, MLaw ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern.

Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den Karin Müller am 15. November 2017 im Rahmen einer Weiterbildung an der Universität Luzern gehalten hat.

Die Autoren danken den Herren Philipp Anton Burri, BLaw, und Hermann Julen, BLaw, beide

---

<sup>42</sup> Vgl. dazu Ziff. II.3. lit. A. und B.

Hilfsassistenten an der Universität Luzern, für die wertvollen Vorarbeiten und die Mithilfe bei der Zitatkontrolle.