



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeitsrecht im Wandel

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht XII
Tagungsband 2024



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Peter R. Isler, Rolf Sethe

Verantwortlichkeitsrecht im Wandel

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht XII

Tagungsband 2024

EIZ  Publishing



Verantwortlichkeitsrecht im Wandel Copyright © by Peter R. Isler und Rolf Sethe is licensed under a Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International, except where otherwise noted.

© 2025 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Peter R. Isler / Rolf Sethe – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-790-1 (Print – Softcover)

978-3-03805-791-8 (PDF)

978-3-03805-792-5 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-790>

Version: 1.00 – 20250318

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/verantwortlichkeitsrecht-im-wandel/>.

Vorwort

Die vom Europa Institut Zürich regelmässig durchgeführte „Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht“ fand am 30. Januar 2024 zum zwölften Mal statt. Die Veranstalter haben bei der Themenwahl versucht, die sich aus der jüngeren Rechtsprechung und dem wissenschaftlichen Diskurs ergebenden Grundsatzfragen des Verantwortlichkeitsrechts aufzugreifen (Verantwortlichkeit im Konzern, Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären sowie Zusammenhänge von Verantwortlichkeit und Vergütung). Beleuchtet wurden weiter Fragen der Prozessfinanzierung sowie der Haftung des Verwaltungsrats für Steuern und steuerliche Aspekte bei Verantwortlichkeitsansprüchen. Das Thema Dieselskandal, das wir bereits im letzten Tagungsband angesprochen hatten, ist in Deutschland weiterhin aktuell und man dürfte dort vor einer dritten Klagewelle stehen. Nun hat es auch in der Schweiz zu höchstrichterlichen Entscheiden geführt. Wir haben daher ein rechtsvergleichendes Referat zu diesem Thema aufgenommen.

Mit der 12. Tagung schliessen die Veranstalter die Tagungsreihe zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht. Anlass für ihre Begründung war die prozessuale Aufbereitung des Groundings der Swissair. Prof. Dr. Rolf H. Weber (1. bis 6. Tagung), Dr. Peter R. Isler (4. bis 12. Tagung), sowie Prof. Dr. Rolf Sethe (7. bis 12. Tagung) haben versucht, die grosse Bandbreite des Verantwortlichkeitsrechts bei der Auswahl der Tagungsthemen darzulegen, um offene Rechtsfragen klären und in einen systematischen Kontext stellen zu können. Zugleich sollten die Referate eine Handreichung für Praktiker sein, die vor der konkreten Aufgabe stehen, in einem Fall die zivilrechtlichen Folgen des Verantwortlichkeitsrechts beurteilen zu müssen. Aus diesem Grund wurden die Referate anschliessend in vertiefter und aktualisierter Form in Tagungsbänden veröffentlicht. Einzig die Referate der Tagung von 2017 sind 2018 im Heft 2 der ZSR erschienen. Die grundlegenden Fragen des Verantwortlichkeitsrechts konnten im Rahmen der zwölf Tagungen (weitgehend) geklärt werden. Da derzeit nicht zu erwarten ist, dass ein weiterer spektakulärer Fall des Verantwortlichkeitsrechts eine Vielzahl neuer Fragen aufwerfen würde, schliessen wir die ausschliesslich dem Verantwortlichkeitsrecht gewidmete Tagungsreihe nun ab. Das Thema Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht wird künftig in Form von Einzelreferaten in der Zürcher Tagung für Aktien- und GmbH-Recht behandelt.

Unser Dank gebührt unseren Referentinnen und Referenten dieser Tagung, aber auch aller früheren Tagungen, die sich neben ihrem grossen Einsatz an

der Veranstaltung der Mühe unterzogen haben, ihr Referat schriftlich niederzulegen.

Ausserdem danken wir dem bewährten Team des Europa Instituts, das die Veranstaltungen all die Jahre hervorragend und zuverlässlich betreut hat. Für die Durchführung der diesjährigen Tagung und für die Erstellung und Gestaltung dieses Bandes danken wir Frau Deak, Frau Tschalèr und Frau Schwegler.

Zürich, im Dezember 2024

Peter R. Isler/Rolf Sethe

Inhaltsübersicht

Verantwortlichkeit im Konzern 9

Dr. PETER R. ISLER, LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der
Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich

Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären für unterkapitalisierte AGs 35

Prof. Dr. VALENTIN JENTSCH, LL.M., Assistenzprofessor für
Gesellschaftsrecht, Universität St.Gallen

Verantwortlichkeit und Vergütung 61

Dr. VALERIE MEYER BAHAR, LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin
bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich

Reichweite des Abgasskandals bis in die Schweiz 75

Prof. Dr. ROLF SETHE, LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für
Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Prozessfinanzierung 113

Dr. ISABELLE BERGER, Rechtsanwältin, Chief Investment
Officer, Partnerin bei Nivalion AG, Steinhausen

Haftung des Verwaltungsrats für Steuern und steuerliche Aspekte bei Verantwortlichkeitsansprüchen 125

Dr. TOBIAS F. ROHNER, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Partner bei Vischer AG
PATRIK FISCH, MLaw HSG, MAccFin HSG, dipl. Steuerexperte

Verantwortlichkeit im Konzern

Peter R. Isler*

Inhalt

I.	<u>Einleitung</u>	10
II.	<u>Verantwortlichkeit auf Stufe Obergesellschaft</u>	12
1.	<u>Allgemeine Bemerkungen</u>	12
a)	<u>Pflichtverletzung</u>	12
b)	<u>Schaden</u>	13
c)	<u>Kausalzusammenhang</u>	14
d)	<u>Verschulden</u>	14
2.	<u>Aktivlegitimation von Aktionären</u>	15
a)	<u>Allgemeine Bemerkung</u>	15
b)	<u>Aktionärsklagen aus unmittelbarem Schaden</u>	15
c)	<u>Aktionärsklagen aus mittelbarem Schaden</u>	16
3.	<u>Aktivlegitimation der Gesellschaft</u>	17
a)	<u>Allgemeine Feststellungen</u>	17
b)	<u>Grosse Zurückhaltung bei Klagen der Gesellschaft</u>	18
c)	<u>Klage gestützt auf einen GV-Beschluss der geschädigten Gesellschaft</u>	18
d)	<u>Klage der Gesellschaft unter Einbezug der D&O Versicherung</u>	19
e)	<u>Der Fall ABB als Musterbeispiel einer Vergleichslösung</u>	21
4.	<u>Aktivlegitimation des Konkurs- oder Nachlassverwalters bzw. von Gläubigern durch Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen</u>	22
a)	<u>Allgemeine Bemerkung</u>	22
b)	<u>Das Interesse des Abtretungsgläubigers</u>	22
5.	<u>Passivlegitimation von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle</u>	23
a)	<u>Allgemeine Bemerkungen</u>	23
b)	<u>Bei Konzernholdinggesellschaften</u>	24
6.	<u>Passivlegitimation von faktischen Organen und Körperschaften des öffentlichen Rechts</u>	25
a)	<u>Qualifikation als faktisches Organ</u>	25
b)	<u>Bei Konzernobergesellschaften</u>	25
c)	<u>Körperschaft des öffentlichen Rechts</u>	26

* Der Autor dankt Frau Dorothea Wirth, LL.M. BSc herzlich für ihre wertvolle Unterstützung zu diesem Beitrag.

III. Verantwortlichkeit auf Stufe Untergesellschaft	26
1. Allgemeine Bemerkungen	26
2. Aktivlegitimation der Muttergesellschaft, eines Minderheitsaktionärs, des Konkurs- oder Nachlassverwalters bzw. eines Abtretungsgläubigers	27
a) Tochtergesellschaft nicht im Konkurs oder Nachlass	27
b) Tochtergesellschaft im Konkurs oder Nachlass	28
3. Passivlegitimation bei Verantwortlichkeit auf Stufe Untergesellschaft	29
a) Allgemeine Bemerkungen	29
b) Passivlegitimation von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Untergesellschaft	29
c) Passivlegitimation der Organe der Obergesellschaft	30
d) Passivlegitimation der Obergesellschaft selbst	30
IV. Schlussbemerkungen	31
Literaturverzeichnis	32

I. Einleitung

Nach dem Grounding der Swissair im Herbst 2001 wurde von den vier in Nachlassliquidation gefallenen Konzerngesellschaften SAirGroup, SAirLines, Swissair und Flightlease, handelnd durch die Nachlassliquidatoren, versucht, in sechs Verantwortlichkeitsprozessen von Mitgliedern des Verwaltungsrates und Teilen der Geschäftsleitung beträchtliche Schadenersatzforderungen durchzusetzen. Bekanntlich wurden sämtliche Verantwortlichkeitsklagen von allen Gerichtsstufen vollständig abgewiesen, zuletzt im November 2019 durch ein Bundesgerichtsurteil in Sachen Swissair/Cash Pool.¹

Seither scheint die Meinung verbreitet zu sein, dass bei einem Scheitern von Grossfirmen der Verwaltungsrat kaum je zur Verantwortung gezogen werde. Nachdem nun im Frühjahr 2023 die einst hochangesehene Credit Suisse infolge der Not-Übernahme durch die UBS unterging und in der Schweiz soweit bekannt keine Verantwortlichkeitsklagen im Raum stehen, wurde diese Ansicht wohl noch gestärkt. In einem Gastkommentar von Jean-Daniel Gerber in der NZZ vom 5. August 2023 unter dem Titel „Den Verwaltungsrat in die Pflicht nehmen“ wurde denn auch folgende klare Aussage gleich an den Anfang gestellt:

„Der Verwaltungsrat trägt die Verantwortung für die Gesamtpolitik der Unternehmung. Kommt er seinen Pflichten nicht nach, ist er haftbar. Um ihn straf- oder zivilrechtlich zu belangen, müssen jedoch hohe Anforderungen

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019; dazu Isler/Schmid, 22 ff.

erfüllt sein. Es muss nachgewiesen werden, dass 1) der Verwaltungsrat seine Pflichten verletzt hat, 2) ein Schaden entstanden ist, 3) der Schaden kausal mit der Verletzung der Pflichten zusammenhängt und 4) ein Verschulden vorliegt.

Diese vier Kriterien müssen zudem kumulativ erfüllt sein. Dieses System verunmöglicht es nahezu, Schuld zu belegen und Verantwortung einzufordern, denn Fehlentscheide fallen nicht unter die Haftungsgründe. Im Gegensatz zu den Mitarbeitenden und Aktionären, die um ihre Stelle oder ihr Kapital bangen müssen, kommt der Verwaltungsrat ziemlich ungeschoren davon.“

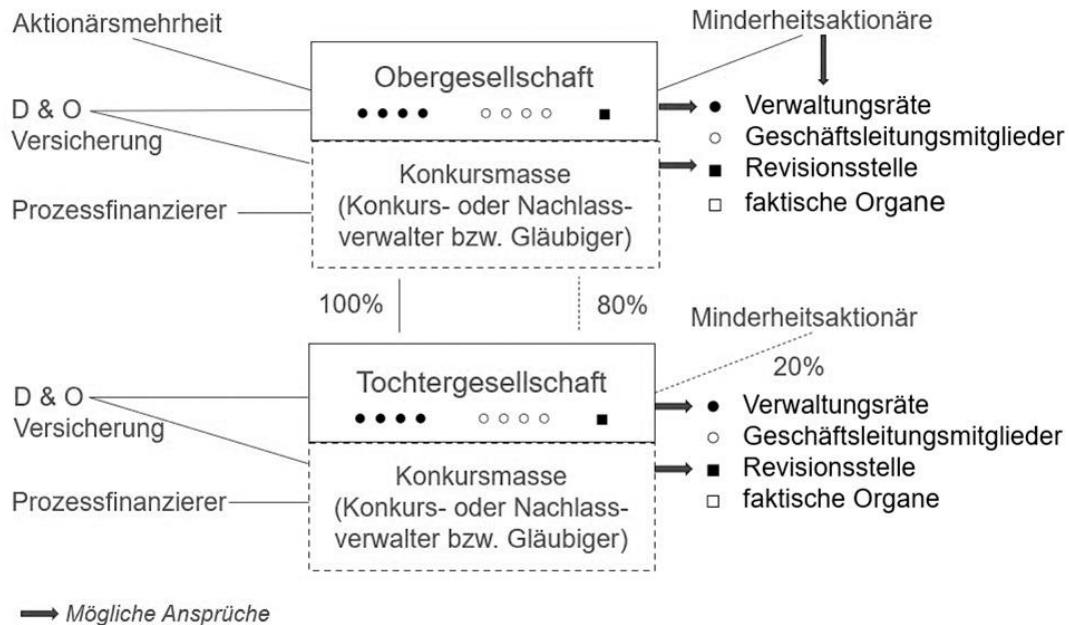
Diese ziemlich ernüchternde Feststellung stammt von einem fundierten Kenner der Wirtschaft, war Gerber doch Staatssekretär für Wirtschaft und später Verwaltungsrat in so bekannten Unternehmen wie der Weltbank, Lonza, Credit Suisse und Präsident der Sifem AG (Swiss Investment Fund for Emerging Markets).²

Dennoch möchte ich in diesem Beitrag die These – mit Fokus auf Konzernverhältnisse – kritisch hinterfragen. Dabei soll die juristische Theorie eher allgemein behandelt³ und mehr anhand von Beispielen aus der Praxis und eigener Erfahrung aufgezeigt werden, wo auch in Grossunternehmen die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nicht toter Buchstabe bleiben muss.

In einem straff geführten Konzern, aber auch in einer zusammengekauften Unternehmensgruppe (z.B. im Medien- oder Medizinbereich sowie in der Vermögensverwaltung) entsteht in der Tat ein recht komplexes Beziehungsgeflecht zwischen den möglichen Klägern und den potenziellen Beklagten eines Verantwortlichkeitsprozesses. Dieses kann sich zudem im Laufe der Zeit ändern, wenn eine Konzerngesellschaft in Konkurs oder Nachlassliquidation fallen sollte. Es kann etwa wie folgt schematisch dargestellt werden:

² Siehe die Angaben zum Autor im genannten Artikel.

³ Siehe zur Verantwortlichkeit im Konzern ausführlich Kunz, 299 ff., Rz. 751 ff.; von der Crone, 944 ff., Rz. 2219 ff.; Böckli, Aktienrecht, 2287 ff., § 16 Rz. 60 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser, 893 ff., § 24 Rz. 60 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 60 Rz. 39 ff.; Hofstetter, 1 ff.; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 46 ff.



Nachfolgend sollen die aktienrechtlichen Themen getrennt nach Obergesellschaft und Untergesellschaft behandelt werden.

II. Verantwortlichkeit auf Stufe Obergesellschaft

1. Allgemeine Bemerkungen

Wie Gerber zurecht betont, sind die von der Klägerschaft zu beweisenden, kumulativen vier Voraussetzungen für eine erfolgreiche Verantwortlichkeitsklage ziemlich hoch. Bei einer Verantwortlichkeit für einen Schaden auf Stufe Obergesellschaft müssen sie aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerngesellschaften zudem in Bezug auf diese selbst und nicht auf den Konzern als Ganzes oder eine Untergesellschaft erfüllt sein. Es bestehen insbesondere die nachfolgend aufgeführten Schwierigkeiten:

a) Pflichtverletzung

Für eine Verantwortlichkeitsklage bei der Obergesellschaft ist, wie soeben angesprochen, grundsätzlich nur die Pflichtverletzung gegenüber dieser entscheidend. Trotzdem darf die Konzernsicht nicht ausgeblendet werden, da eine unmittelbar zulasten der Obergesellschaft gehende Handlung, z.B. ein günstiges Darlehen an die Untergesellschaft, den Wert der Untergesellschaft (mindestens) im selben Umfang erhöhen kann, wie sich jener der Obergesellschaft unmittelbar reduziert. Der gestiegene Wert der Beteiligung an der Untergesellschaft kompensiert dann den unmittelbaren Verlust bei der Obergesellschaft, sodass diese

nicht geschädigt ist und auch keine Pflichtverletzung vorliegt.⁴ Das gilt solange, als die Untergesellschaft nicht überschuldet ist, da sonst der Zuschuss mindestens teilweise anderen Gläubigern zugutekommt.⁵ Auch dann ist ein Transfer zulässig, wenn er im Eigeninteresse der Obergesellschaft liegt, etwa weil die unterstützte Untergesellschaft unersetzliche („systemrelevante“) Funktionen für die Gruppe erbringt.⁶ Hingegen wurde ein Verantwortlichkeitsanspruch bejaht für eine Darlehensgewährung an eine überschuldete Tochtergesellschaft, für die keine Sanierungsbemühungen getroffen worden waren.⁷

Die Pflichtverletzung besteht meist in einer Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht. Sie ist vor allem bei strafbaren Handlungen sowie einer Schadensverursachung infolge eines Interessenkonflikts relativ leicht nachweisbar. Bei blossen geschäftlichen Fehlentscheiden ist dies viel anspruchsvoller. Geschäftsentscheide, welche sich in der Folge als schadensverursachend herausstellen, müssen aus einer *ex-ante*-Sicht und nach den Grundsätzen der Business Judgment Rule beurteilt werden.⁸

Letztere Regel setzt einen „von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess“ voraus.⁹ Interessenkonflikte sind grundsätzlich auch konzernintern möglich. Wie anhand von Transfers der Ober- an die Untergesellschaft aufgezeigt, schliesst aber das Interesse der Konzernmutter in der Regel auch jenes anderer Konzernglieder ein. In diesem Fall liegt kein der Business Judgment Rule entgegenstehender Interessenkonflikt vor. Auch dann kann aber nach der Rechtsprechung bei der Beurteilung konzerninterner Transaktionen ein *stricter Massstab* als üblich greifen, wenn die verantwortliche Person etwa aufgrund einer Doppelorganschaft *besondere Kenntnisse* z.B. von Gegenpartei-risiken eines konzerninternen Darlehens hat.¹⁰

b) Schaden

Die Schadensberechnung nach der Differenztheorie ist in vielen Verantwortlichkeitsprozessen eine Knacknuss, insbesondere auch beim Nachweis eines

⁴ Siehe etwa Böckli, Konzern, 235; Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2: „Die Vorinstanz [...] erwog [...], die Gewährung eines Darlehens an eine Tochtergesellschaft bringe grundsätzlich lediglich eine Verschiebung von Vermögenswerten auf der Aktivseite der Bilanz der Muttergesellschaft mit sich.“

⁵ Böckli, Konzern, 236.

⁶ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁷ BGer 4A_74/2012.

⁸ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26.

⁹ Ebenda.

¹⁰ BGer 4A_74/2012 E. 5.1.

Konkursverschleppungsschadens.¹¹ Zudem ist nun höchstrichterlich geklärt, dass eine Zahlung von ausgewiesenen fälligen Schulden auch in einer finanziellen Krisensituation des Konzerns (mit nachfolgender Insolvenz) keinen verantwortlichsrechtlichen Schaden darstellt, sondern höchstens Anlass zu einer paulianischen Anfechtungsklage geben könnte, sofern einzig die (übrigen) Gläubiger geschädigt sind.¹²

Auch wenn die Anforderungen an die den Kläger treffende Beweislast zur Substantiierung des Schadens hoch sind, hat das Bundesgericht auch anerkannt, dass im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses der Schaden auch nach Art. 42 Abs. 2 OR vom Richter geschätzt werden kann, wenn er ziffernmässig schwer nachweisbar ist.¹³

c) Kausalzusammenhang

Hier ist in einem Konzernverhältnis im Gegensatz zu Verantwortlichkeitsklagen bei einer Einzelgesellschaft oft die zusätzliche Schwierigkeit zu beurteilen, ob es an der Kausalität fehlen könnte, weil der behauptete Schaden auch bei rechtmässigem Verhalten eingetreten wäre. Mit dem Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens fehlt es dann an der natürlichen Kausalität als einer Haftungsvoraussetzung.¹⁴

d) Verschulden

Bei einer festgestellten Pflichtverletzung ist in der Regel auch ein Verschulden gegeben, aber trotzdem wird immer wieder von nicht direkt beteiligten Verwaltungsräten eingewendet, es würde sie kein Verschulden treffen. Grundlage für die Beurteilung ist die in Art. 759 Abs. 1 OR geregelte differenzierte Solidarität für die Haftung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.¹⁵

Im Verhältnis zwischen dem haftenden Organ und dem Geschädigten kann der Betrag des Schadens, zu welchem ein haftendes Organ verurteilt werden kann, jenen Schaden nicht übersteigen, den das Organ verursacht hat und der ihm persönlich aufgrund seines Verschuldens zugerechnet werden kann.

¹¹ Mazan, 134 ff.

¹² BGE 142 III 23 E. 4.4 S. 34; allgemein zur Schwierigkeit des Schadennachweises Isler/Schmid, 18 ff., 35 f.; Mazan, 125 ff.; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 21 ff.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.1.

¹⁴ Vgl. BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.3; Bühler, 61 ff.; Isler/Schmid, 37 f.; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 42b.

¹⁵ Siehe auch Isler, Vergleich, 199 ff.

Unter diesem Aspekt ist der Nachweis des Verschuldens trotzdem von erheblicher Bedeutung.¹⁶

Eine Verantwortlichkeit kann somit für ein Organ wegfallen, wenn das Verhalten eines anderen Verantwortlichen den Kausalzusammenhang zwischen seiner eigenen Pflichtverletzung und dem Schaden als inadäquat erscheinen lässt. Die Rechtsprechung ist bei der Erfüllung dieser Anforderung jedoch streng, damit der Schutz des Geschädigten nicht weitgehend illusorisch gemacht wird.¹⁷

2. Aktivlegitimation von Aktionären

a) Allgemeine Bemerkung

Aktionäre haben bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft zwei Klagemöglichkeiten, je nachdem welche Vermögensmasse durch die Pflichtverletzung von Gesellschaftsorganen geschädigt wurde:

- Wenn das *Vermögen der Gesellschaft* betroffen ist, steht die Klage aus *mittelbarem Schaden* auf Leistung an die Gesellschaft zur Verfügung (Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR).
- Wenn dagegen das *Vermögen der Aktionäre* bzw. des klagenden Aktionärs betroffen ist, steht die Klage aus *unmittelbarem Schaden* auf Leistung an den Kläger zur Verfügung. Dazu gibt es keine spezifische gesetzliche Bestimmung. Der Anspruch basiert auf dem allgemeinen Haftpflichtrecht mit Modifikationen des Aktienrechts bezüglich Gerichtsstand, Solidarität und Verjährung.¹⁸

b) Aktionärsklagen aus unmittelbarem Schaden

Diese sind in der Praxis eher selten. Ein bekanntes Beispiel ist die im Jahre 1994 von der BK Vision gegen die Verwaltungsräte der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) erhobene Verantwortlichkeitsklage. Martin Ebner wollte zu Beginn der 90er Jahre die Kontrolle über die SBG erwerben und kaufte möglichst viele Namenaktien, welche Stimmrechtsaktien im Verhältnis 5:1 gegenüber den Inhaberaktien waren. Der Verwaltungsrat der SBG versuchte dies zu verhindern durch den Beschluss der Generalversammlung, eine Einheitsinhaberaktie zu schaffen. Der GV-Beschluss kam knapp mit qualifiziertem Zweidrittel-Mehr

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_393/2023 vom 9. Januar 2024 E. 7.1.

¹⁷ Ebenda m.w.V.

¹⁸ Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 16; Böckli, Aktienrecht, 2311 f., § 16 Rz. 124 ff.; BGE 141 III 112 E.5.2.1 S. 116.

zustande und wurde von der BZ Bank angefochten. Um den Druck auf den Verwaltungsrat zu erhöhen, wurde aber auch die Verantwortlichkeitsklage erhoben aufgrund des Wertverlustes der Namenaktien. Aber durch die bald darauf angekündigte Fusion zwischen der SBG und dem Schweizerischen Bankverein zur neuen UBS wurde diese Klage einvernehmlich beendet.¹⁹

c) Aktionärsklagen aus mittelbarem Schaden

Auch diese Klagen sind recht selten, weil sie finanziell uninteressant sind und die Informationsbeschaffung für die Klagevoraussetzungen schwierig ist. Immerhin gibt es auch hier ein paar bekannte Beispiele:

1. Dem Fall SKA *Filiale Chiasso* aus dem Jahr 1977 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Diese Filiale war in den 60er und 70er Jahren sehr erfolgreich im Akquirieren von Geldern italienischer Kunden. Jedoch wurden diese Mittel nicht wie vereinbart am Euromarkt angelegt, sondern über die liechtensteinische Texon Anstalt in italienische Unternehmen investiert. Als der Lirkurs Mitte der 70er Jahre stark fiel, verloren die Investments erheblich an Wert. 1977 wurde bankintern festgestellt, dass die SKA Chiasso vielen italienischen Kunden Rückzahlungsgarantien ausgestellt hatte. Der SKA entstand ein Schaden von rund CHF 1.4 Mia., was grosse negative Publizität zur Folge hatte. Ein Aktionär klagte daraufhin gegen den Verwaltungsratspräsidenten gestützt auf die vielen Zeitungsartikel auf Schadenersatzleistung an die Gesellschaft und liess sich dann rasch zu einem vergleichsweisen Klagerückzug gegen eine Zahlung an sich selbst bewegen.
2. Etwas ähnliches geschah etwas früher bei der *Alusuisse*. Es war ein Prozessanwalt, welcher nach Bekanntwerden einer hohen Ruhegehaltszahlung an den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten trotz grosser Verluste der Unternehmung eine Klage auf Rückzahlung an die Gesellschaft erhob und diese bald wieder gegen eine angemessene Entschädigung zurückzog.
3. Diese zwei Beispiele waren wohl Vorgänger der heutigen Spezies von *aktivistischen Shareholdern*, welche sich bei Gesellschaften mit unterbewerteten Aktien einkaufen und Druck auf die Organe (einschliesslich Drohung mit Verantwortlichkeitsklagen) zur Vornahme von wesentlichen Veränderungen im angeblich besten Interesse der Unternehmung machen und sich dann ihre Aktien bald einmal wieder mit Gewinn abkaufen lassen. Dies war vor einigen Jahren beim schweizerischen Chemieunternehmen *Clariant* zu beobachten, welche mit dem amerikanischen Industriekonzern

¹⁹ BGE 121 III 219; siehe hierzu ausführlich Bärtschi, 227 ff.

Huntsman fusionieren wollte, worauf der Aktienkurs fiel. Amerikanische Investoren unter dem Sammelnamen White Tale kauften grössere Aktienpositionen und gaben an, dass ihnen die Eigenständigkeit von Clariant sehr am Herzen liege. Sie verhinderten den Fusionsbeschluss, um kurze Zeit später ihre Aktien zu einem sehr guten Preis an einen weissen Ritter aus Saudi-Arabien zu verkaufen.

4. Das Musterbeispiel einer erfolgreichen Aktionärsklage bei einem mittelbaren Schaden ist im Konzernverhältnis der *Fall Lorze* gegen die *Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG*. Die Lorze AG war mit 47% Minderheitsaktionärin an Reishauer via zwei Gesellschaften beteiligt, welche fusionierten. Reishauer weigerte sich, die vinkulierten Namenaktien, welche die fusionierte Gesellschaft hielt, auf die übernehmende Gesellschaft mit Stimmrecht im Aktienbuch einzutragen. Die entsprechende Klage auf Eintragung als Aktionärin mit Stimmrecht wurde sowohl vom Handelsgericht Zürich wie vom Bundesgericht gutgeheissen, weil die Verweigerung von Reishauer als rechtsmissbräuchlich und gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 717 Abs. 2 OR) verstossend erachtet wurde. Anschliessend verlangte Lorze in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess, die Verwaltungsräte von Reishauer hätten der Gesellschaft Schadenersatz zu leisten für die im ersten Prozess verursachten Kosten – und sie gewann den Prozess zu einem wesentlichen Teil. Die Beklagten mussten rund CHF 1.2 Mio. an die Gesellschaft bezahlen.²⁰

3. Aktivlegitimation der Gesellschaft

a) Allgemeine Feststellungen

Bei einem von der Gesellschaft erlittenen Schaden infolge von pflichtwidrigen Handlungen oder Unterlassungen ihrer Organe wäre grundsätzlich die Gesellschaft selbst die richtige Klägerin, um Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Typische Fälle in der Praxis für solche Klagen wären etwa:

- verlustbringende Akquisitionen nach ungenügenden Vorabklärungen,
- Kreditausfälle wegen fehlendem oder fehlerhaftem Risikomanagement,
- Schaden aus spekulativer Geschäftstätigkeit,
- Schaden durch betrügerische Handlungen von Angestellten oder Dritten, welche wegen mangelhafter Kontrollen lange nicht entdeckt wurden.

Hier wäre eine Verantwortlichkeitsklage insbesondere dann geboten, wenn den Organen von der Generalversammlung keine Décharge erteilt wurde. Mit

²⁰ Vgl. BGE 139 III 24 E. 3.4 S. 28 ff; siehe Forstmoser/Küchler, 167 f., 192 ff.

der Klage sollte versucht werden, für die Gesellschaft zumindest einen Teil des erlittenen Schadens wieder zu kompensieren.

b) Grosse Zurückhaltung bei Klagen der Gesellschaft

Wenn die Gesellschaft nicht im Konkurs ist, kann jedoch eine grosse Zurückhaltung gerade bei Konzernverhältnissen oder bekannten Unternehmen festgestellt werden, in solchen Schadensfällen Klage zu erheben. Diesbezüglich hat Jean-Daniel Gerber bei seiner anfangs zitierten Aussage schon recht. Die Gründe für diese Zurückhaltung können vielfältig sein, z.B.

- Ausrichtung der Unternehmenstätigkeit auf die Zukunft und nicht auf die Vergangenheitsbewältigung;
- Grosser finanzieller und zeitlicher Aufwand und vermutlich relativ kleiner Ertrag und erhebliches Prozessrisiko;
- Mögliche negative Auswirkung auf das bestehende Management, welches sich auf die Verbesserung der geschäftlichen Situation konzentrieren sollte, insbesondere wenn die Gefahr besteht, dass die eingeklagten (ehemaligen) Organe dem Management den Streit verkünden sollten (Art. 78 ff. ZPO);
- Fortdauer einer negativen Publizität über die Gesellschaft bei Berichterstattung über den Prozessverlauf in den Medien²¹.

Je nach Konzernstruktur, v.a. bei einer Aktienkotierung auch in den USA oder einem substantiellen Aktionärskreis von amerikanischen Investoren, können Verantwortlichkeitsklagen nach Schweizer Recht auch Grundlage für Klagen ausländischer Aktionäre gegen die Gesellschaft im Ausland sein, weil diese Aktionäre durch grobe Verfehlungen von Organen der Gesellschaft, welche der Gesellschaft zuzurechnen seien, im Wert ihrer Aktien geschädigt wurden.²²

c) Klage gestützt auf einen GV-Beschluss der geschädigten Gesellschaft

Das neue Aktienrecht gewährt nun in Art. 756 Abs. 2 OR explizit der Generalversammlung der durch Pflichtverletzung von Organen geschädigten Gesellschaft die Kompetenz, in einer bestimmten Sache Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Die Generalversammlung kann auch bestimmen, ob der Verwaltungsrat oder ein aussenstehender Vertreter mit der Prozessführung betraut werden soll. Allfällige Stimmrechtsprivilegien gelten bei dieser Beschlussfassung nicht, d.h. die Bemessung der Stimmkraft richtet sich nicht nach der

²¹ Isler/Fischer, 27 ff.

²² Vgl. den Transparenzbericht der UBS AG vom Oktober 2010 über die erlittenen Verluste infolge der Finanzkrise 2007.

Zahl der Aktien, sondern nach dem Nominalwert der zustimmenden Aktien (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR).²³

Die Bestimmung entspricht einer schon früher geltenden Rechtspraxis (vgl. BGE 132 III 707). Es wird im Einzelfall zu prüfen sein, unter welchen Voraussetzungen und durch welche Personen in Prozessbeistandschaft eine erfolgsversprechende Klage geführt werden soll. Jedenfalls müssen die mit der Klage beauftragten Personen frei von irgendwelchen Interessenkonflikten und mit weitgehenden Kompetenzen ausgestattet sein. Diese Befugnisse sollten auch die Ermächtigung enthalten, einen Vergleich abzuschliessen, insbesondere wenn dieser unter Einbezug einer gerichtlichen Beurteilung abgeschlossen wird.

d) Klage der Gesellschaft unter Einbezug der D&O Versicherung

Nach meiner Wahrnehmung noch wenig bekannt und selten verwendet, besteht für die geschädigte Gesellschaft auch die Möglichkeit, durch eine Verantwortlichkeitsklage gegen ihre Organe einen Deckungsbeitrag an ihren Schaden zu erhalten, wenn (wie weitgehend üblich) zugunsten dieser Organpersonen eine D&O Versicherung von der Gesellschaft abgeschlossen wurde.²⁴

Auf dieses Vorgehen wurden wir in der Schweiz im Sommer 2021 aufmerksam, als den Aktionären von Volkswagen und Audi im Zusammenhang mit dem Milliarden-Schaden aus dem sog. Dieselskandal eine Vergleichsvereinbarung vom 9. Juni 2021 vorgelegt wurde. In dieser Vereinbarung, welche eine Schadenersatzforderung gegen Herrn Prof. Martin Winterkorn, langjähriges Vorstandsmitglied bei Volkswagen und Audi und zuletzt Vorstandsvorsitzender und zuständig für die Geschäftsbereiche Forschung und Entwicklung, zum Gegenstand hatte, wurde ein umfassender Haftungsvergleich abgeschlossen. Die verschiedenen D&O Versicherungen bezahlten für Rechnung der durch sie versicherten Organe insgesamt rund EUR 270.0 Mio. und Prof. Winterkorn und ein weiteres Vorstandsmitglied zusammen rund EUR 15.0 Mio. an die Gesellschaften Volkswagen und Audi per Saldo aller Ansprüche aus dem Dieselskandal.²⁵

Ein solches Vorgehen wäre auch in der Schweiz möglich, etwa nach folgendem Schema:

- Die geschädigte Gesellschaft macht eine Untersuchung über die Hauptursachen des Schadens und der Pflichtverletzung, vorzugsweise durch eine unabhängige, auf solche Untersuchungen spezialisierte Anwaltskanzlei.

²³ Gericke/Häusermann/Waller, Art. 756, BSK OR II, Rz. 19.

²⁴ Dummermuth, 57 ff.; zu D&O Versicherungen ausführlich Luterbacher, 97 ff.

²⁵ Trölitzsch, 178 ff.

- Die Prozessvertretung der Gesellschaft macht gegenüber einzelnen Organpersonen, welche als Hauptverantwortliche angesehen werden, Schadenersatzansprüche in einem Teilbetrag geltend, welcher auch die finanziellen Verhältnisse der betreffenden Organe und die Deckungssumme der D&O Versicherung berücksichtigt.
- Die angeschuldigten Organpersonen notifizieren die D&O Versicherung der Gesellschaft, was zur Folge hat, dass diese die Anwaltskosten der betreffenden Personen übernehmen und eine eigene Beurteilung machen muss.
- Nach weiteren Abklärungen von allen Beteiligten wird versucht, allenfalls vorprozessual oder – wahrscheinlicher – in einem eingeleiteten Gerichtsverfahren unter Mitwirkung der Richter einen Prozessvergleich abzuschliessen.

Die Interessenlage der Beteiligten ist häufig durchaus gleichgelagert, um die Auseinandersetzung zu einem vernünftigen Ergebnis zu bringen:

- Die D&O Versicherung hat ein Interesse, einen langwierigen und teuren Prozess durch Vergleich zu beenden und zu verhindern, dass eine grosse Zahl von Personen eingeklagt wird, welche alle ihre Anwaltskosten von ihr bezahlt haben wollen.
- Die Gesellschaft hat ein Interesse, ohne übermässigen Aufwand und erhebliche interne Belastung des Managements einen fairen Netto-Deckungsbetrag an ihren Schaden zu erhalten.
- Die in Anspruch genommenen Organe haben ein Interesse, ihr finanzielles Risiko zu begrenzen und nicht (wie in den Swissair Verantwortlichkeitsklagen) über sehr lange Zeit durch einen sehr unangenehmen Prozess belastet zu werden.
- Die nicht im Prozess eingeklagten, aber doch vom Sachverhalt her auch exponierten Personen haben ein Interesse, dass ein für die Gesellschaft möglicherweise erfolgreicher Prozessausgang nicht Grundlage für weitere Klagen gegen sie schaffen würde.

Deshalb wird es in solchen Fällen möglich sein, für einen seitens der D&O Versicherung und den Beklagten (die in der Regel auch persönlich einen finanziellen Beitrag leisten müssen) sowie seitens allfälliger weiterer exponierter Personen eine Vergleichslösung zu einem bezahlbaren Betrag²⁶ zu finden.

²⁶ Eine Schwachstelle der sechs Swissair Verantwortlichkeitsklagen war wohl auch die Tatsache, dass alle Klagen eine für schweizerische Verhältnisse völlig exorbitante Klageforderung enthielten, sodass die Beklagten alle Prozesse bis zum guten Ende durch Klageabweisung führen mussten, und eine vernünftige Vergleichsdiskussion gar nie aufkommen konnte.

Mit diesem Vergleich sollte auch durch eine Saldoquittung ein Schlussstrich unter der Auseinandersetzung gezogen werden.

e) Der Fall ABB als Musterbeispiel einer Vergleichslösung

Es gibt wenige bekannte Gerichtsentscheide über Verantwortlichkeitsklagen der aufrechtstehenden Gesellschaft gegen ihre Organpersonen.²⁷ Die meisten Fälle dürften durch einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich erledigt worden sein.²⁸ Im Rahmen von Konzernverhältnissen gibt es einen bekannten Fall, welcher den ABB Konzern betraf: Dieser wurde 1988 durch die Fusion zwischen der schweizerischen Brown Boveri und schwedischen Asea gebildet und war anfänglich dank starkem Wachstum sehr erfolgreich. Allerdings wurde in dieser Wachstumsphase auch der US-amerikanische Konzern Combustion Engineering erworben, welcher vor allem Kraftwerke baute. Einige Jahre nach der Akquisition wurde bekannt, dass die produzierten Kraftwerkanlagen grosse Mengen Asbest enthielten, welche für Mitarbeitende erhebliche gesundheitliche Schäden verursachten. Combustion Engineering und ABB wurden zur Zielscheibe von exorbitanten Sammelklagen in den USA und waren durchaus existenzgefährdet. Der Aktienkurs von ABB fiel dramatisch.

Der nach der Fusion amtierende sehr erfolgreiche CEO wurde anschliessend Verwaltungsratspräsident und sein Nachfolger machte zusätzlich zum Asbest-Problem erhebliche strategische Fehler. Im Jahr 2001 wurde bekannt, dass der Verwaltungsratsausschuss von ABB dem Verwaltungsratspräsidenten und dem CEO hohe Beträge für Salär und Ruhestandabfindungen zugestanden hatte. Martin Ebner war bedeutender Minderheitsaktionär und Verwaltungsrat von ABB und wollte sofort gegen die massgebenden Personen eine Verantwortlichkeitsklage seitens der Gesellschaft einreichen. Aber unmittelbar vor der ordentlichen Generalversammlung, an welcher diesen Personen die Décharge verweigert werden sollte, siegte die Vernunft und das Unternehmensinteresse an einer erfolgreichen Zukunft, und es wurde in Verbindung mit einer substantiellen Rückzahlung der erhaltenen Beträge seitens des Verwaltungsratspräsidenten und des CEO ein Vergleich abgeschlossen und Décharge erteilt.²⁹

²⁷ Als Beispiele seien erwähnt das Urteil des Bundesgerichts 4A_630/2012 vom 19. März 2013; BGE 130 III 213 und BGE 99 II 176; siehe zu den Gründen ausführlich Isler/Fischer; ferner Böckli, Aktienrecht, 2306 f., § 16 Rz. 108 ff.

²⁸ Siehe hierzu ausführlich Isler, Vergleich, 195 ff.

²⁹ Siehe dazu ausführlich Catrina, 65 ff., 132 ff., 189 ff., 203.

4. Aktivlegitimation des Konkurs- oder Nachlassverwalters bzw. von Gläubigern durch Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen

a) Allgemeine Bemerkung

Wenn die Konzernobergesellschaft jedoch in Konkurs oder Nachlassliquidation gefallen ist, ändert sich die Ausgangslage für die Beurteilung, ob von einer Aktivlegitimation zur Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage Gebrauch gemacht werden soll, ganz wesentlich:

- Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe der insolventen Gesellschaft werden routinemässig als Aktivum ins Inventar der Konkurs- oder Nachlassmasse aufgenommen und müssen demzufolge verwertet werden. Bedenken wegen negativer Publizität oder nachteiliger Auswirkung auf das Management fallen weg.
- Die Aktivlegitimation steht zunächst dem Konkursverwalter oder Nachlassliquidator als Vertreter der Masse zu. Dessen Interesse ist es, wenn finanziell möglich, zum Vorteil aller Gläubiger eine Schadenersatzzahlung der verantwortlichen Organpersonen in einer vernünftig kurzen Zeit und ohne allzu grossen Einsatz von finanziellen Mitteln der Konkurs- oder Nachlassmasse zu erreichen.
- Diese Ausgangslage spricht für einen Vergleich zu einem fairen Betrag, insbesondere bei Bestehen einer D&O Versicherung.
- Im häufigen Fall, dass die finanziellen Mittel der Konkurs- oder Nachlassmasse keine Prozessführung erlauben, muss der Konkursverwalter bzw. Nachlassliquidator den kollozierten Gläubigern die Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 260 SchKG anbieten. Wenn kein Gläubiger die Abtretung verlangt, käme auch noch eine Verwertung nach Art. 256 SchKG in Frage.

Verantwortlichkeitsklagen in Insolvenzsituation sind daher recht häufig, insbesondere von Abtretungsgläubigern.³⁰

b) Das Interesse des Abtretungsgläubigers

Voraussetzung für die Aktivlegitimation eines oder mehrerer Abtretungsgläubiger ist die Aufnahme als Gläubiger im Kollokationsplan. Wenn die Forderung des Gläubigers noch nicht definitiv zugelassen ist und er seine Gläubigerstellung

³⁰ Als Beispiele aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien erwähnt BGE 149 III 422; Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2020 vom 28. September 2020; BGE 146 III 441; BGE 136 III 148.

zuerst durch eine Kollokationsklage erstreiten muss, kann er eine bedingte Abtretung verlangen.³¹ Allerdings wird nicht das materielle Forderungsrecht abgetreten, sondern nur die Kompetenz dieses geltend zu machen.

Deswegen hat der klagende Gläubiger nur ein Interesse, den im Rechtsbegehren zu beziffernden Forderungsbetrag so festzulegen, dass damit seine eigene Forderung gedeckt wäre. Einen Überschuss müsste er an die Konkursmasse abliefern (Art. 260 Abs. 2 SchKG).

Ein weiterer Vorteil für den Abtretungsgläubiger besteht darin, dass er nicht seinen eigenen Schaden, sondern einen Teilbetrag des Schadens aus dem *einheitlichen Anspruch der Gläubigergemeinschaft* geltend machen kann. Überdies können sich die beklagten Organpersonen nicht auf die Einrede der Erteilung der Décharge oder der Einwilligung der Aktionäre der Gesellschaft berufen, sondern nur die Einrede der Verjährung oder der Verrechnung mit einer Gegenforderung erheben.³²

Verantwortlichkeitsklagen von Abtretungsgläubigern werden oft über viele Jahre geführt.³³ Die meisten enden aber doch mit einem Vergleich.

5. Passivlegitimation von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle

a) Allgemeine Bemerkungen

Die in Ziff. II.1 genannten vier Voraussetzungen des Schadens, der Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs und des Verschuldens müssen von der klagenden Partei gegenüber jeder beklagten Organperson nachgewiesen werden. Deshalb empfiehlt es sich, auch bei einer grossen Anzahl von Personen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung nur wenige Personen einzuklagen. Wenn diese Beklagten von einer D&O Versicherung profitieren können, wird der Deckungsbeitrag durch die Bezahlung der anwaltlichen Verteidigungskosten ohnehin geschmälert.

Ebenso empfiehlt es sich, nur Personen einzuklagen, gegen welche die gleiche Art der Pflichtverletzung nachgewiesen werden kann. In der Regel sind dies

³¹ Siehe etwa BGE 149 III 422 E. 3.2 S. 425 f.; Bachofner, Art. 260, BSK SchKG, Rz. 41.

³² Böckli, Aktienrecht, 2419 f., § 16 Rz. 379 f.; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 757, BSK OR II, Rz. 9.

³³ Vgl. neuestes Urteil BGer 4A_31/2023.

die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, nicht aber die Revisionsgesellschaft.³⁴

Die Klägerschaft kann häufig davon profitieren in ihrer Argumentation, wenn sich die Beklagten gegenseitig beschuldigen. Deshalb ist eine gemeinsame Abwehrstrategie der Beklagten wichtig, auch wenn sie von verschiedenen Anwälten vertreten werden.

b) Bei Konzernholdinggesellschaften

1. Bei einem Konzern mit einer reinen Holdinggesellschaft als Obergesellschaft ist es oft schwierig, dem Verwaltungsrat eine Pflichtverletzung und einen Schaden in Bezug auf *diese* Gesellschaft nachzuweisen, auch wenn im Konzern zweifellos ein erheblicher finanzieller Schaden entstanden ist. Es gibt im schweizerischen Recht keine generelle Konzernverantwortung, sondern alle vier Haftungsvoraussetzungen müssen bei jener Gesellschaft erfüllt sein, bei welcher die beklagte Person Organ war.
2. Ein gutes Beispiel dafür ist der Fall Air Littoral aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen:
1998 kaufte die Holdinggesellschaft SAirGroup die Aktien der verlustreichen französischen Fluggesellschaft Air Littoral für CHF 64.0 Mio. Diese Aktien übertrug sie zum gleichen Wert an ihre Subholding SAirLines und gewährte dieser ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises. Später konnte die SAirLines in diversen Transaktionen dieses Darlehen durch Rückzahlungen und Verrechnung mit Gegenforderungen tilgen. Deshalb war gemäss Urteil des Handelsgerichts Zürich der SAirGroup kein Schaden entstanden, auch wenn die Aktien der Air Littoral für die SAirLines irgendwann wertlos wurden.³⁵
3. Sodann wurde das von der SAirGroup der Air Littoral gewährte Sanierungsdarlehen mit Gesamtbetrag von CHF 60.0 Mio. für den Verwaltungsrat der Konzernholding als nicht pflichtwidrig erachtet, auch wenn dieses von der Air Littoral nicht zurückbezahlt werden konnte, weil nach der anwendbaren Business Judgment Rule die Darlehensgewährungen im Zeitpunkt ihrer Erteilung als ein vertretbarer Geschäftsentscheid beurteilt wurden.³⁶
4. Am erfolgversprechendsten ist eine Verantwortlichkeitsklage gegen Organpersonen einer Konzern-Obergesellschaft, wenn diese eine Finanzierung

³⁴ Typischerweise wurde in allen Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen die Revisionsgesellschaft nicht eingeklagt, sondern nur in den abschliessenden Vergleich miteinbezogen. Umgekehrt wurde im Swisscargo-Prozess nur die Revisionsgesellschaft eingeklagt (BGE 140 III 533).

³⁵ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2015 (HG120149-O), E. 5.5.2, 5.5.3, 5.5.5 und 5.7.

³⁶ HGer ZH, HG120149-O, E. 5.6.3, 7.3 und 7.4.

an eine überschuldete Tochtergesellschaft bewilligen, ohne sich gleichzeitig um die nachhaltige Sanierung der Tochtergesellschaft zu kümmern, sodass diese bald danach in Konkurs fällt.³⁷

6. Passivlegitimation von faktischen Organen und Körperschaften des öffentlichen Rechts

a) Qualifikation als faktisches Organ

Faktische Organe einer Aktiengesellschaft können natürliche oder juristische Personen sein, welche nicht als Gesellschaftsorgane gewählt wurden, aber in organotypischer Weise massgeblich die Willensbildung der Gesellschaft bestimmen haben. Für eine Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR muss dies über eine gewisse Dauer erfolgt sein und zu einem Schaden der Gesellschaft geführt haben.³⁸

Wenn dagegen Banken zur Wahrung ihrer eigenen Interessen die Entwicklung der Gesellschaft in einer kritischen finanziellen Situation aktiv mitverfolgen und auch an Sitzungen des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung teilnehmen, werden sie in der Regel nicht zu einem faktischen Organ, auch wenn ihre Entscheide einen massgebenden Einfluss haben.³⁹

b) Bei Konzernobergesellschaften

Bei einer Gesellschaft, die sich (noch) nicht in einem Konkurs befindet, spielt die Verantwortlichkeit von faktischen Organen in der Praxis selten eine Rolle.

Dagegen kann sich im Falle eines Konkurses oder Nachlasses der Konzernobergesellschaft die Frage der Haftung eines faktischen Organs durchaus stellen. Ein einflussreicher Grossaktionär, der nicht im Verwaltungsrat vertreten ist, oder ein ehemaliger Verwaltungsratspräsident, welcher nicht „loslassen“ kann und nach wie vor die Rolle einer grauen Eminenz spielt, können hier durchaus als geeignete Personen in Frage kommen. Sicher werden in den zahlreichen Konkursverfahren der Signa-Gruppe diese Fragen zur Sprache

³⁷ Eine solche Pflichtverletzung der Organe der Obergesellschaft wurde in folgenden Bundesgerichtsurteilen bejaht: Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2013 vom 11. Juni 2013; BGer 4A_74/2012; Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2013 vom 28. August 2013. Eine solche Pflichtverletzung wurde dagegen verneint im Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017.

³⁸ BGE 146 III 37 ff.; BGE 132 III 523 ff.; BGE 128 III 29 ff.; Böckli, Aktienrecht, 2280 ff., § 16 Rz. 38 ff.; von der Crone, 795 ff., Rz. 1841 ff.

³⁹ BGE 136 III 14 ff. = Praxis 2010 Nr. 72; Isler, Bank, 287 ff.

kommen, wenn Herr Benko sich darauf beruft, nur eine Funktion als Beirat bei solchen Holdinggesellschaften wahrgenommen zu haben.⁴⁰

c) Körperschaft des öffentlichen Rechts

Gemäss Art. 762 Abs. 4 OR kann auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde) als faktisches Organ anstelle des von ihr abgeordneten Vertreters, welcher eine Organfunktion in der Aktiengesellschaft ausübt, haftbar werden. Voraussetzung dafür ist, dass ihr die Statuten der Gesellschaft dieses Recht auf Vertretung einräumen. Nicht zwingend notwendig, aber üblich, ist eine Aktionärsstellung der Körperschaft.

Dass diese Haftung in der Praxis durchaus relevant sein kann, zeigte sich im Swissair-Verantwortlichkeitsprozess Air Littoral: Bis 1999 hatten der Bund sowie die Kantone Basel-Stadt, Genf und Zürich je einen Vertreter im Verwaltungsrat der Swissair und anschliessend der SAirGroup. Deshalb wurden im Verantwortlichkeitsprozess gegen die Organe der SAirGroup wegen des Schadens infolge der Akquisition der französischen Fluggesellschaft Air Littoral u.a. diese vier Körperschaften und nicht ihre Vertreter im Verwaltungsrat eingeklagt.⁴¹ Die D&O Versicherung stand für diese Beklagten nicht zur Verfügung, wie auch generell nicht für faktische Organe.

III. Verantwortlichkeit auf Stufe Untergesellschaft

1. Allgemeine Bemerkungen

In einem echten, straff geführten Konzern mit zahlreichen zu 100% kontrollierten Tochtergesellschaften (wie es z.B. beim Swissair-Konzern der Fall war) ist eine einheitliche wirtschaftliche Leitung des Konzerns ein zentrales Wesensmerkmal. Die Obergesellschaft ist verantwortlich für die Konzernleitung, insbesondere die Strategie, finanzielle Ausstattung, die Auswahl der leitenden Personen, die Risikokultur und die Überwachung der Tochtergesellschaften.

Dadurch werden die Aufgaben und Kompetenzen der Organe der Tochtergesellschaften gemäss Art. 716a OR ziemlich eingeschränkt. Oft sind sie sogar gemäss den Statuten verpflichtet, das Konzerninteresse zu wahren. Daraus können Interessenkonflikte zwischen der Wahrung der Aufgaben der Tochtergesellschaft und der Befolgung von Weisungen der Obergesellschaft entstehen. Dies wird

⁴⁰ Pflügl, „Faktischer Geschäftsführer“: Benko könnte sich Haftungsfragen stellen müssen, Der Standard vom 9. November 2023.

⁴¹ HGer ZH HG120149-O, Sachverhaltsübersicht lit. A.a.

juristisch auch als Konzernparadoxon⁴² bezeichnet oder volkstümlich als „Diener zweier Herren“.

Dadurch beschränkt sich die Verantwortung der Organe der Tochtergesellschaften auf Residualaufgaben wie die Umsetzung der Konzernaufgaben im Tagesgeschäft und den Schutz der Gläubigerinteressen, insbesondere gemäss Art. 725 ff. OR. Heikel für diese Organpersonen sind vor allem das Cash-Pooling und die Gewinnverschiebung zugunsten anderer Konzerngesellschaften.

Für eine Verantwortlichkeitsklage auf Stufe Untergesellschaft ist neben dem Schaden bei dieser Gesellschaft eine kausal verursachte Pflichtverletzung zu beweisen. Die Pflichtverletzung muss die Untergesellschaft betreffen, auch wenn die beklagte Person auch gleichzeitig ein Organ der Obergesellschaft ist, denn eine Pflichtverletzung gegenüber der Obergesellschaft ist hier nicht relevant.⁴³

2. Aktivlegitimation der Muttergesellschaft, eines Minderheitsaktionärs, des Konkurs- oder Nachlassverwalters bzw. eines Abtretungsgläubigers

a) Tochtergesellschaft nicht im Konkurs oder Nachlass

Verantwortlichkeitsklagen gegen Organpersonen der Tochtergesellschaft sind aus naheliegenden Gründen selten. Wie schon vorn in Ziff. II.3.b) dargelegt, hat auch hier die Tochtergesellschaft wie auch die Obergesellschaft wenig Interesse, Haftungsansprüche gerichtlich geltend zu machen. Vielmehr werden in der Regel folgende Konsequenzen zur Anwendung gebracht:

- Sofortige Entlassung der für den Schaden verantwortlichen Personen
- Soweit möglich Verrechnung mit aufgeschobenen Lohnforderungen (insbesondere variablen Bonuszahlungen)
- Vergleichsweise Erledigung mit Saldoklausel, Verzicht auf Strafanzeige, Stillschweigeverpflichtung, ev. wohlwollendes Arbeitszeugnis.

Auch wenn ein Minderheitsaktionär an der Tochtergesellschaft beteiligt und zu Schaden gekommen sein sollte, wird das Problem wenn möglich konstruktiv gelöst durch

- Auskauf des Minderheitsaktionärs,
- Entschädigungszahlung an den Minderheitsaktionär,

⁴² Böckli, Aktienrecht, 953 ff., § 7 Rz. 38 ff.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 4.2.1 (Swissair-Fall Flightlease).

- allenfalls Einräumung eines Sitzes im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft.

Demzufolge sind in den obengenannten Fällen Gerichtsurteile selten.⁴⁴

b) Tochtergesellschaft im Konkurs oder Nachlass

Dass in einem schweizerischen Konzern nur eine Tochtergesellschaft in der Schweiz in Konkurs oder Nachlass fällt, geschieht sehr selten. Die Lösung wird vielmehr darin gesucht, dass die in Schwierigkeiten steckende Tochtergesellschaft verkauft, liquidiert oder mit einer anderen Tochtergesellschaft fusioniert wird (vgl. aktuell die Liquidation der Best Smile Zahnarztgruppe durch Migros).

Immerhin gibt es einen bekannten Gerichtsfall: Die IT-Gesellschaft Systor AG, welche sich auf die Herstellung von Software für Banken spezialisiert hatte, wurde zunächst vom Schweizerischen Bankverein gekauft und war nach dessen Fusion mit der UBS eine 100%-ige Tochter von dieser. Trotz mehrerer Sanierungsversuche fiel die Systor in Konkurs und diverse Banken kamen zu Schaden. Diese klagten als Abtretungsgläubiger gegen die UBS. Die Klage wurde jedoch abgewiesen, weil die UBS nach Auffassung des Bundesgerichts keine faktische Organstellung hatte.⁴⁵

Bei einer Tochtergesellschaft im Ausland kann deren Konkurs für die schweizerische Muttergesellschaft schon sehr unangenehm werden:

- Als Folge des Untergangs der Swissair fiel auch die belgische Tochtergesellschaft Sabena in Konkurs, an welcher die SAirGroup eine grosse Beteiligung hielt. Es folgten mehrere Prozesse in Belgien gegen schweizerische Verwaltungsräte bei Sabena.
- Auch der Konkursverwalter der Air Littoral klagte gegen Verwaltungsräte der SAirGroup. Der Fall wurde vergleichsweise durch eine Zahlung der D&O Versicherung erledigt.
- Im Fall Combustion Engineering wurden die erwähnten Asbest-Schadenersatzforderungen auch gegen die ABB in den USA geltend gemacht und führten zu erheblichen Zahlungen der schweizerischen Konzerngesellschaft. Als Folge davon fiel ihr Aktienkurs 2001 unter CHF 2.00.⁴⁶

Weitere Ausführungen zu diesem Aspekt finden sich in der nachfolgenden Ziff. III.3.

⁴⁴ Siehe BGE 137 III 550 ff.; BGE 130 III 213 ff.; BGE 124 III 297 ff.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010.

⁴⁶ Vgl. vorn Ziff. II.3.e).

3. Passivlegitimation bei Verantwortlichkeit auf Stufe Untergesellschaft

a) Allgemeine Bemerkungen

Sind die Konzernobergesellschaft und die betreffende Tochtergesellschaft im Konkurs oder Nachlass, dann stellt sich für die klagende Partei, welche Verantwortlichkeitsansprüche der Untergesellschaft geltend machen will, zu Beginn die wesentliche Frage, wer finanziell die geeignetsten Personen als Beklagte sind:

- die geschäftsführenden Organe der Untergesellschaft (diese Möglichkeit wird stark davon abhängen, ob für diese Personen auch eine D&O Versicherung besteht, welche noch nicht ausgeschöpft ist; vgl. nachfolgend lit. b))
- die Revisionsgesellschaft der Untergesellschaft (eine Klage kann hier erfolgversprechend sein, wenn ein Konkursverschleppungsschaden argumentiert werden kann und die Revisionsstelle nichts bemerkt hat)
- die Organe der Obergesellschaft (vgl. dazu nachfolgend lit. c))
- die Obergesellschaft selbst bzw. ihre Konkurs- oder Nachlassmasse (vgl. nachfolgend lit. d)).

Wesentlich ist, dass die beklagte Partei für den geltend gemachten Schaden der Untergesellschaft als Organ bzw. in organtypischer Weise für die Untergesellschaft gehandelt hat.

b) Passivlegitimation von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Untergesellschaft

Wegen der erwähnten Beschränkung der Aufgaben von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Untergesellschaft infolge der Konzernführung durch die Obergesellschaft haben hier die Beklagten gewichtige Gegenargumente, nämlich dass sie befugtermassen im Konzerninteresse gehandelt hätten und dass der finanzielle Schaden bei der Untergesellschaft und die damit verbundene Zwangsliquidation auch bei einem rechtmässigen Alternativverhalten eingetreten wäre. In der Verantwortlichkeitsklage der Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen 14 Beklagte führte dies zur vollständigen Abweisung der Klage.⁴⁷

⁴⁷ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4 und E. 7.2.

c) Passivlegitimation der Organe der Obergesellschaft

Dieses Urteil im Swissair-Verantwortlichkeitsprozess ist auch illustrativ für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Organe der Obergesellschaft eingeklagt werden können. Für sämtliche Beklagte, welche nur Verwaltungsräte der SAirGroup waren, wurde die Passivlegitimation verneint. Die blosser Einflussnahme von Organen der Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft begründet nach Auffassung des Bundesgerichts regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft. Dazu wäre eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft notwendig, indem das faktische Organ die Kompetenzen eines formellen Organs usurpiert oder übertragen erhält. Dies konnte jedoch nicht nachgewiesen werden.⁴⁸

d) Passivlegitimation der Obergesellschaft selbst

Durch die Wahrnehmung einer einheitlichen Leitung wird die Konzernobergesellschaft in aller Regel zu einem faktischen Organ der Untergesellschaft.⁴⁹ Allerdings genügt der Nachweis allein nicht, dass eine Tochtergesellschaft zu 100% einer Konzernobergesellschaft gehört. Das wurde im obgenannten Fall Systor bestätigt.

Wenn aber eine Organperson der Obergesellschaft gleichzeitig ein formelles oder faktisches Organ der Tochtergesellschaft ist, stellt sich die Frage, ob ihr Verhalten gestützt auf Art. 722 OR und Art. 55 Abs. 2 ZGB der Muttergesellschaft zugerechnet wird und so eine Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft begründet. Dazu ist aber erforderlich, dass die Organperson der Muttergesellschaft in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zum Schaden der Tochtergesellschaft eine unerlaubte Handlung begeht. Nur strafbare Handlungen, aber nicht die Verletzung von aktienrechtlichen Pflichten, werden gemäss Art. 722 OR der Muttergesellschaft zugerechnet und können deren Haftung für einen Schaden der Tochtergesellschaft begründen.⁵⁰

In diesem Zusammenhang sind vor allem die Fälle der Doppelorganschaft interessant, wenn eine Person sowohl formelles Organ der Muttergesellschaft wie auch der Tochtergesellschaft ist. In der Praxis ist dies insbesondere relevant, wenn ein Konzernleitungsmitglied im Interesse der Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft eine Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften von Art. 725a OR veranlasst und gegebenenfalls auch Art. 164 StGB verletzt, dann haftet auch die Muttergesellschaft. Über die Auslegung, wann eine

⁴⁸ Ebenda E. 5.

⁴⁹ Böckli, Konzern, 213 f.; BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528 f.; BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1.

⁵⁰ Siehe hierzu Fahrländer, 115 ff.; BGE 124 III 297 ff.

Schutznorm verletzt ist, besteht noch keine klare Meinung in Lehre und Gerichtspraxis und kann insbesondere in internationalen Sachverhalten dazu führen, dass die Haftung der Muttergesellschaft nicht nach rein schweizerischen Kriterien bestimmt wird.⁵¹

IV. Schlussbemerkungen

Nach diesem Überblick könnte wohl schon die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Jean-Daniel Gerber in seiner anfangs zitierten Aussage recht hat. Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen werden immer schwieriger, je komplexer der Sachverhalt ist und je grösser und vielschichtiger sich der finanzielle Schaden darstellt.

Aber ich glaube nicht, dass es dann in diesen Fällen einfach bei einem Reputationsproblem für die obersten Organpersonen, insbesondere dem Verwaltungsratspräsidenten, bleiben muss.

Vielmehr versuchte ich in diesem Aufsatz aufzuzeigen, dass es auch in solchen Fällen Möglichkeiten gibt, von Organpersonen für die geschädigte Konzerngesellschaft oder deren Gläubiger insbesondere unter Einbezug einer abgeschlossenen D&O Versicherung einen angemessenen Teilbetrag des erlittenen Schadens zu erhalten.

Dazu sollte etwa wie folgt vorgegangen werden:

- Nach einer neutralen Abklärung des Sachverhaltes durch einen unabhängigen Experten nur einen Teilbetrag des Schadens (allenfalls mit Nachklagevorbehalt) einklagen.
- Der Kreis der beklagten Personen sollte klein gehalten werden.
- Bei der Pflichtverletzung sollte beachtet werden, dass diese auch unter Berücksichtigung der Business Judgment Rule unvernünftig bzw. mit einem Interessenkonflikt belastet waren.
- Eine Publizität über die gerichtliche Auseinandersetzung ist wenn möglich zu vermeiden.
- Zur Vermeidung einer allzu langen gerichtlichen Auseinandersetzung sollte eine vergleichsweise Beendigung unter richterlicher Mitwirkung angestrebt werden und allenfalls mit Einbezug weiterer potentiell haftpflichtiger Personen einen Schlussstrich mit Saldoquittung und Decharge gezogen werden.

⁵¹ Vgl. die interessanten Ausführungen in BGE 148 III 11 E. 3.2.3.2 S. 19 f. zur Klagebefugnis bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Siehe auch ausführlich Fahrländer, 503 ff.

Im Sinne einer Transparenz sollte über das Endergebnis die Generalversammlung und die Presse kurz orientiert werden.

Literaturverzeichnis

- Bachofner Eva, Art. 260, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, Rz. 41.
- Bärtschi Harald, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 227 ff.
- Böckli Peter, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 203 ff. (zit. Böckli, Konzern).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Bühler Christoph B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 61 ff.
- Catrina Werner, ABB Die verratene Vision, Zürich 2003.
- Dummermuth Patrick, Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen aus Sicht eines D&O Versicherers, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), 11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2023, 57 ff.
- Fahrländer Lukas, Konzerndeliktsrecht. Grundlinien einer deliktischen Aussenhaftung von Konzernmuttergesellschaften für Handlungen ihrer Tochtergesellschaften, Zürich 2024.
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen, in: Sethe Rolf/Isler Peter R., Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2021, 165 ff.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Gerber Jean-Daniel, Den Verwaltungsrat in die Pflicht nehmen, NZZ vom 5. August 2023, 19, <<https://www.nzz.ch/meinung/verwaltungsrat-in-die-pflicht-nehmen-ja-aber-wie-ld.1747001>>.
- Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Waller Stefan, Art. 754 – 757, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht II, 6. Aufl. 2024 (zit. Gericke/Häusermann/Waller, Art. ..., BSK OR II, Rz. ... ff.).
- Hofstetter Karl, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Konzern, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 1 ff.
- Isler Peter R., Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlichen verantwortlichen Organpersonen, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 195 ff. (zit. Isler, Vergleich).
- Isler Peter R., Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Festschrift Dieter Zobl, Zürich 2004, 287 ff. (zit. Isler, Bank).

- Isler Peter R./Fischer René, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten? in: Weber Rolf H./Isler Peter R., Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2021, 27 ff.
- Isler Peter R./Schmid Ernst F., Erfahrungen aus dem Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2021, 9 ff.
- Kunz, Peter V., Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016.
- Luterbacher Thierry, Wie weit geht der Schutz einer D&O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht? in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 97 ff.
- Mazan Stephan, Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, insbesondere bei Konkursverschleppung, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2021, 123 ff.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023.
- O.V., ABB-GV: Fall Barnevik sorgte für Zündstoff, SWI vom 13. März 2002, <<https://www.swissinfo.ch/ger/finanzplatz-schweiz/abb-gv-fall-barnevik-sorgte-fuer-zuendstoff/2595324>>.
- O.V., Ebner möchte Einheitsaktie und mehr Einfluss bei Roche und CS Group, SWI vom 04. Februar 2000, <<https://www.swissinfo.ch/ger/finanzplatz-schweiz/ebner-moechte-einheitsaktie-und-mehr-einfluss-bei-roche-und-cs-group/1414576>>.
- O.V., Text der Vergleichsvereinbarung zwischen VW, Audi und Prof. Dr. Winterkorn gemäss Beilage zur Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung der Volkswagen AG am 22.06.2021 (zit. Abgas-Skandal), <<https://de.wikipedia.org/wiki/Abgasskandal>>.
- O.V., „Faktischer Geschäftsführer“: Benko könnte sich Haftungsfragen stellen müssen, Der Standard vom 9. November 2023 <<https://www.derstandard.at/story/3000000194503/faktischer-geschaeftsfuehrer-benko-koennte-sich-haftungsfragen-stellen-muessen>>.
- Pflügl Jakob, War Benko faktischer Geschäftsführer? Und welche Folgen hätte das?, Der Standard vom 11. März 2024, <<https://www.derstandard.at/story/3000000210788/war-benko-faktischer-geschaeftsfuehrer-und-welche-folgen-haette-das>>.
- Trölitzsch Thomas, Abgas-Skandal und mehr – Aktuelle Entwicklungen im deutschen Verantwortlichkeitsrecht, in: Isler Peter R./Sethe Rolf, 11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2023, 151 ff.
- UBS, Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG. Finanzmarktkrise, grenzüberschreitendes US-Vermögensverwaltungsgeschäft, Verantwortlichkeitsfragen und interne Aufarbeitung, 2010, abrufbar unter <[https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:5e7cbad5-3b52-4e25-a7ca-7fbaf58b8436/Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG \(Oktober 2010\).pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:5e7cbad5-3b52-4e25-a7ca-7fbaf58b8436/Transparenzbericht%20an%20die%20Aktionaerinnen%20und%20Aktionaere%20der%20UBS%20AG%20(Oktobre%202010).pdf)>.
- von der Crone Hans-Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären für unterkapitalisierte AGs

Valentin Jentsch*

Inhalt

I.	<u>Ausgangslage und Problemstellung</u>	36
II.	<u>Konzeptionelle Grundlagen</u>	37
1.	<u>Rechtstatsächliche Konzepte</u>	37
a)	<u>Finanzierungsverantwortung</u>	37
b)	<u>Grossaktionär</u>	38
c)	<u>Unterkapitalisierung</u>	39
2.	<u>Rechtsdogmatische Konzepte</u>	40
a)	<u>Kapitalausstattungspflicht des Verwaltungsrats</u>	40
b)	<u>Kapitalausstattungspflicht der Aktionäre</u>	42
III.	<u>Aktionärspflichten (ex ante)</u>	43
1.	<u>Gesetzliche Grundstrukturen</u>	43
a)	<u>Nachschüsse und Nebenleistungen</u>	43
b)	<u>Mitgliedschaftliche Treuepflicht</u>	45
aa)	<u>Kapitalmassnahmen und Verwässerung</u>	45
bb)	<u>Kapitalmassnahmen und Investition</u>	46
cc)	<u>Eigenkapitalersetzende Darlehen</u>	47
2.	<u>Vertragliche Vereinbarungen</u>	48
a)	<u>Patronatserklärungen</u>	48
b)	<u>Aktionärbindungsverträge</u>	49
IV.	<u>Aktionärshaftung (ex post)</u>	50
1.	<u>Aktienrechtliche Verantwortlichkeit</u>	50
a)	<u>Gründungshaftung</u>	50
b)	<u>Faktische Organhaftung</u>	51
2.	<u>Weitere Anspruchsgrundlagen</u>	53
a)	<u>Durchgriffshaftung</u>	53
b)	<u>Vertrauenshaftung</u>	54
c)	<u>Deliktshaftung</u>	55
V.	<u>Schlussfolgerungen in Thesenform</u>	56
1.	<u>Aktionärspflichten</u>	56
2.	<u>Aktionärshaftung</u>	57
	<u>Literaturverzeichnis</u>	57

* Prof. Dr. iur., LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt.

I. Ausgangslage und Problemstellung

Dieser Beitrag thematisiert die Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären für unterkapitalisierte AGs. Im Vordergrund der Betrachtungen steht demnach die Rolle der Grossaktionäre, und zwar vor dem Hintergrund einer Unterkapitalisierung. Diese Thematik ist nicht nur in der Theorie hochinteressant, sondern auch in der Praxis äusserst relevant.

In theoretischer Hinsicht setzt sich der Beitrag mit zwei Grundsatzfragen auseinander. Zum einen geht es darin um die Frage, ob ein Grossaktionär irgendwelchen Pflichten nachkommen muss, um eine Unterkapitalisierung abzuwenden oder zu entschärfen.¹ Zum anderen geht es darin um die Frage, ob der Grossaktionär einer zivilrechtlichen Haftung unterliegt, falls er oder sie keine entsprechenden Anstrengungen unternimmt.² Zwischen diesen beiden Perspektiven, einer vorausschauenden (*ex ante*) und einer zurückblickenden (*ex post*) Sichtweise, bestehen zahlreiche Wechselwirkungen und Rückkoppelungen.

Ein Fallbeispiel aus der Rechtspraxis unterstreicht die Relevanz dieser Fragestellungen. Wie Medienberichten um den Jahreswechsel 2023/2024 entnommen werden konnte, befand sich der Stahlkonzern „Swiss Steel“ aus dem luzernischen Emmenbrücke in einer akuten wirtschaftlichen Notlage und brauchte dringend Geld.³ Die Banken waren nicht bereit, zusätzliches Fremdkapital bereitzustellen. Daher lag der Ball bei den Aktionären, frisches Eigenkapital zu schaffen. Dieser Fall passt deshalb ganz gut für die nachfolgenden Überlegungen, weil der Konzern zu diesem Zeitpunkt von drei Grossaktionären beherrscht wurde: Martin Haefner hat knapp unter 33%, Peter Spuhler hat knapp über 20% und Viktor Vekselberg und Konsorten haben rund 25% der Anteile an „Swiss Steel“ gehalten.

Dieser Beitrag ist in drei Hauptteile gegliedert. In einem Grundlagenteil wird zunächst in die tragenden rechtstatsächlichen und rechtsdogmatischen Konzepte zur Thematik eingeführt.⁴ Dabei werden die Begriffe der Finanzierungsverantwortung, des Grossaktionärs und der Unterkapitalisierung definiert, mit entsprechenden Abgrenzungen. Ausgehend von der Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung werden anschliessend die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Verwaltungsrat und die Aktionäre im Finanzierungskontext skizziert. Ein erster Schwerpunkt aus vorausschauender Sicht (*ex ante*) sind die

¹ Im Allgemeinen Wohlmann, 73 ff.; Jentsch, 921 f.; im Besonderen Sethe/Lütolf, 201 ff.

² Im Allgemeinen von Planta, 81 ff.; Groner, 1 ff.; im Besonderen Sethe, 423 ff.

³ Feldges, frische Mittel; Feldges, Streit; Feldges, zwei Sturköpfe; Feldges, freie Hand; Blum/Debrunner; Heiniger.

⁴ Siehe unten, II.

Aktionärspflichten.⁵ Im Hinblick auf die gesetzlichen Grundstrukturen wird einerseits auf Nachschüsse und Nebenleistungen und andererseits auf die mitgliedschaftliche Treuepflicht eingegangen, wobei drei Fallgruppen gebildet werden. Unter den vertraglichen Vereinbarungen werden Patronatserklärungen und Aktionärbindungsverträge behandelt. Ein zweiter Schwerpunkt aus zurückblickender Sicht (*ex post*) ist die Aktionärshaftung.⁶ Im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird auf die Gründungshaftung und auf die faktische Organhaftung eingegangen. Als weitere Anspruchsgrundlagen werden die Durchgriffshaftung, die Vertrauenshaftung und eine Deliktshaftung, die sittenwidrige Schädigung, behandelt. Zehn Thesen runden den Beitrag ab.⁷

II. Konzeptionelle Grundlagen

1. Rechtstatsächliche Konzepte

a) Finanzierungsverantwortung

Der Begriff der „Finanzierungsverantwortung“ des (Gross-) Aktionärs bewegt sich in konzeptioneller Hinsicht zwischen der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung. Der Begriff hat aber auch eine Haftungsdimension.

Die Kapitalaufbringung gipfelt in der Pflicht des Aktionärs zur Leistung des Ausgabebetrags der bezogenen Aktien. Neben der Liberierungspflicht statuiert Art. 680 Abs. 1 OR den Grundsatz der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs, wonach der Aktionär „statutarisch“ nicht zu mehr verpflichtet werden kann als zur Leistung seiner Einlage.⁸ Weitere Rechtsvorschriften, welche auf die Kapitalaufbringung abzielen, betreffen das Mindestkapital (Art. 621 OR), die Mindestliberierung (Art. 632 OR) und Kapitalveränderungen (Art. 650 bis Art. 653v OR).⁹

Unter dem Stern der Kapitalerhaltung steht in erster Linie das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, wonach ein Aktionär nicht berechtigt ist, den eingezahlten Betrag zurückzufordern.¹⁰ Weitere Rechtsvorschriften,

⁵ Siehe unten, III.

⁶ Siehe unten, IV.

⁷ Siehe unten, V.

⁸ Vgl. dazu Vogt, Art. 680, BSK OR II, Rz. 5 ff. (Liberierungspflicht) und Rz. 13 ff. (Beschränkung der Leistungspflicht des Aktionärs).

⁹ Siehe hierzu Kunz, 53 ff. (Gesellschaftsgründungen), 56 f. (Nominalkapitalveränderungen), 57 (weitere Aspekte).

¹⁰ Vgl. dazu Vogt, Art. 680, BSK OR II, Rz. 65 ff. (kein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern) und Rz. 69 ff. (Verbot der Kapitalrückgewähr).

die eine Kapitalerhaltung bezwecken, finden sich insbesondere bei Dividenden (Art. 675 bis Art. 675a OR), Tantiemen (Art. 677 OR) und Reserven (Art. 671 bis Art. 674 OR), aber auch beim Erwerb eigener Aktien (Art. 659 bis Art. 659b OR).¹¹

Von der Finanzierungsverantwortung des (Gross-) Aktionärs klar abzugrenzen ist die „Finanzverantwortung“ des Verwaltungsrats. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR handelt es sich dabei um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrats.¹² In Sanierungssituationen hat der Verwaltungsrat zudem weitere Rechtsvorschriften (Art. 725 bis Art. 725b OR) zu beachten.¹³

Aufschlussreich ist auch ein Blick über die nördliche Landesgrenze. In der älteren Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (1988) wurde noch die Auffassung vertreten, der Gesellschafter einer GmbH habe, als ordentlicher Kaufmann, in der Krise der Gesellschaft, Eigenkapital zuzuführen.¹⁴ Insofern kann von einer „Finanzierungsverantwortung“ gesprochen werden. In der neueren Rechtsprechung hatte der deutsche Bundesgerichtshof (1994) demgegenüber festgehalten, dass der Gesellschafter der GmbH keine angemessene Finanzierung schulde, aber die Folgen der Entscheidung tragen müsse, falls er oder sie in der Krise mit Fremdkapital finanziert.¹⁵ Daher der Begriff der „Finanzierungsfolgenverantwortung“.

b) Grossaktionär

Der Begriff des Grossaktionärs lässt sich allgemein umschreiben als Aktionär, dem ein massgeblicher Teil des Grundkapitals einer AG gehört. Für die vorliegenden Überlegungen wird ein zweigliedriger Aktionärsbegriff zugrunde

¹¹ Siehe hierzu Kunz, 58 f. (bestehende Gesellschaft), 61 (Ende der Gesellschaft), 61 f. (weitere Aspekte).

¹² Stellvertretend Glanzmann/Rutscheidt, 310.

¹³ Statt vieler Böckli, Finanznotlagerecht, 524 ff.; Forstmoser/Küchler, Aktienrecht, 444 ff.

¹⁴ Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 105, 168 (Leitsatz 1: Allein durch die Tatsache seiner Beteiligung an der Gesellschaft übernimmt der Gesellschafter die Verantwortung dafür, dass er die GmbH durch Finanzierungsleistungen in Zeiten am Leben erhält, in denen ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten; es kommt nicht auf die Zwecke an, die er mit seiner Beteiligung verfolgt).

¹⁵ BGHZ 127, 336 (Leitsatz: Das sog. Stehenlassen einer früher gewährten Kredithilfe des Gesellschafters kann deren Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz nur unter der Voraussetzung bewirken, dass der Gesellschafter wenigstens die Möglichkeit gehabt hat, die den Eintritt der Krise begründenden Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemässe Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen; das Fehlen einer solchen Erkenntnismöglichkeit wird jedoch nur bei Vorliegen ganz besonderer, von dem Gesellschafter darzulegender und zu beweisender Umstände anzunehmen sein).

gelegt. In börsenkotierten Gesellschaften gilt als Grossaktionär ein Aktionär, der mehr als 5% und weniger als zwei Drittel der Anteile hält, in nicht kotierten Gesellschaften ein Aktionär, der mehr als 10% und weniger als zwei Drittel der Anteile hält. Der Einfachheit halber wird vorliegend ein Gleichlauf von Stimmen und Kapital angenommen.

Es stellt sich die Frage, weshalb diese Abgrenzung anhand der Beteiligungsgrösse angezeigt ist. Unter diesen Schwellenwerten – in der AG wird beim Einberufungsrecht differenziert zwischen börsenkotierten (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 OR) und nicht kotierten (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR) Gesellschaften – steht den Aktionären kein Mitspracherecht zu. Dem Aktionär fehlt es in dieser Situation also an Einflussmöglichkeiten. Über diesem Schwellenwert kann der Aktionär demgegenüber einen Auflösungsbeschluss (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 OR) anstrengen, der sich nach einem qualifizierten Quorum (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 16 OR) richtet. Aufgrund dieser Ausstiegsmöglichkeit stellen sich keine loyalitätsbedingten Schranken.

Die Besonderheiten im Konzern werden im Rahmen dieses Beitrags grösstenteils ausser Acht gelassen. Dafür sei auf den Beitrag von Peter R. Isler in diesem Tagungsband und den Beitrag von Rolf Sethe in der Gedenkschrift für Claire Huguenin verwiesen.¹⁶

c) Unterkapitalisierung

Der Begriff der Unterkapitalisierung ist nicht gesetzlich definiert. Unter einer Unterkapitalisierung wird in erster Linie das Missverhältnis des vorhandenen Eigenkapitals zur Geschäftstätigkeit und den eingegangenen Risiken verstanden.¹⁷ Im Vordergrund steht also nicht etwa das Gesamtkapital, sondern das Eigenkapital.

In der Rechtslehre werden die materielle und die formelle Unterkapitalisierung unterschieden. Eine materielle Unterkapitalisierung liegt demnach vor, wenn kein nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit und damit verbundener Risiken notwendiges Eigenkapital vorhanden ist.¹⁸ In dieser Situation gibt es also weder Eigenkapital noch eigenkapitalersetzende Leistungen.

Im Rahmen einer formellen Unterkapitalisierung werden die Mittel zwar als Fremdkapital in der Bilanz ausgewiesen, ihnen kommt aber die Funktion von Eigenkapital zu, weshalb diese auch als Risikokapital behandelt werden.¹⁹ Der

¹⁶ Im Allgemeinen Isler, 9 ff.; im Besonderen Sethe, 423 ff.

¹⁷ Vgl. dazu Müller, Rz. 225 ff.; von der Crone, Rz. 2288.

¹⁸ Zur materiellen (tatsächlichen) Unterkapitalisierung Müller, Rz. 226 m.w.N.

¹⁹ Zur formellen (nominellen) Unterkapitalisierung Müller, Rz. 226 m.w.N.

Eigenkapitalbedarf der Gesellschaft wird in diesem Fall mit Fremdkapital gedeckt, typischerweise in der Form von Gesellschafterdarlehen.

Anders als die Unterkapitalisierung sind die drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 OR), der Kapitalverlust (Art. 725a OR) und die Überschuldung (Art. 725b OR) gesetzlich geregelt.²⁰ An diese Tatbestände werden gewisse Handlungspflichten des Verwaltungsrats geknüpft, die hier nicht weiter erörtert werden sollen.

2. Rechtsdogmatische Konzepte

a) Kapitalausstattungsspflicht des Verwaltungsrats

Im Ausgangspunkt stellt sich die Frage, ob der Verwaltungsrat einer Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung untersteht. Obwohl zumindest im Grundsatz eine entsprechende Pflicht des Verwaltungsrats anzunehmen ist, muss in praktischer Hinsicht eingeräumt werden, dass diese Pflicht kaum gerichtlich durchsetzbar ist.

Nach der Minderheitsmeinung von Lukas Glanzmann und Benedikt L. Rutscheidt ergibt sich eine „Kapitalausstattungsspflicht“ als Folge der Finanzverantwortung des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).²¹ Die mittelfristige Finanzplanung, so Glanzmann, beinhalte die Bereitstellung von Risikokapital, womit der Verwaltungsrat verpflichtet sei, für eine angemessene Kapitalausstattung der Gesellschaft zu sorgen.²² Rutscheidt spricht sodann von einer „justiziablen aktienrechtlichen Pflicht“, wonach die Gesellschaft über Risikokapital in angemessener Höhe verfügt.²³

Die herrschende Lehre lehnt eine über Bemühenspflichten hinausgehende „Kapitalausstattungsspflicht“ ab.²⁴ Diese Auffassung wird einerseits damit begründet, dass das Aktienrecht keine Bestimmungen zur Eigenkapitalquote vorsieht.²⁵ Andererseits wird die Auffassung damit begründet, dass dem Verwaltungsrat die Kompetenz zur Beschaffung von Eigen- und Fremdkapital fehlt, zumal die Generalversammlung der Aktionäre über Kapitalerhöhungen

²⁰ Statt vieler Böckli, Finanznotlagerecht, 524 ff.; Forstmoser/Küchler, Aktienrecht, 444 ff.

²¹ Glanzmann, Darlehensvertrag, 116 ff.; Glanzmann, Kapitalausstattung, 51 ff.; Rutscheidt, Rz. 321 ff.

²² Glanzmann, Kapitalausstattung, 52.

²³ Rutscheidt, Rz. 393, mit Relativierung, dass der Verwaltungsrat nicht für den Erfolg von (Risiko-) Kapitalbeschaffungsmassnahmen einstehen muss.

²⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 49 Rz. 15; Böckli, Aktienrecht, § 11 Rz. 42 f.

²⁵ Abweichend Handschin, 516 ff., wonach auch im Nichtbankenbereich – in der Gestalt von Art. 717 OR – Eigenkapitalvorschriften bestehen (519).

beschliesst und die Banken darüber entscheiden, ob sie mitziehen oder nicht.²⁶ Demzufolge ist der Verwaltungsrat insofern lediglich verpflichtet, die Entwicklung der Liquiditätslage zu verfolgen, was nun in Art. 725 OR ausdrücklich geregelt ist (aber freilich schon unter bisherigem Recht galt).²⁷

Die Folgefrage, ob der Verwaltungsrat allenfalls einer „Geschäftsanpassungspflicht“ untersteht, wonach der Geschäftsumfang an die Eigenkapitalbasis anzupassen und entsprechend zu reduzieren ist, falls zu wenig Eigenkapital vorhanden ist, wird in der Literatur überwiegend abgelehnt.²⁸ Diese Ansicht wird zutreffend damit begründet, dass der Verwaltungsrat zur Umsetzung des Gesellschaftszwecks verpflichtet bleibt und eine Aufgabe der Geschäftstätigkeit zweckwidrig wäre.²⁹ Urs Kägi bejaht eine so verstandene Geschäftsanpassungspflicht sodann nur bei Ausschüttungen an Aktionäre, da in solchen Konstellationen eine erhöhte Sorgfaltspflicht anzusetzen sei.³⁰

In der Literatur befürwortet wird demgegenüber eine „Sanierungspflicht“ des Verwaltungsrats.³¹ Gemäss Peter Böckli ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Entwicklung der Finanzlage der Gesellschaft genau zu verfolgen und beim Eintritt eines der gesetzlichen „Warnsignale“ – drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 Abs. 2 OR), Kapitalverlust (Art. 725a Abs. 1 OR) oder begründete Besorgnis einer Überschuldung (Art. 725b Abs. 4 OR) – zeitnah die gesetzlich vorgesehenen Handlungsoptionen zu ergreifen und nötigenfalls konkrete Sanierungsmassnahmen einzuleiten.³² Bisher noch nicht restlos geklärt scheint jedoch, ob und inwiefern eine solche Sanierungspflicht schon vor dem Eintritt der erwähnten Warnsignale besteht.³³ Es ist durchaus denkbar, dass sich bereits die organschaftliche Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) im Fall einer unterkapitalisierten AG zu einer Sanierungspflicht verdichtet.

²⁶ So etwa Sethe/Lütolf, 205 f.; Sethe, 428 f.

²⁷ Weiterführend Jagmetti, 1182 ff.

²⁸ Stellvertretend Kägi, § 8 Rz. 9.

²⁹ Statt vieler Sethe/Lütolf, 206; Sethe, 429; anders Rutscheidt, Rz. 392, wonach der Gesellschaftszweck kein Hindernis für eine Reduktion des Geschäftsumfangs darstellt.

³⁰ Kägi, § 11 Rz. 13, unter Verweis auf BGE 113 II 52 E. 3a S. 57

³¹ So etwa Böckli, Aktienrecht, § 11 Rz. 44 f.

³² Böckli, Aktienrecht, § 11 Rz. 44; zur Aussicht auf Sanierung Lang, 95 ff.

³³ BGE 132 III 564 E. 5 S. 572 ff. (Regeste: Sorgfaltspflicht der Verwaltungsräte, wenn gegenüber einer von ihnen geleiteten Gesellschaft, die sich in einer prekären Situation befindet und keinerlei Aktivitäten entfaltet, eine Forderung geltend gemacht wird); zurückhaltend Böckli, Aktienrecht, § 11 Rz. 45.

b) Kapitalausstattspflicht der Aktionäre

Im Ausgangspunkt stellt sich auch aus Aktionärssicht die Frage, ob der (Gross-) Aktionär einer Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung unterliegt. Im Aktienrecht gilt das Trennungsprinzip, womit eine Haftungsbeschränkung des Aktionärs statuiert wird, auch im Konzern.³⁴ Gemäss Art. 620 Abs. 1 S. 2 OR haftet für Verbindlichkeiten der AG nur das Gesellschaftsvermögen; eine persönliche Haftung des Aktionärs ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Zudem gilt Finanzierungsfreiheit: Der Aktionär muss demnach nur das Mindestkapital bei der Gründung aufbringen und unterliegt keiner Nachschusspflicht.³⁵ So steht es jedenfalls in Art. 680 Abs. 1 OR. Auch der Gläubigerschutz wird in diesem Zusammenhang angeführt.³⁶ Richtigerweise ist jedoch davon auszugehen, dass die Gläubiger das Bonitätsrisiko ihrer Vertragspartner selbst tragen und sich entsprechend absichern müssen; ein Risikotransfer auf die Aktionäre wäre systemwidrig und ist daher abzulehnen.³⁷

Der vorliegende Beitrag greift in rechtsdogmatischer Hinsicht zwei Konzepte auf, zum einen die Aktionärspflichten und zum anderen eine Aktionärshaftung. Im Hinblick auf die Aktionärspflichten stellt sich die Frage, ob der (Gross-) Aktionär einer Mitwirkungspflicht bei Kapitalmassnahmen unterliegt. Bereits an dieser Stelle soll überblicksartig eine Auslegeordnung möglicher Mitwirkungspflichten dargestellt werden.

Eine erste Fallgruppe betrifft die rein passive Mitwirkung.³⁸ Dabei stellt sich die Frage, ob der Grossaktionär eine Kapitalmassnahme ohne (!) finanzielle Beteiligung unterstützen muss, indem er oder sie eine Verwässerung in Kauf nehmen muss. Zudem ist fraglich, ob der Grossaktionär unter Umständen auch weitergehende Sanierungsmassnahmen unterstützen muss. Genau diese Problemstellungen widerspiegeln das vorläufige Zwischenergebnis im einleitend erwähnten Fallbeispiel: An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 4. April 2024 stimmten neben dem zeichnungswilligen Martin Haefner auch die beiden anderen Grossaktionäre, Peter Spuhler und Viktor Vekselberg und Konsorten, der Kapitalerhöhung von „Swiss Steel“ zu und nahmen dabei – da sie sich nicht erneut finanziell engagieren wollten – eine beachtliche Verwässerung ihrer Stimmrechts- und Kapitalanteile in Kauf.

³⁴ Siehe hierzu Sethe, 444.

³⁵ Siehe hierzu Sethe/Lütolf, 203 ff.; Sethe, 445 ff.

³⁶ So etwa Herren, 47 ff.

³⁷ Ähnlich Sethe/Lütolf, 204 f.; Sethe, 447.

³⁸ Siehe unten, III.1.b)aa).

Eine zweite Fallgruppe betrifft eine aktive Mitwirkung.³⁹ Hierbei stellt sich die Frage, ob der Grossaktionär eine Kapitalmassnahme mit (!) finanzieller Beteiligung unterstützen muss. Die Unterstützung erfolgt diesbezüglich im Rahmen einer positiven oder negativen Stimmpflicht, verbunden mit einer Investition. So weit ist es im einleitend erwähnten Fallbeispiel allerdings nicht gekommen.

Die dritte Fallgruppe betrifft gewissermassen eine Sonderproblematik.⁴⁰ Es ist nämlich überdies fraglich, ob der Grossaktionär unter Umständen zur Bereitstellung von Fremdkapital in Form eines Aktionärsdarlehens verpflichtet werden kann. Auch diese Frage hat sich im einleitend erwähnten Fallbeispiel nicht gestellt.

Im Hinblick auf eine Aktionärshaftung stellt sich sodann die Frage, ob der (Gross-) Aktionär für eine Unterkapitalisierung haftet. Neben der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sind zur Beantwortung dieser Fragestellung weitere denkbare Anspruchsgrundlagen heranzuziehen.⁴¹

III. Aktionärspflichten (*ex ante*)

1. Gesetzliche Grundstrukturen

a) Nachschüsse und Nebenleistungen

Beim Thema „Aktionärspflichten“ ist es Pflicht, vorfrageweise auf die Geltung und die Reichweite des Grundsatzes der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs einzugehen. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen gemeinhin davon aus, dass ein Aktionär zu nichts Weiterem verpflichtet ist als zur Leistung seiner oder ihrer Einlage.⁴² Dieser Aussage, die in der Absolutheit viel zu weit geht und auch falsch ist, ist entschieden entgegenzutreten.⁴³ Es gilt klar zu unterscheiden zwischen vermögensmässigen und nicht vermögensmässigen Aktionärspflichten, auch innerhalb der vermögensmässigen Aktionärspflichten ist zu differenzieren.

Weitgehend unumstritten und auch richtig ist lediglich, dass die Begründung von vermögensmässigen Aktionärspflichten, die zu einem zusätzlichen Beitrag

³⁹ Siehe unten, [III.1.b\)bb\)](#).

⁴⁰ Siehe unten, [III.1.b\)cc\)](#).

⁴¹ Siehe unten, [IV](#).

⁴² Aus der Lehre Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 42 Rz. 8 ff.; Böckli, Aktienrecht, § 9 Rz. 773; Vogt, Art. 680, BSK OR II, Rz. 13 ff.; aus der Rechtsprechung BGE 25 II 14 E. 4 S. 22 ff.; BGE 91 II 298 E. 6a S. 305 f.

⁴³ Anders Germann, Rz. 709 ff. (keine gesetzliche Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs).

in Geldform verpflichten, wegen Art. 680 Abs. 1 OR nicht zulässig ist.⁴⁴ Anders als bei der GmbH (Art. 695 bis Art. 695d OR) sind bei der AG keine Nachschüsse möglich, mit Ausnahme der Verzugsfolgen bei verspäteter Liberierung (Art. 681 und Art. 682 OR).

Bisher noch nicht in jeder Hinsicht geklärt und strittig ist jedoch, ob auch andere Nebenleistungen als Nachschüsse aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR verboten werden.⁴⁵ Immerhin gehen vormals das Bundesgericht und nun auch der Gesetzgeber (Art. 697n OR) von der Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln aus, was an und für sich klar gegen ein Verbot spricht.⁴⁶ Für die GmbH werden Nebenleistungen in einer separaten Rechtsnorm (Art. 796 OR) geregelt.

Wegen Unvereinbarkeit mit Art. 680 Abs. 1 OR überwiegend abgelehnt werden weitere nicht vermögensmässige Aktionärspflichten, insbesondere Treuepflichten und Konkurrenzverbote.⁴⁷ Die These der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs lässt sich jedoch durch eine Auslegung von Art. 680 Abs. 1 OR widerlegen, womit auch im schweizerischen Aktienrecht der Weg für einen treuepflichtbasierten Ansatz geebnet werden kann. In grammatikalischer Hinsicht lässt sich insbesondere nicht abschliessend beurteilen, ob diese Bestimmung neben statutarischen auch (ungeschriebene) gesetzliche oder allenfalls auch vertragliche Aktionärspflichten erfasst. In systematischer Hinsicht lässt sich ferner deutlich aufzeigen, dass sich das schweizerische Aktienrecht und die angrenzenden Rechtsgebiete in den vergangenen Jahren wesentlich gewandelt haben und verschiedentlich Aktionärspflichten vorsehen, namentlich in Gestalt der kapitalmarktrechtlichen Offenlegungs- und Angebotspflichten (Art. 120 und Art. 135 FinfraG), den Meldepflichten zur Geldwäschereibekämpfung (Art. 697j OR) sowie den Stimm- und Offenlegungspflichten von institutionellen Investoren im Recht der börsenkotierten Gesellschaften (Art. 95 Abs. 3 Bst. a S. 3 BV; Art. 71a und Art. 71b BVG, vormals Art. 22 und Art. 23 VegÜV). Aus einer rechtshistorischen Perspektive besonders interessant ist der Wandel von der Beitragspflicht zur Leistungspflicht im Rahmen der Aktienrechtsrevision zwischen 1928 und 1936, der richtigerweise so interpretiert werden muss, dass nicht jeder „Beitrag“, sondern nur die Leistung der Kapitaleinlage (Liberierung) von dieser Vorschrift erfasst wird. Der Sinn und Zweck von Art. 680 Abs. 1 OR kann demnach nur darin liegen, die Liberierungspflicht

⁴⁴ Statt vieler Bahar/Peyer, Art. 680, ZK OR, Rz. 33 ff.; siehe auch Jung, Art. 620, ZK OR, Rz. 23.

⁴⁵ Vgl. dazu Bahar/Peyer, Art. 680, ZK OR, Rz. 37 ff.

⁴⁶ BGE 33 II 205 E. 5 S. 207 f.; BGE 136 III 107 E. 2.5 S. 108 f.

⁴⁷ Stellvertretend Bahar/Peyer, Art. 680, ZK OR, Rz. 38 ff.; Vogt, Art. 680, BSK OR II, Rz. 22 ff.; Chenaux/Gachet, Art. 620, CR CO II, Rz. 12 ff.; relativierend Jung, Art. 620, ZK OR, Rz. 26 ff.; abweichend Wohlmann, 73 ff.

abzusichern und zu begrenzen. Auch eine rechtsvergleichende Auslegung, die sich an §§ 54 und 55 des deutschen AktG orientiert, bestätigt die Widerlegung der These der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs.

Eine restriktivere Haltung zur Nachschusspflicht in der GmbH vertritt etwa Rolf Sethe.⁴⁸ Demzufolge besteht grundsätzlich keine über die Liberierungspflicht hinausgehende Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters. Nur ausnahmsweise besteht demnach Raum für Nachschüsse, nämlich bei einer statutarischen Verankerung (Art. 795 Abs. 1 OR), einer betragsmässigen Begrenzung (Art. 795 Abs. 2 OR), einer Zweckgebundenheit (Art. 795 Abs. 2 Ziff. 3 OR) und einer Rückabwicklung (Art. 795c OR). Für die Nebenleistungspflichten in der GmbH gelten ähnliche Überlegungen.

b) Mitgliedschaftliche Treuepflicht

Die mitgliedschaftliche Treuepflicht ist eine rechtsformübergreifende Figur, die Ausfluss der Mitgliedschaft an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft ist.⁴⁹ Für einen Gesellschafter gilt demnach ein gesteigertes Pflichtenband. Obschon gesetzlich nicht geregelt, unterliegt auch der Aktionär und insbesondere der Grossaktionär einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht gegenüber der AG und den Mitaktionären. Die Treuepflicht hat einerseits eine Schrankenfunktion, die sich in einem Rücksichtnahmegebot und in einem Schädigungsverbot äussert. Andererseits hat die Treuepflicht eine Ergänzungsfunktion in Form einer Förderpflicht, beinhaltet aber – anders als die organschaftliche Treuepflicht – keine umfassende Interessenwahrungspflicht.

aa) Kapitalmassnahmen und Verwässerung

Die erste Fallkonstellation betrifft die Unterstützung von Kapitalmassnahmen ohne (!) finanzielle Beteiligung des Grossaktionärs. Dabei geht es also um die Fragestellung, ob der Grossaktionär aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung mitwirken und eine entsprechende Verwässerung in Kauf nehmen muss, indem er oder sie keine neuen Aktien zeichnet.

Die passive Form der Mitwirkung kann sich konkret in zweifacher Hinsicht äussern. Aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht unterliegt der Grossaktionär unter Umständen einer Stimmpflicht, wonach er an der Generalversammlung einer Erhöhung des Aktienkapitals zustimmen muss. Die Stimmpflicht kann sich allenfalls auch darin äussern, dass der Grossaktionär in

⁴⁸ Sethe/Lütolf, 216; Sethe, 456 f.

⁴⁹ Grundlegend Wohlmann, 73 ff.

diesem Zusammenhang einem Bezugsrechtsausschluss (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 i.V.m. Art. 652b OR) zustimmen muss.

Falls es sich um eine Bezugsrechtsemission handelt, das Bezugsrecht also nicht ausgeschlossen wurde, kann die mitgliedschaftliche Treuepflicht dem Grossaktionär unter Umständen gebieten, auf die Ausübung des Bezugsrechts zu verzichten. Der Ausübungsverzicht kann sich entweder schon vorgängig oder erst nachträglich aufdrängen. Massgebend für diese Beurteilung sind die Umstände des konkreten Einzelfalls.

Zudem stellt sich die Frage, ob der Grossaktionär aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht bei einem teilweisen (Art. 653q OR) oder vollständigen (Art. 653r OR) Kapitalschnitt mitwirken und eine entsprechend weitreichende Verwässerung in Kauf nehmen muss.⁵⁰ Auch hier lautet die zentrale Frage, ob der Grossaktionär einem Bezugsrechtsausschluss bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals zustimmen muss. Besonders wichtig sind dabei Überlegungen zur Verhältnismässigkeit der Massnahme. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang eine Interessenabwägung verlangt, in der das Interesse an der Bezugsrechtsausübung des Grossaktionärs den Interessen der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger an einer Sanierung der Gesellschaft gegenübergestellt wird, wobei auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) Bezug genommen wird.⁵¹

bb) Kapitalmassnahmen und Investition

Die zweite Fallkonstellation betrifft die Unterstützung von Kapitalmassnahmen mit (!) finanzieller Beteiligung des Grossaktionärs. Dabei geht es also um die Fragestellung, ob der Grossaktionär aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zu einer Investition verpflichtet werden kann. Diese Frage ist allerdings zu verneinen: Ein Grossaktionär ist aufgrund der Treuepflicht nicht verpflichtet, an einer Sanierung mitzuwirken, indem er oder sie im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Aktien zeichnen muss.

Die Reichweite der mitgliedschaftlichen Treuepflicht erstreckt sich lediglich, aber immerhin, auf die Stimmpflicht, also den Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung. Die Treuepflicht als Förderpflicht geht allerdings nicht so weit, dass sie vom Grossaktionär eine Investition verlangt. Die Grenzen der Treuepflicht lassen sich vor allem mit der fehlenden Nachschusspflicht begründen:

⁵⁰ Für den vollständigen Kapitalschnitt Rieder, Kapitalschnitt, Rz. 143 ff.; zur Bedeutung der Generalversammlung in Sanierungssituationen Rieder, Generalversammlung, 22 ff.

⁵¹ Stellvertretend Rieder, Kapitalschnitt, Rz. 307, mit zutreffender Aussage, wonach „ein bisheriger Aktionär seine Investitionswilligkeit der Gesellschaft nicht in gleichem Masse wie bisher aufzwingen“ kann.

Wenn es schon nicht zulässig ist, Nachschüsse zu leisten, die in den Statuten verankert, betragsmässig begrenzt, zweckgebunden und einer Rückabwicklung zugänglich sein müssen, darf es erst recht nicht zulässig sein, dem Grossaktionär eine Zeichnungs- und Liberierungspflicht aufzubürden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die nunmehr gefestigte Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs. Im Fall *Girmes* (1995) hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Treuepflicht des Minderheitsaktionärs gegenüber den Mitaktionären verbietet, eine „sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung“ aus eigennützigen Gründen zu verhindern.⁵² Die Grenze der mitgliedschaftlichen Treuepflicht findet sich allerdings bei der Möglichkeit, die Gesellschaft aufzulösen und die Beteiligung entsprechend abzustossen.

cc) *Eigenkapitalersetzende Darlehen*

Eine dritte Fallkonstellation bezieht sich auf die Bereitstellung von Fremdkapital in Form eines Aktionärsdarlehens. Fraglich ist, ob der Grossaktionär aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht verpflichtet werden kann, der AG ein Aktionärsdarlehen zu gewähren. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Finanzierungsentscheid und den Finanzierungsfolgen.

Die treuepflichtgesteuerte Mitwirkung zur Beseitigung einer Unterkapitalisierung begründet unter Umständen einen Anspruch der AG auf Gewährung eines Aktionärsdarlehens seitens des Grossaktionärs, falls kein Eigenkapital erhältlich sein sollte, weil die Kapitalerhöhung scheitert. Das dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn das Fremdkapital dringend erforderlich ist und nicht anderweitig besorgt werden kann.

Aus Sicht des Grossaktionärs besteht allerdings die Gefahr, dass das Aktionärsdarlehen entweder in Eigenkapital umqualifiziert oder als nachrangiges Fremdkapital behandelt wird, mit den entsprechenden Konsequenzen im Konkurs der AG – es gibt also weder Zinsen noch ist eine Rückforderung des Darlehens möglich, zudem gilt ein Kollokationsverbot.⁵³ Der Eigenkapitalersatz wird in der Literatur begründet mit dem Rechtsscheinprinzip und dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens oder mit einem Verstoss gegen Treu und

⁵² BGHZ 129, 136 – *Girmes* (Leitsatz 2: Aufgrund der unter den Aktionären bestehenden Treuepflicht ist es dem einzelnen Aktionär nicht erlaubt, eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung der Gesellschaft – einschliesslich einer zum Sanierungskonzept gehörenden Kapitalherabsetzung – aus eigennützigen Gründen zu verhindern).

⁵³ Grundlegend Müller, Rz. 613 ff.; ablehnend Sethe/Lütolf, 216 ff.; Sethe, 458 f.

Glauben.⁵⁴ Der Rangrücktritt wird in der Literatur als kleinstmöglicher Eingriff für den Grossaktionär gemäss dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung eingestuft und teilweise auf das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zurückgeführt.⁵⁵ In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte das Bundesgericht den Eigenkapitalersatz jedoch abgelehnt, den Rangrücktritt immerhin offengelassen.⁵⁶ Die Ablehnung des Eigenkapitalersatzes durch das Bundesgericht überzeugt namentlich dahingehend, dass keine Rechtsnorm besteht, welche eine solche Umqualifizierung nahelegt. Die Offenheit des Bundesgerichts bezüglich einem Rangrücktritt ist ebenfalls zu begrüßen, da diese Lösung gewissermassen minimalinvasiv ist und in vielen Fallkonstellationen durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise begründet werden kann.

2. Vertragliche Vereinbarungen

a) Patronatserklärungen

Aktionärspflichten mit Finanzierungscharakter finden sich häufig in Patronatserklärungen – ein Instrument, das typischerweise im Konzernverhältnis eingesetzt wird, aber auch darüber hinaus eine gewisse Bedeutung hat.

Bezüglich ihrer Bindungswirkung lassen sich weiche und harte Patronatserklärungen als Grundformen unterscheiden.⁵⁷ Bei einer weichen Patronatserklärung nimmt der Grossaktionär lediglich Kenntnis vom Vertragsabschluss, übernimmt aber keine Einstandspflicht. Eine harte Patronatserklärung beinhaltet typischerweise eine „Ausstattungsverpflichtung“, die sich in einer finanziellen Unterstützung des Grossaktionärs äussert.

⁵⁴ von Greyerz, 556 (Rechtsscheinprinzip und Verbot widersprüchlichen Verhaltens); Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 344, insbesondere Fn. 80 (Verstoss gegen Treu und Glauben).

⁵⁵ So etwa Glanzmann, Darlehensvertrag, 144; Glanzmann, Kapitalausstattung, 56.; ähnlich Böckli, Aktienrecht, § 11 Rz. 79 (Rechtsmissbrauch).

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 5C.226/2005 vom 2. März 2005 E. 3: „Auch wenn diese Meinung noch andernorts in Erscheinung getreten ist [...], ist diese Betrachtungsweise dem geltenden schweizerischen Recht fremd“; Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.3.2: „Eine Umqualifikation kapitalersetzender Darlehen in Eigenkapital kann es nicht geben“; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.4, wonach eine Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital im Aktienrecht – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – grundsätzlich abgelehnt wird.

⁵⁷ Im Allgemeinen Koch, 11 ff.; im Besonderen Sethe, 445; zur weichen Patronatserklärung Koch, 341 ff.; zur harten Patronatserklärung Koch, 75 ff.

Aus Adressatensicht lassen sich individuelle und kollektive Patronatserklärungen unterscheiden.⁵⁸ Individuelle Patronatserklärungen richten sich immer an eine bestimmte Person, etwa einen Kreditgeber, Aufsichtsbehörden oder die Einlagensicherung. Kollektive Patronatserklärungen richten sich demgegenüber an einen unbestimmten Personenkreis. Eine solche liegt etwa vor, wenn ein Grossaktionär öffentlich bekannt gibt, dass er oder sie weiterhin zur unterkapitalisierten AG steht und nötigenfalls frisches Kapital einschiesst. Genau das hat übrigens Martin Haefner im einleitend erwähnten Fallbeispiel immer wieder getan.

In funktioneller Hinsicht lassen sich sodann interne und externe Patronatserklärungen unterscheiden.⁵⁹ Während interne Patronatserklärungen auch als Liquiditätszusage oder Liquiditätsgarantie bezeichnet werden, dienen externe Patronatserklärungen vorwiegend als Kreditsicherheit.

Die Patronatserklärung war auch schon Gegenstand der bundesgerichtlichen Praxis. In einem Leitsatz aus dem Jahr 1990 über einen Bankkonzern (Schweizerische Kreditanstalt) hatte das Bundesgericht entschieden, dass es unter dem damals geltenden Recht nicht möglich war, durch eine negative Patronatserklärung einen faktischen Beistandszwang im Konzernverhältnis abzuwenden.⁶⁰ Diese Rechtsprechung dürfte auch heute noch Geltung beanspruchen.

b) Aktionärbindungsverträge

Aktionärspflichten mit einem Finanzierungshintergrund sind manchmal auch Teil eines Aktionärbindungsvertrags. Dabei lassen sich insbesondere drei Formen unterscheiden.

Möglich und auch weitgehend zulässig sind Stimmbindungen, also vertragliche Verpflichtungen des Grossaktionärs, das Stimmrecht an der Generalversammlung in einer bestimmten Art und Weise auszuüben.⁶¹ Gegenstand der Stimmbindung bilden dabei hauptsächlich Kapital- und Sanierungsmassnahmen.

⁵⁸ Grundlegend Wolf, 48 ff.; zur individuellen Patronatserklärung Wolf, 71 ff.; zur kollektiven Patronatserklärung Wolf, 299 ff.; Koch, 533 ff.

⁵⁹ Grundlegend Kessler, 7 ff.; zur internen Patronatserklärung Kessler, 57 ff.; Grimm, 184 ff.; zur externen Patronatserklärung Kessler, 97 ff.; Grimm, 106 ff.

⁶⁰ BGE 116 Ib 331 E. 6 S. 342 f.

⁶¹ Siehe hierzu Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rz. 753 ff.

Ebenfalls möglich und auch zulässig sind vertragliche Leistungspflichten, die sich auf eine ordentliche oder eine ausserordentliche Finanzierung beziehen.⁶² Diese Leistungspflichten beinhalten die Beteiligung des Grossaktionärs an bestimmten oder künftigen Kapitalerhöhungen.⁶³ Regelungsgegenstand sind insbesondere die Zeichnung von Aktien und die Zustimmung zur Kapitalerhöhung (Stimmbindung) oder der Kauf von Aktien. Dabei wird oftmals das Recht und die Pflicht zur Ausübung des Bezugsrechts näher geregelt, allenfalls verbunden mit einer Stimmpflicht (Stimmbindung), entweder mit oder ohne Mitwirkung des Grossaktionärs an der Kapitalerhöhung. Ausserhalb einer Kapitalerhöhung können ferner Darlehen und Nachschüsse des Grossaktionärs vereinbart werden.⁶⁴

Möglich und zulässig sind sodann vertragliche Treuepflichten, insbesondere auf eine Unternehmensfinanzierung gerichtete Interessenwahrungspflichten, mit Wirkungsrichtung unter den Aktionären oder gegenüber der AG.⁶⁵ Allgemein gesprochen kann etwa vereinbart werden, sich für gemeinsame Interessen der Aktionäre und der AG einzusetzen und schädliche Handlungen gegen diese Interessen zu unterlassen.

IV. Aktionärshaftung (*ex post*)

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

a) Gründungshaftung

Die Gründungshaftung (Art. 753 OR) ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Deliktshaftung einzustufen.⁶⁶

Im Rahmen der Gründungshaftung gelten die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen, wobei für die Erstellung der Pflichtverletzung ein Verstoss gegen eine Schutznorm vorliegen muss. Die einzelnen Haftungstatbestände werden in Art. 753 Ziff. 1 bis Ziff. 3 OR explizit und abschliessend aufgelistet.

⁶² Vgl. dazu Sethe/Lütolf, 220.

⁶³ Siehe hierzu Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rz. 1427 ff.

⁶⁴ Siehe hierzu Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rz. 1434 ff.; von der Crone, Rz. 2088.

⁶⁵ Siehe hierzu Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rz. 1449.

⁶⁶ BGE 76 II 307 E. 7 S. 320 („die Gründerverantwortlichkeit ist eine Form der Deliktshaftung“); zustimmend Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 29; ablehnend von der Crone, Rz. 1837; Watter, Art. 753, BSK OR II, Rz. 1a.

Es lässt sich unschwer erkennen, dass die Unterkapitalisierung einer AG keinen Haftungstatbestand der Gründungshaftung bildet.⁶⁷ Eine allgemeine Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht wirkt unter diesem Titel ebenfalls nicht haftungsbegründend.⁶⁸ Die Gründungshaftung scheidet daher als Haftungsgrundlage aus.

b) Faktische Organhaftung

Die Organhaftung (Art. 754 OR) ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur.⁶⁹

Auch bei der Organhaftung gelten die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen. Erforderlich ist insbesondere eine organschaftliche – und nicht etwa eine mitgliedschaftliche – Pflichtverletzung, auch bei der faktischen Organschaft.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Haftung eines Grossaktionärs aus faktischer Organschaft.⁷⁰ Unter den faktischen Organbegriff fallen nach der bundesgerichtlichen Formel „Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“.⁷¹ Gemäss schwankender Bundesgerichtspraxis fallen allerdings nur leitende und entscheidende Funktionen darunter.⁷² Auch eine Haftung durch Unterlassen ist möglich.⁷³

Der faktische Organbegriff wird in der Lehre verschiedentlich konkretisiert. Hans Caspar von der Crone verlangt etwa eine Tätigkeit des faktischen Organs in eigener Verantwortung und mit nachhaltigem Einfluss auf die Geschäftsführung.⁷⁴ Peter Böckli spricht von einer massgebenden Beeinflussung des faktischen Organs „in organtypischer Weise“.⁷⁵ Im Bereich der Geschäftsführung

⁶⁷ Ebenso Sethe/Lütolf, 215.

⁶⁸ So schon Sethe/Lütolf, 215.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.1.2: „Festzustellen bleibt im Lichte der zitierten Rechtsprechung bloss negativ, dass Ansprüche aus Art. 754 OR nicht vertraglicher (oder vertragsähnlicher) Natur sind“; siehe auch Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 35.

⁷⁰ Zum Organbegriff Bärtschi, 94 ff.; Jung/Kunz/Bärtschi, § 8 Rz. 245; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 Rz. 910 ff.; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 4 ff.

⁷¹ BGE 107 II 349 E. 5a S. 353 f.; BGE 117 II 432 E. 2b S. 441 f.; BGE 117 II 570 E. 3 S. 571; BGE 128 III 29 E. 3a S. 30 f.

⁷² BGE 117 II 570 E. 3 S. 573; BGE 128 III 29 E. 3c S. 33.

⁷³ BGE 128 III 92 E. 3a S. 94; Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 5.

⁷⁴ von der Crone, Rz. 1841 ff.

⁷⁵ Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 38 ff.

soll mit der faktischen Organschaft also im Wesentlichen die oberste Schicht in der Hierarchie der Führungsebene erfasst werden.⁷⁶ In der Literatur besonders hervorgehoben wird zudem die Abgrenzung der Organstellung von blossen Hilfspersonen.⁷⁷ Als faktische Organe kommen ausserdem auch juristische Personen infrage.⁷⁸

Sind diese Anforderungen erfüllt, ist ein Grossaktionär als faktisches Organ zu qualifizieren.⁷⁹ Die mit der faktischen Organschaft zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind dabei deckungsgleich mit denjenigen von formellen Organen, insbesondere auch im Hinblick auf eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit.⁸⁰ Es kann daher im Einzelfall durchaus vorkommen, dass der Grossaktionär einer Haftung für Finanzierungsfehler aus faktischer Organschaft unterliegt. Diese Fallkonstellation dürfte insbesondere im Konzern von Bedeutung sein.⁸¹

Falls der Grossaktionär als faktisches Organ qualifiziert, ist daran zu denken, eine modifizierte „Business Judgment Rule“ zur Anwendung zu bringen, zumal auch dem Grossaktionär in dieser Rolle ein gewisses Geschäftsermessen zustehen muss.⁸² Bei der nachträglichen Beurteilung der Finanzierungsverantwortung eines Grossaktionärs müssen sich die Gerichte folglich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, sofern die entsprechenden Geschäftsentscheide „in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess“ zustandegekommen sind.⁸³ In der Literatur ist allerdings umstritten, ob sich faktische Organe auf die „Business Judgment Rule“ berufen können.⁸⁴

⁷⁶ Siehe auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 37 Rz. 5 („grundsätzlich nur die oberste Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie“).

⁷⁷ Weiterführend Binder/Roberto, Art. 754, CHK OR, Rz. 4.

⁷⁸ Vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 37 Rz. 15; Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 41; Binder/Roberto, Art. 754, CHK OR, Rz. 3.

⁷⁹ Ähnlich Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 38: „Einer Organverantwortlichkeit untersteht der Gross- oder Hauptaktionär nicht, ausser wenn er leitend und organtypisch in die Gesellschaft hineinwirkt“; siehe auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 37 Rz. 13 (ein Hauptaktionär, der materiell Organfunktionen ausübt).

⁸⁰ So etwa von der Crone, Rz. 1842.

⁸¹ Ansatzweise Sethe/Lütolf, 213; eingehend Sethe, 448 ff.

⁸² Zur „Business Judgment Rule“ (schweizerischer Prägung) Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 254 ff.

⁸³ Grundlegend BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_626/2013, 4A_4/2014 vom 8. April 2014 E. 5.1.

⁸⁴ Befürwortend Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 31r; ablehnend Nikitine, 172 f.; Bühler, 34 f.

2. Weitere Anspruchsgrundlagen

a) Durchgriffshaftung

In rechtsdogmatischer Hinsicht wird der Durchgriff entweder als Auslegungsproblem oder als Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB eingestuft.⁸⁵

Für einen Durchgriff müssen gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung insbesondere zwei Haftungsvoraussetzungen gegeben sein, erstens die wirtschaftliche Identität zwischen der unterkapitalisierten AG und dem Grossaktionär und zweitens die rechtsmissbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der AG.⁸⁶

Nach geltender Bundesgerichtspraxis setzt die wirtschaftliche Identität ein Abhängigkeitsverhältnis voraus, das entweder auf der Anteilseignerschaft oder auf anderen Gründen beruht.⁸⁷ Infrage kommen dabei etwa vertragliche Bindungen oder familiäre, verwandtschaftliche und freundschaftliche Beziehungen. Besonders relevant im vorliegenden Zusammenhang ist aber die Möglichkeit der Beherrschung, was typischerweise bei Einpersonengesellschaften gegeben ist, oder eine sonstige Abhängigkeit der Gesellschaft vom Grossaktionär.⁸⁸

Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts bedarf es zudem eines Rechtsmissbrauchs.⁸⁹ Eine Schädigungsabsicht – Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Vorwerfbarkeit – wird dabei nicht vorausgesetzt; eine funktions- oder zweckwidrige Verwendung der juristischen Person ist ausreichend.⁹⁰ Neben anderen Sachverhaltskonstellationen bildet insbesondere die Unterkapitalisierung der AG eine Fallgruppe, zumindest sofern die AG in einer Weise unterkapitalisiert ist, die ihre Lebensfähigkeit gefährdet.⁹¹ Die Hürde für die Annahme einer missbräuchlichen Unterkapitalisierung wird jedoch vom Bundesgericht hoch

⁸⁵ Für ein Auslegungsproblem von Planta, 155 ff.; für einen Rechtsmissbrauch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 62 Rz. 52; von der Crone, Rz. 2276; Böckli, Aktienrecht, § 1 Rz. 18.

⁸⁶ Grundlegend Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2.; im Allgemeinen Kobierski, 111 ff.; Jung, Art. 620, ZK OR, Rz. 218 ff.; von der Crone, Rz. 2277 ff.; im Besonderen Sethe/Lütolf, 214; Sethe, 450 f.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2012 E. 3.2: „Die erste Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und dem Schuldner.“

⁸⁸ Zur sonstigen Beherrschung Sethe, 450 (z.B. Stimmenmacht, Mitgliedschaft in Unternehmensleitung oder statutarische Vorzugsstellung); kritisch Sethe/Lütolf, 214.

⁸⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2012 E. 3.2: „Die zweite Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person.“

⁹⁰ Ebenso Sethe, 451 (objektive Betrachtungsweise).

⁹¹ So etwa Groner, 7 f.; siehe auch Sethe/Lütolf, 214.

angelegt, da substantiiert dargelegt werden muss, dass die Gesellschaft bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit mit zu wenig Kapital ausgestattet wurde.⁹²

Rolf Sethe argumentiert – zusammen mit Daniel Lütolf – überzeugend, dass der Durchgriff bei der Unterkapitalisierung einer AG tatsächlich ein Anwendungsfall der faktischen Organhaftung ist.⁹³ Es sei nicht einsichtig, weshalb nur in Einpersonengesellschaften eine Durchgriffshaftung für die Unterkapitalisierung zur Verfügung stehen soll, nicht aber in anderen Gesellschaften mit Grossaktionären. Grossaktionäre, die eine ausreichende Kapitalausstattung verhindern und dadurch als faktische Organe qualifizieren, haften demnach aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 OR).

Aufgrund ihrer Subsidiarität kommt der Durchgriffshaftung im Finanzierungskontext daher nur geringe praktische Bedeutung zu.

b) Vertrauenshaftung

In rechtsdogmatischer Hinsicht bilden Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB den Anknüpfungspunkt der Vertrauenshaftung.⁹⁴ Die Rechtsnatur der Vertrauenshaftung ist weder vertraglich noch deliktisch.

Die Haftungsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung basieren teilweise auf allgemeinen Grundsätzen.⁹⁵ Die Grundvoraussetzung einer Haftung ist das Bestehen einer rechtlichen Sonderbeziehung zwischen der unterkapitalisierten AG und dem Grossaktionär. Zusätzlich setzt die Haftung ein Dreifaches voraus, nämlich eine Vertrauensgrundlage, eine Vertrauensdisposition und einen Vertrauensbruch. Es braucht also erstens ein vertrauenserweckendes Verhalten des Grossaktionärs, das diesem oder dieser zugerechnet werden kann. Eine bestimmte Drittperson muss zweitens ein schutzwürdiges Vertrauen haben und gestützt darauf eine Vertrauensbetätigung vornehmen. Und drittens muss das Vertrauen der Drittperson durch den Grossaktionär treuwidrig enttäuscht werden, was gewissermassen der Verschuldenskomponente entspricht.

Ein praktischer Anwendungsfall der Vertrauenshaftung bildet die Figur der Organschaft durch Kundgabe, wonach jemand nach aussen hin vorgibt, ein

⁹² Urteil des Bundesgerichts 5C.246/2000 vom 3. April 2001 E. 3.

⁹³ Sethe/Lütolf, 214 f.; Sethe, 452 f.

⁹⁴ BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 349 ff.; grundlegend Canaris, 411 ff.; kritisch Roberto/Kuzniar, 1105 ff.

⁹⁵ BGE 120 II 331 E. 5 S. 335 ff.; im Allgemeinen Brechbühl, 59 ff.; Kuzmic, 217 ff.; von der Crone, Rz. 2248 ff.; im Besonderen Sethe, 454 f.

Gesellschaftsorgan zu sein.⁹⁶ Auch in diesem Fall dürfte jedoch die faktische Organhaftung eine Vertrauenshaftung infolge Subsidiarität verdrängen. Der Vertrauenshaftung dürfte insofern nur geringe praktische Bedeutung zukommen.

c) Deliktshaftung

Eine Deliktshaftung, die im Finanzierungskontext ebenfalls interessant erscheint, ist die Haftung aus sittenwidriger Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR.⁹⁷

Bei dieser Anspruchsgrundlage wird die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit durch die Sittenwidrigkeit ersetzt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf die Sittenwidrigkeit allerdings nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen.⁹⁸ Indem das Gesetz den Verstoss gegen die guten Sitten zum Haftungstatbestand erhebt, so das Bundesgericht, will das Recht nur ein „ethisches Minimum“ gewährleisten und in erster Linie die „Schikane“ erfassen.⁹⁹ Unter diesem Titel geht es um das derzeitige Anstandsgefühl oder ein Gerechtigkeitsgefühl, das stets dem Wandel der Zeit unterworfen ist.¹⁰⁰ An und für sich haftungsbewehrt sind auch Verstösse gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), wobei insbesondere der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung (Art. 737 Abs. 2 ZGB) beachtet werden muss.¹⁰¹

In einem unpublizierten Bundesgerichtsentscheid zur GmbH hat ein Gesellschafter die Gesellschaft regelrecht ausbluten lassen.¹⁰² Statt über ein Selbstkontrahieren hätte man diesen Fall auch über Art. 41 Abs. 2 OR lösen können.

Durchaus interessant sind ausserdem die Entwicklungslinien der deutschen Rechtsprechung zur „Existenzvernichtungshaftung“ in der GmbH. Gemäss dieser auf § 826 des deutschen BGB basierenden Rechtsfigur haften die Gesellschafter über ihr eingesetztes Kapital hinaus allenfalls auch für die Überschuldung der Gesellschaft, nicht aber für eine Unterkapitalisierung. Die beiden aktuellen Leitentscheide des Bundesgerichtshofs, *Trihotel* und *Gamma*,

⁹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 37 Rz. 9; Jung/Kunz/Bärtschi, § 8 Rz. 245; Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz. 43; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 Rz. 913; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 8; kritisch Bärtschi, 104 ff.

⁹⁷ BGE 124 III 297 E. 5e S. 302 f.; siehe auch Bieri, 549 ff.

⁹⁸ So etwa BGE 124 III 297 E. 5e S. 302.; siehe auch BGE 95 III 83 E. 6e S. 92.

⁹⁹ BGE 124 III 297 E. 5e S. 302 f. (keine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine „hohe Ethik“).

¹⁰⁰ So etwa Brehm, Art. 41, BK OR, Rz. 240 ff.

¹⁰¹ Ebenso Kessler, Art. 41, BSK OR I, Rz. 41; für das Aktienrecht BGE 99 II 55 E. 4b S. 62; BGE 117 II 290 E. 4e/bb S. 302.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 4A_127/2013 vom 22. Mai 2013 E. 6.

haben in Deutschland hohe Wellen geschlagen.¹⁰³ In der schweizerischen Rechtsordnung besteht allerdings kein ausgewiesener Bedarf für diese Rechtsfigur, die hierzulande bisher noch kaum rezipiert wurde.

Vor diesem Hintergrund ist die Einschätzung naheliegend, dass die Deliktshaftung in der Spielart der sittenwidrigen Schädigung durchaus eine Haftungsgrundlage darstellen kann, die bisher tendenziell eher unterschätzt wurde, auch und insbesondere im Finanzierungskontext.

V. Schlussfolgerungen in Thesenform

1. Aktionärspflichten

- Der Grundsatz der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs (Art. 680 Abs. 1 OR) spricht nicht *per se* gegen eine Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären für unterkapitalisierte AGs. Es ist zu unterscheiden zwischen vermögensmässigen und nicht vermögensmässigen Aktionärspflichten.
- In der AG ist eine Nachschusspflicht des Grossaktionärs nicht möglich, eine Nebenleistungspflicht des Grossaktionärs aber durchaus denkbar. In der GmbH gilt eine andere Ausgangslage (Art. 795 bis Art. 795d, Art. 796 OR), wobei die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters auch hier Ausnahmecharakter hat.
- Die mitgliedschaftliche Treuepflicht des Grossaktionärs begründet Mitwirkungspflichten bei Kapitalmassnahmen. Der Grossaktionär muss unter Umständen eine Verwässerung in Kauf nehmen und weitergehende Sanierungsmassnahmen ermöglichen. Zur Investition kann der Grossaktionär nicht verpflichtet werden.

¹⁰³ BGHZ 173, 246 – *Trihotel* (Leitsatz 2: Der Senat gibt das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs[aus-sen]haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf; stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein); BGHZ 176, 204 – *Gamma* (Leitsatz 1: Die als besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung in § 826 BGB einzuordnende Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters setzt einen kompensationslosen „Eingriff“ in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH voraus; dem steht ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung i.S. einer „Unterkapitalisierung“ der GmbH nicht gleich); siehe auch Schirmacher, 2 ff.

- Die mitgliedschaftliche Treuepflicht des Grossaktionärs begründet einen Anspruch der AG auf Gewährung eines Aktionärsdarlehens. Der Grossaktionär unterliegt einer Finanzierungsfolgenverantwortung.
- Patronatserklärungen und Aktionärbindungsverträge begründen gegebenenfalls eine darüberhinausgehende Finanzierungsverantwortung des Grossaktionärs für unterkapitalisierte AGs.

2. Aktionärshaftung

- Die Unterkapitalisierung einer AG bildet keinen Haftungstatbestand der Gründungshaftung. Eine allgemeine Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht wirkt unter diesem Titel ebenfalls nicht haftungsbegründend. Die Gründungshaftung des Grossaktionärs scheidet daher aus.
- Eine Haftung des Grossaktionärs aus faktischer Organschaft kommt infrage, sofern sich der Grossaktionär eigenverantwortlich und massgeblich in Finanzierungsentscheidungen der AG einmischt. Bei der Beurteilung des Fehlverhaltens im Einzelfall kommt eine modifizierte „Business Judgment Rule“ zur Anwendung.
- Die Durchgriffshaftung bei der Unterkapitalisierung einer AG bildet einen Anwendungsfall der faktischen Organhaftung. Infolge Subsidiarität dürfte diese Haftungsgrundlage in den allermeisten Fällen wegfallen.
- Der Vertrauenshaftung kommt bei der Unterkapitalisierung einer AG eine gewisse Bedeutung zu, sofern eine Vertrauensgrundlage geschaffen, eine Vertrauensdisposition getroffen und ein Vertrauensbruch begangen wird. Ein Anwendungsfall der Vertrauenshaftung stellt die Haftung aus Organschaft durch Kundgabe dar.
- Die Deliktshaftung in der Spielart der sittenwidrigen Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR) bildet eine Haftungsgrundlage, die bislang auch im Kontext der Unternehmensfinanzierung tendenziell eher unterschätzt wird.

Literaturverzeichnis

- Bahar Rashid/Peyer Martin, Art. 680, in: Handschin Lukas/Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. Bahar/Peyer, Art. 680, ZK OR, Rz. ...).
- Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.
- Bieri Reto, Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR: Einblick in eine „Mauerblümchen“-Bestimmung des Haftpflichtrechts, AJP 2008, 549 ff.

- Binder Andreas/Roberto Vito, Art. 754, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 4. Aufl., Zürich 2024 (zit. Binder/Roberto, Art. 754, CHK OR, Rz. ...).
- Blum Adrian/Debrunner Yvonne, Was Spuhler am Swiss-Steel-VRP stört, F&W vom 24. Januar 2024.
- Böckli Peter, Finanznotlagerecht, SZW 2017, 524 ff. (zit. Böckli, Finanznotlagerecht).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht: Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Brechbühl Beat, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998.
- Brehm Roland, Art. 41, in: Brehm Roland, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Brehm, Art. 41, BK OR, Rz. ...).
- Bühler Christoph B., „Business Judgment Rule“: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Müller Matthias P.A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel: Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 29 ff.
- Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habil. München 1971.
- Chenau Jean-Luc/Gachet Alexandre, Art. 620, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Cannapa Damiano (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. Chenau/Gachet, Art. 620, CR CO II, Rz. ...).
- Feldges Dominik, Swiss Steel benötigt dringend frische Mittel, NZZ vom 21. Dezember 2023 (zit. Feldges, frische Mittel).
- Feldges Dominik, Das Letzte, was Swiss Steel jetzt braucht, ist Streit, NZZ vom 1. Februar 2024 (zit. Feldges, Streit).
- Feldges Dominik, Bei Swiss Steel prallen zwei Sturköpfe aufeinander, NZZ vom 15. März 2024 (zit. Feldges, zwei Sturköpfe).
- Feldges Dominik, Martin Haefner hat bei Swiss Steel freie Hand, NZZ vom 5. April 2024 (zit. Feldges, freie Hand).
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015 (zit. Forstmoser/Küchler, Aktionärbindungsverträge).
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020: Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022 (zit. Forstmoser/Küchler, Aktienrecht).
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Waller Stefan, Art. 754, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. ...).

- Germann Sandro, Die personalistische AG und GmbH: Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionärs- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015.
- Glanzmann Lukas, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St.Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1996 (zit. Glanzmann, Darlehensvertrag).
- Glanzmann Lukas, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 1997, 51 ff. (zit. Glanzmann, Kapitalausstattung).
- Glanzmann Lukas/Benedikt L. Rutscheidt, Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen: Änderungen im neuen Aktienrecht, EF 2021, 310 ff.
- Grimm Gregor, Die Patronatserklärung: Kreditsicherung und Insolvenzabwehr, Diss. Hannover, Baden-Baden 2019.
- Groner Roger, Wann haftet ein Aktionär – und warum?, SJZ 101 (2005), 1 ff.
- Heiniger Bastian, Haefner erklärt sein Engagement, F&W vom 6. April 2024.
- Herren Dorothea, Das gesetzliche Mindestkapital: Schranke oder Freipass?, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 39 ff.
- Isler Peter R., Verantwortlichkeit im Konzern, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht XII: Verantwortlichkeitsrecht im Wandel, Zürich 2025, 9 ff.
- Jagmetti Luca, Pflichten des Verwaltungsrates betreffend Liquidität: Insbesondere in der Krise gemäss Art. 725 OR, AJP 2024, 1182 ff.
- Jentsch Valentin, Die Schweizer Aktienrechtsrevision 2020: Auf dem Weg zum besten Aktienrecht der Welt?, ZHR 186 (2022), 883 ff.
- Jung Peter, Art. 620, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Jung, Art. 620, ZK OR, Rz. ...).
- Jung Peter/Kunz Peter V./Bärtschi Harald, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- Kägi Urs, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke: Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg, Zürich/St.Gallen 2012.
- Kessler Janina, Interne und externe Patronatserklärungen als Instrumente zur Insolvenzvermeidung, Diss. Hamburg (Bucerius Law School), Hamburg 2015.
- Kessler Martin, Art. 41, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. Kessler, Art. 41, BSK OR I, Rz. ...).
- Kobierski Marlene, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht: Eine interdisziplinäre Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Bern 2012.
- Koch Jens, Die Patronatserklärung, Habil. Bochum, Tübingen 2005.
- Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung, GesKR 2014, 52 ff.

- Kuzmic Kristina, Haftung aus „Konzernvertrauen“: Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1998.
- Lang Simon, Die Aussicht auf Sanierung, Diss. Zürich 2017.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: Mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Bern 2023.
- Müller Karin, Eigenkapitalersetzende Darlehen: Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Habil. Zürich, Bern 2015.
- Nikitine Alexander, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007.
- Rieder Dominik, Der vollständige Kapitalschnitt – Kapitalherabsetzung auf null mit Kapitalerhöhung, Diss. St.Gallen 2016 (zit. Rieder, Kapitalschnitt).
- Rieder Dominik, Die Generalversammlung in Sanierungssituationen, ex/ante 2018, 22 ff. (zit. Rieder, Generalversammlung).
- Roberto Vito/Kuzniar Nadia, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung: Zeit für einen Nachruf?, AJP 2019, 1105 ff.
- Rutschdt Benedikt L., Die Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft im Kompetenzgefüge ihrer Organe, Diss. St.Gallen, Zürich 2023.
- Schirmacher Carsten, Existenzvernichtung, Unterkapitalisierung, kalte Liquidation, ZGR 2021, 2 ff.
- Sethe Rolf, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St.Gallen 2020, 423 ff.
- Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 137 (2018) I, 201 ff.
- Vogt Hans-Ueli, Art. 680, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Vogt, Art. 680, BSK OR II, Rz. ...).
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.
- von Greyerz Christoph, Kapitalersetzende Darlehen, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderling Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 547 ff.
- von Planta Andreas, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981.
- Watter Rolf, Art. 753, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Watter, Art. 753, BSK OR II, Rz. ...).
- Wohlmann Herbert, Die Treuepflicht des Aktionärs: Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär, Diss. Zürich 1968.
- Wolf Christian Ulrich, Die Patronatserklärung, Diss. Heidelberg, Baden-Baden 2005.

Verantwortlichkeit und Vergütung

Valerie Meyer Bahar

Inhalt

I.	<u>Ausgangslage: Verantwortlichkeit und Vergütung</u>	62
1.	<u>Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers im Obligationenrecht</u>	62
a)	<u>Aktienrechtliche Verantwortlichkeit</u>	62
b)	<u>Arbeitsrechtliche Haftung</u>	62
c)	<u>Forderungsklage und Verrechnung durch den Arbeitgeber</u>	63
2.	<u>Vergütungssystem</u>	63
II.	<u>Regelung im Obligationenrecht und Vorgaben der FINMA</u>	64
1.	<u>Vergütung nach Obligationenrecht</u>	64
2.	<u>Vorgaben der FINMA</u>	65
a)	<u>FINMA-Rundschreiben Vergütungssysteme</u>	65
b)	<u>Ausgewählte Grundsätze</u>	65
3.	<u>Verhältnis zu anderen gesetzlichen Bestimmungen</u>	67
a)	<u>Überblick</u>	67
b)	<u>Schweizerisches Obligationenrecht</u>	68
c)	<u>Art. 10a Bankengesetz</u>	69
III.	<u>Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen</u>	69
1.	<u>Vergütungsstruktur in Unternehmen</u>	69
2.	<u>Variable Vergütung</u>	70
a)	<u>Voraussetzungen und Bedingungen der Ausrichtung</u>	70
b)	<u>Verfall und Clawback</u>	71
c)	<u>Praktische Überlegungen</u>	72
IV.	<u>Schlussfolgerung</u>	73
	<u>Literaturverzeichnis und Materialien</u>	74

I. Ausgangslage: Verantwortlichkeit und Vergütung

1. Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers im Obligationenrecht

a) Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft wird im Schweizer Recht in Art. 754 OR¹ geregelt: Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsleitung befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Aktivlegitimiert, um den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen, sind sowohl die Gesellschaft als auch die einzelnen Aktionäre, wobei deren Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft geht (Art. 756 OR; siehe auch Art. 757 OR betr. Aktivlegitimation im Konkurs).

In der Praxis sind Klagen gestützt auf Art. 754 OR langwierig und für klagende Aktionäre mit hohen Risiken behaftet.² Ausserhalb eines Konkurses kommt es daher in der Praxis kaum zu Haftungsklagen nach Art. 754 OR.

b) Arbeitsrechtliche Haftung

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321e OR für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Das Mass der Sorgfalt, für die er einzustehen hat, bestimmt sich nach dem Arbeitsverhältnis, dem Bildungsgrad und den Fachkenntnissen, Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers.

Die Haftpflicht des Arbeitnehmers ist eine vertragliche Haftung und setzt entsprechend eine Vertragsverletzung durch den Arbeitnehmer, einen Schaden des Arbeitgebers sowie einen Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden voraus, wobei die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers subjektiv beurteilt wird.

Die Bestimmung von Art. 321e OR ist auf Fälle klaren Fehlverhaltens zugeschnitten. Sie ist nicht geeignet, um die Vergütung von Arbeitnehmern mit deren Verantwortung gegenüber dem Unternehmen in Einklang zu bringen.

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR, SR 220).

² Gericke/Häusermann/Waller, Art. 756, BSK OR II, N 14.

c) Forderungsklage und Verrechnung durch den Arbeitgeber

Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer können mittels einer Forderungsklage oder über den Weg der Verrechnung geltend gemacht werden. Die Verrechnung mit einer Lohnforderung ist soweit zulässig, als diese betreibungsrechtlich pfändbar wäre; Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden dürfen unbeschränkt verrechnet werden (Art. 323b Abs. 2 OR).

Eine Verrechnung setzt eine fällige Hauptforderung des Arbeitgebers voraus (Art. 120 Abs. 1 OR) sowie eine Gegenforderung des Arbeitnehmers, z.B. eine Lohnforderung oder einen Anspruch aus variabler Entschädigung. Wurden die Ansprüche des Arbeitnehmers – namentlich im Rahmen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – bereits umfassend befriedigt, ist eine Verrechnung nicht mehr möglich.

2. Vergütungssystem

In den letzten Jahren wurden die Vergütungssysteme von Unternehmen zunehmend differenzierter ausgestaltet, um eine bessere Abstimmung zwischen der Vergütung der leitenden Angestellten und dem Erfolg und den Interessen des Unternehmens zu erreichen. Zu diesem Zweck wurden in den Vergütungssystemen insbesondere Bestimmungen aufgenommen, die bei Fehlverhalten des Arbeitnehmers oder negativen Entwicklungen im Unternehmen einen Verfall bereits zugesprochener oder eine Rückforderung bereits ausgerichteter variabler Vergütungselemente ermöglichen sollen.

Diese Praxis trat im Rahmen des Untergangs der Credit Suisse in das Bewusstsein der Öffentlichkeit. So übte die FINMA Druck auf die Credit Suisse aus, die variablen Vergütungen zu reduzieren³ und die Präsidentin der FINMA äusserte öffentlich Sympathien für eine „Boni-Rückgaberegung“ bei Banken⁴.

³ Siehe die damalige Presseberichterstattung, z.B. „Sollen die CS-Topmanager ihre Boni zurückerzahlen? Und kann man sie dazu zwingen? Die wichtigsten Fragen und Antworten“, NZZ vom 22. März 2023; „Strafe für Credit Suisse: Bundesrat streicht CS-Chefs Boni von über 50 Millionen Franken“, Tages-Anzeiger vom 5. April 2023.

⁴ Tages-Anzeiger vom 30. Dezember 2023 (mit Verweis auf ein Interview in der „Schweiz am Wochenende“).

II. Regelung im Obligationenrecht und Vorgaben der FINMA

1. Vergütung nach Obligationenrecht

Das Obligationenrecht kennt im Wesentlichen drei Arten der Vergütung: Den Lohn (Art. 322 OR), den Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) und die Gratifikation (Art. 322d OR).

Von grosser praktischer Bedeutung ist die Abgrenzung zwischen Lohn und Bonus: Der Arbeitnehmer hat während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf die Lohnzahlung (Art. 322 Abs. 1 OR), und der Lohn bildet auch die Grundlage für weitere Leistungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (Ferienlohn, Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung, etc.).

Die Rechtsnatur des Bonus ist stets nach der konkreten Regelung im Einzelfall zu bestimmen⁵: Wenn Anspruch und Höhe eines Bonus vertraglich im Voraus festgelegt sind und dem Arbeitgeber keinerlei Ermessen mehr zusteht, liegt Lohn vor; ebenso, wenn die Höhe des Bonus ermessensunabhängig durch klare Messgrössen bestimmt wird oder der Bonus im Rahmen der vom Bundesgericht entwickelten sog. Akzessorietätsrechtsprechung als zum Lohn nicht mehr akzessorisch erscheint.⁶

Handelt es sich hingegen um einen Bonus in der klassischen Ausprägung, d.h. eine freiwillige, im Ermessen des Arbeitgebers stehende Zahlung, ist diese Zahlung als Gratifikation unter Schweizer Recht zu behandeln.⁷ Ist dies der Fall, ist es zulässig, die Ausrichtung eines Bonus unter Bedingungen zu stellen, so z.B. die Voraussetzung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses, oder den Vorbehalt von Verfalls- und Clawback-Bestimmungen.⁸

⁵ Zum Thema besteht eine umfangreiche und sehr differenzierte Rechtsprechung, auf die einzugehen den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen würde. Es wird verwiesen auf die einschlägige arbeitsrechtliche Literatur und die Kommentare, z.B. Streiff/von Känel/Rudolph, Art. 322d, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, N 2.

⁶ Streiff/von Känel/Rudolph, Art. 322d, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, N 2.

⁷ Streiff/von Känel/Rudolph, Art. 322d, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, N 2.

⁸ Siehe zu den sog. Rückzahlungsklauseln Rehbinden/Stöckli, Art. 322d, BK Arbeitsvertrag, N 18; Portmann/Rudolph, Art. 322d, BSK OR I, N 25 ff.

2. Vorgaben der FINMA

a) FINMA-Rundschreiben Vergütungssysteme

Die FINMA definierte im Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme⁹ („FINMA Rundschreiben“) Mindeststandards für die Ausgestaltung, Umsetzung und Offenlegung von Vergütungssystemen bei Finanzinstituten¹⁰, die dazu beitragen sollen, „dass Vergütungssysteme keine Anreize für unangemessene Risiken schaffen, welche die Stabilität von Finanzinstitutionen gefährden können“¹¹. Das FINMA Rundschreiben ergänzt für Finanzinstitute die Regeln des Obligationenrechts sowie die börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften.¹²

Adressaten des Rundschreibens sind u.a. alle der schweizerischen Finanzmarktaufsicht unterstellten Banken. Es ist für Institute, die Eigenmittel von mindestens CHF 10 Milliarden halten müssen, zwingend umzusetzen und gilt für alle anderen Finanzinstitute als Empfehlung.¹³ Das Rundschreiben wird ergänzt durch einen Erläuterungsbericht der FINMA („FINMA Erläuterungsbericht“).¹⁴

b) Ausgewählte Grundsätze

Das Rundschreiben enthält zehn Grundsätze zur Vergütung, die als Mindeststandards zu verstehen sind.

Grundsatz 4 hält in allgemeiner Weise fest, dass Struktur und Höhe der Gesamtvergütungen mit der Risikopolitik des Finanzinstituts übereinstimmen und das Risikobewusstsein fördern, wobei die Vergütung die zu verantwortenden Risiken umso stärker einbeziehen muss, je mehr strategische oder operative Verantwortung eine Person trägt.¹⁵

Gemäss *Grundsatz 5* sind variable Vergütungen langfristig vom wirtschaftlichen Erfolg des Finanzinstituts gedeckt. Diesbezüglich wird explizit festgehalten, dass der Gesamtpool für variable Vergütungen bei schlechtem Geschäftsverlauf massgeblich reduziert wird oder vollständig entfällt.¹⁶

⁹ FINMA Rundschreiben.

¹⁰ FINMA Rundschreiben, Rz. 2.

¹¹ FINMA Erläuterungsbericht, S. 6; Peyer/Schaub, 149 ff., 151.

¹² FINMA Rundschreiben, Rz. 3.

¹³ FINMA Rundschreiben Rz. 4 ff.; bei Versicherungsunternehmen liegt die Schwelle bei Eigenmittelanforderungen von CHF 15 Milliarden.

¹⁴ FINMA Erläuterungsbericht.

¹⁵ FINMA Rundschreiben, Grundsatz 4, Rz. 30 ff.

¹⁶ FINMA Rundschreiben, Grundsatz 5, Rz. 39 ff.

Grundsatz 6 stipuliert, dass die Zuteilung der variablen Vergütung anhand nachhaltiger Kriterien erfolgt. Diesbezüglich wird klar vorgegeben, dass der schwerwiegende Verstoss gegen interne oder externe Vorschriften zu einer Reduktion oder einer Verwirkung der variablen Vergütung führt („Malus“).¹⁷ Dies wird im FINMA Erläuterungsbericht dahingehend konkretisiert, dass die Einhaltung interner und externer Vorschriften und Weisungen durch Mitarbeitende und Unternehmenseinheiten bei der konkreten Zuteilung variabler Vergütungen zu berücksichtigen ist; Verstösse gegen solche Regeln müssen zu einer Reduktion und allenfalls Verwirkung von variablen Vergütungen führen.¹⁸

Schliesslich binden aufgeschobene Vergütungen gemäss Grundsatz 7 Vergütungen an die zukünftige Entwicklung von Erfolg und Risiken.¹⁹ Dazu gehört namentlich, dass ein Teil der Vergütungen in aufgeschobener Form ausgerichtet wird, wobei die Bezugsfrist für die Mitglieder der Geschäftsleitung mindestens drei Jahre betragen soll. Wertänderungen erfolgen gemäss klarer, objektiver Bemessungskriterien, und negative Entwicklungen führen zu einer massgeblichen Wertreduktion bis zum vollständigen Wertverlust. Aufgeschobene Vergütungen sollen ganz oder teilweise zurückgezogen werden können, wo dies für das Risikobewusstsein und die Nachhaltigkeit förderlich und verhältnismässig ist. Bei schlechtem Geschäftsverlauf ist die Ausrichtung nicht aufgeschobener variabler Vergütungen auf ein Mindestmass zu reduzieren.

Im FINMA Erläuterungsbericht befürwortet die FINMA die Einführung eines „Clawback“ bzw. „Malus“, mittels dessen sich das Finanzinstitut vorbehält, bereits vorgenommene Zuteilungen zurückzuziehen, falls bestimmte negative Ereignisse eintreten.²⁰ Die FINMA führt diesbezüglich explizit aus, dass Clawbacks auch eingesetzt werden können zur Berücksichtigung von Risiken, die keinen Einfluss auf die ursprüngliche Zuteilung der Vergütung hatten und an konkrete, dem Verantwortungsbereich eines Mitarbeiters zuzuordnende Risiken geknüpft werden können. Die FINMA erwartet, dass Clawbacks nicht alleine bei fehlbarem Verhalten zur Anwendung kommen, sondern auch an Erfolgs- und Leistungsaspekte anknüpfen.²¹

¹⁷ FINMA Rundschreiben, Grundsatz 6, Rz. 44 ff.

¹⁸ FINMA Erläuterungsbericht S. 47; siehe in diesem Bereich auch die EU-Empfehlungen 2009/384/EG der Kommission vom 30. April 2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor und EU Empfehlung 2009/385/EG der Kommission vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften.

¹⁹ FINMA Rundschreiben, Grundsatz 7, Rz. 49 ff.

²⁰ FINMA Erläuterungsbericht S. 50.

²¹ FINMA Erläuterungsbericht S. 50.

Die FINMA übt Druck aus auf die Institute, ihre Vergütungen an den Geschäftsgang anzupassen und im Falle von Verlusten die individuelle Entschädigung zu reduzieren sowie „Malus“- und „Clawback“-Mechanismen einzusetzen.²²

3. Verhältnis zu anderen gesetzlichen Bestimmungen

a) Überblick

Das FINMA Rundschreiben hat nicht den Charakter eines Rechtserlasses.²³ Es kann daher nicht in unmittelbar verbindlicher Form Pflichten auferlegen oder Rechte verleihen.²⁴ Die gesetzlichen Bestimmungen – namentlich des Obligationenrechts – haben Vorrang vor den Grundsätzen des FINMA Rundschreibens.

In ihren öffentlichen Stellungnahmen hat die FINMA verschiedentlich gefordert, dass die von ihr etablierten Grundsätze für Vergütungssysteme in das Bundesrecht überführt werden sollten. Ebenso fordert die FINMA, dass das Bankengesetz und die Bankenverordnung Prinzipien enthalten sollten, um das Risikobewusstsein unter den Angestellten zu fördern und es der FINMA zu erlauben, im Bereich der Verfügung spezifische Massnahmen gegen Institute zu treffen.²⁵

Das von der FINMA verfolgte Ziel einer Stärkung des Risikobewusstseins der Arbeitnehmer dahingehend, dass sie auch nach der Zuteilung der aufgeschobenen variablen Vergütung im Risiko stehen²⁶, kann zu Zielkonflikten führen mit der traditionell von Unternehmen verfolgten Zielsetzung aufgeschobener Vergütungsmodelle, nämlich der Erhöhung der Attraktivität als Arbeitgeberin für hoch qualifizierte Arbeitnehmer, der Schaffung einer Anreizstruktur für Arbeitnehmer unter Annäherung deren Interessen an die Interessen von Aktionären und Investoren, und einer stärkeren Mitarbeiterbindung²⁷. Bereits früh wurde sodann kritisiert, dass die Vorgaben und Empfehlungen des FINMA

²² Jentsch, 556 ff., 562 ff.; FINMA Report, S. 50.

²³ BBl 2006, 2861.

²⁴ BBl 2006, 2861; Streiff/von Känel/Rudolph, Art. 322d, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, N 2 f. m.w.V.

²⁵ FINMA Report, S. 50; ebenso Äusserungen in der Presse durch die FINMA-Präsidentin (Tages-Anzeiger vom 30. Dezember 2023 mit Verweis auf ein Interview in der „Schweiz am Wochenende“); zu Art. 10a des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) siehe nachfolgend.

²⁶ FINMA Erläuterungsbericht S. 48.

²⁷ BGE 130 III 495, 500.

Rundschreibens unter Umständen in einem Spannungsverhältnis stehen mit dem materiellen Schweizer (Arbeits-)recht.

b) Schweizerisches Obligationenrecht

Das FINMA Rundschreiben geht von einem breiten Vergütungsbegriff aus und erfasst sämtliche variablen Vergütungen, deren Ausrichtung oder Höhe im Ermessen des Finanzinstituts stehen oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängen, einschliesslich leistungs- oder erfolgsabhängiger Vergütungen.²⁸

Gerade im Hinblick auf derartige Vergütungen, deren Ausrichtung und/oder Höhe vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt und die damit u.U. Lohncharakter haben, stehen die Grundsätze des FINMA Rundschreibens teilweise im Konflikt mit den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts: So verlangt Grundsatz 7 des FINMA Rundschreibens, dass ein Teil der Vergütungen in aufgeschobener Form ausgerichtet wird, während Art. 339 Abs. 1 OR zwingend festhält, dass sämtliche Forderungen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werden; die Ausrichtung von Vergütungselementen in der Form von Beteiligungen am Unternehmen kann sodann in Widerspruch stehen zum sog. Truckverbot nach Art. 323b Abs. 3 OR.²⁹ Generell steht das Konzept der Risikobeteiligung des Arbeitnehmers in einem Spannungsfeld zum grundsätzlichen Verbot der Abwälzung des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer.³⁰

Das FINMA Rundschreiben adressiert das Problem nur mit dem pauschalen Hinweis, dass die Finanzinstitute sicherzustellen hätten, dass die vertraglichen Vereinbarungen mit den betroffenen Arbeitnehmern den Anforderungen des Rundschreibens entsprächen und die Verträge soweit erforderlich anzupassen seien.³¹ Dies, obwohl bereits während der Vernehmlassung verschiedentlich auf die Inkonsistenz der Vorgaben des Rundschreibens mit dem Arbeitsrecht hingewiesen wurde.³²

²⁸ FINMA Rundschreiben Rz. 12.

²⁹ Streiff/von Känel/Rudolph, Art. 322d, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, N 2, 333 f.; dies allerdings nur, wenn die Vergütung Lohncharakter hat, handelt es sich hingegen um eine Gratifikation, kommt Art. 323d Abs. 3 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Anwendung, siehe BGE 131 III 615, 621 ff.

³⁰ Streiff/von Känel/Rudolph, N 2, 334, Art. 322a N 8.

³¹ FINMA Rundschreiben Rz. 26.

³² Peyer/Schaub, 151 ff.

c) Art. 10a Bankengesetz

Art. 10a des Bankengesetzes enthält eine klare gesetzliche Regelung für „Massnahmen im Bereich der Vergütungen“ und statuiert, dass, sofern einer systemrelevanten Bank staatliche Beihilfe aus Bundesmitteln gewährt wird, der Bundesrat für die Dauer der beanspruchten Unterstützung gleichzeitig Massnahmen im Bereich der Vergütung anordnet (Art. 10a Abs. 1 BankG). Dabei kann der Bund insbesondere die Auszahlung variabler Vergütungen ganz oder teilweise verbieten, oder Anpassungen des Vergütungssystems anordnen (Art. 10a Abs. 2 lit. a und lit. b BankG). Systemrelevante Banken sind verpflichtet, in ihren Vergütungssystemen einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen (Art. 10a Abs. 3 BankG).

Diese Bestimmung trat in den Fokus der Öffentlichkeit im Zuge des Untergangs der Credit Suisse. Damals verfügte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) im Auftrag des Bundesrats die ganze oder teilweise Streichung der noch ausstehenden variablen Vergütungen der drei obersten Hierarchieebenen der Credit Suisse.³³

Zu beachten ist diesbezüglich, dass Art. 10a BankG keine gesetzliche Grundlage enthält, die es dem Bund ermöglicht, die Rückerstattung bereits bezogener Vergütungen anzuordnen. Die Rückforderung bereits ausbezahlter variabler Vergütungen richtet sich nach dem Privatrecht. Der Bund kann jedoch betroffene Institute anweisen, die rechtlichen Möglichkeiten für eine Rückforderung zu prüfen und der FINMA sowie dem EFD darüber Bericht zu erstatten.³⁴

III. Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen

1. Vergütungsstruktur in Unternehmen

In der Praxis besteht die Vergütungsstruktur von Geschäftsleitungsmitgliedern und leitenden Angestellten grosser, international ausgerichteter Unternehmen regelmässig aus einer fixen Vergütung (Lohn bzw. Salär) und einer erfolgsabhängig ausgestalteten variablen Vergütung.

³³ Umfangreiche FAQ zu den Massnahmen des Bundesrates zu variablen Vergütungen im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS, Stand 1. März 2024, abrufbar unter <www.efd.admin.ch/de/boni-cs-ubs> (besucht am 12. Dezember 2024).

³⁴ FAQ zu den Massnahmen des Bundesrates zu variablen Vergütungen im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS.

Diese variable Vergütung wird im Hinblick auf eine längerfristige Mitarbeiterbindung aufgeteilt in einen Anteil, der ausbezahlt wird (*cash bonus*) und einen Anteil in der Form einer Beteiligung am Unternehmen, sei es in Form von (gesperrten) Aktien oder Optionen auf Aktien des Unternehmens.

In zeitlicher Hinsicht wird die Ausrichtung der variablen Vergütung dahingehend gestaffelt, dass ein Bonus (*short-term incentive*) nach Ablauf des Geschäftsjahres ausgerichtet wird, während die Aktien oder Rechte auf Beteiligungspapiere über mehrere Jahre gesperrt sind (*long-term incentive*) und nach Ablauf der Sperrfrist nur ausgerichtet werden, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind (*deferred compensation; vesting*).

Derartige Vergütungsstrukturen sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich zulässig.³⁵

2. Variable Vergütung

a) Voraussetzungen und Bedingungen der Ausrichtung

Die variable Vergütung wird gestützt auf spezifische Mitarbeiterbeteiligungspläne ausgerichtet, in deren Rahmen die Arbeitgeberin ihren Geschäftsleitungsmitgliedern und leitenden Angestellten in regelmässigen Zeitabständen und unter bestimmten Bedingungen Aktien des Unternehmens oder Optionen auf Aktien des Unternehmens zuwendet³⁶.

Die Ausrichtung variabler Vergütungen im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsplans steht in der Regel unter dem Vorbehalt, dass der Arbeitnehmer zur Teilnahme am entsprechenden Beteiligungsplan qualifiziert bzw. eingeladen wird und die vertraglichen Bedingungen des Beteiligungsplans akzeptiert. Der Beteiligungsplan hält in der Folge klar fest, welcher Anteil der Vergütung bereits nach Abschluss des Geschäftsjahrs ausgerichtet wird, und welcher Anteil der Vergütung erst mit einem Aufschub ausgerichtet wird, sowie die Bedingungen der Ausrichtung der aufgeschobenen Vergütungselemente.

Die Ausgestaltung des Mitarbeiterbeteiligungsplans ist weitgehend der Gesellschaft überlassen und von den mit dem Plan verfolgten Zielen abhängig. Soll ein Verfall oder Clawback möglich sein, ist die variable Vergütung als freiwillige Leistung im Ermessen des Unternehmens und damit als Gratifikation auszugestalten. Dies gilt sowohl für die Teilnahme am Mitarbeiterbeteiligungsplan

³⁵ So bejahte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Verfügungssperre von fünf Jahren, gekoppelt mit einem entschädigungslosen Verfall der Optionen bei einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vollumfänglich, BGE 130 III 495, 503 f.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_513/2017 vom 5. September 2018 E. 6.

als auch für die Zusprennung und den Umfang einer allfälligen variablen Vergütung.

Unter diesen Umständen ist es für das Unternehmen möglich und zulässig, den Umfang der zugesprochenen, aber aufgeschobenen Vergütung an die Entwicklung klar definierter und objektiver Bemessungskriterien (wie z.B. den Aktienkurs) zu koppeln, wie dies von der FINMA gefordert wird, die im Übrigen verlangt, dass negative Entwicklungen derartiger Bemessungskriterien „zu einer massgeblichen Wertreduktion bis hin zum vollständigen Wertverlust“ führen müssen³⁷. Weiter kann die Ausrichtung der aufgeschobenen variablen Vergütung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig gemacht werden, so z.B. einem ungekündigten Arbeitsverhältnis oder dem Status als *good leaver*.³⁸

b) Verfall und Clawback

Der *Verfall* aufgeschobener Vergütungselemente sowie die Rückforderung bereits ausgerichteter Vergütungselemente (*Clawback*) wird i.S. einer vertraglichen Abrede ebenfalls in den Beteiligungsplänen geregelt und bildet damit eine Resolutivbedingung betreffend die bereits zugesprochene oder ausgerichtete Vergütung. Derartige Klauseln sollen die Rückbehaltung oder Rückforderung von bereits ausbezahlten variablen Vergütungen ermöglichen.³⁹

Dabei ist klar zwischen den beiden Konzepten zu unterscheiden:

- Beim *Verfall* behält sich der Arbeitgeber vor, bereits zugesprochene, aber aufgeschobene und entsprechend noch mit einer Sperre belegte Vergütungselemente unter bestimmten Umständen verfallen zu lassen und nicht auszurichten.
- Beim *Clawback* hingegen werden dem Arbeitgeber bereits ausgerichtete Vergütungselemente wieder zurückgefordert, d.h. der Mitarbeiter muss ihm bereits ausgerichtete Zahlungen oder Aktien zurückerstatten.

In Bezug auf das die Rückforderung auslösende Ereignis sind verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten denkbar: So wird z.B. unterschieden zwischen dem sog. *Compliance-Clawback*, bei dem die Rückforderung vom Vorliegen einer Pflichtverletzung abhängig gemacht wird wie z.B. der Verletzung rechtlicher oder regulatorischer Pflichten, und dem *Performance-Clawback*, der auf

³⁷ FINMA Rundschreiben Rz. 54.

³⁸ Zur entsprechenden Qualifikation der variablen Vergütung als Anwartschaft Peyer/Schaub, 154 f.; kritisch und differenzierend zu Abreden in Bezug auf sog. Rückzahlungsklauseln Rehbiner/Stöckli, Art. 322d, BK OR I, N 18; Portmann/Rudolph, Art. 322d, BSK OR I, N 25-26.

³⁹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. April 2023, in: LA210016 E. 3.3.1.

das Nichterreichen zuvor definierter Ziele abstellt.⁴⁰ In der Praxis finden sich als Auslöser für einen Verfall und eine Rückforderung z.B. auch die Verschlechterung des Geschäftsganges, ein Reputationsverlust des Unternehmens, eine Verletzung rechtlicher oder regulatorischer Pflichten sowie die Gesetzesverletzung.

Die FINMA befürwortet diesbezüglich eine breite Umschreibung der Voraussetzungen, die zu einem Verfall bzw. einer Rückforderung führen können. So wird festgehalten, dass ein Verfall bzw. Clawback auch für die Berücksichtigung von Risiken einzusetzen sind, die keinen Einfluss auf die ursprüngliche Zuteilung der Verfügung hatten, und dass diese auch an Erfolgs- und Leistungsaspekte im Verantwortungsbereich des Mitarbeiters anknüpfen und nicht alleine bei fehlbarem Verhalten zur Anwendung kommen sollen.

Bei der Definition der Voraussetzungen für einen Verfall und einen Clawback ist wesentlich, dass klar definiert wird, welche Ereignisse die dem Mitarbeiter zugesprochene (aufgeschobene) Vergütung verfallen lassen oder gar einen Rückforderungsanspruch auslösen sollen. Dabei erscheint es sinnvoll, zwischen den beiden Fallgruppen zu differenzieren und höhere Anforderungen an eine Rückzahlungsverpflichtung zu stellen. Die Beurteilung, ob die im Mitarbeiterbeteiligungsplan stipulierten Bedingungen erfüllt sind, sollte dabei im freien Ermessen des Unternehmens liegen.

Ein Anknüpfen an persönliches Fehlverhalten des Mitarbeiters, das ursächlich zu einem Schaden der Arbeitgeberin führte (sei es ein finanzieller Schaden oder ein Reputationsschaden) scheint oft naheliegend, bildet in der Praxis aber eine hohe Hürde, die zudem den u.U. unerwünschten Effekt haben kann, dass tendenziell Mitarbeiter auf niedrigerer Hierarchiestufe belangt werden, denen eher eine kausale Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann als Mitarbeitern auf höheren Hierarchieebenen.

c) Praktische Überlegungen

In praktischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass ein Entscheid betreffend Verfall oder Clawback unternehmensintern korrekt gemäss den geltenden Regeln des Beteiligungsplans gefällt wird, d.h. bei Geschäftsleitungsmitgliedern i.d.R. durch den Verwaltungsrat auf Antrag des Compensation Committee. Weiter ist sicherzustellen, dass sich die Gesellschaft nicht vertraglich – z.B. im Rahmen eines Termination Agreement – zur Ausrichtung der variablen Vergütung verpflichtet hat.

⁴⁰ OGer ZH, in: LA210016 E. 3.3.1.

Der Entzug bereits zugesprochener Vergütungselemente i.S. eines Verfalls ist praktisch einfach umsetzbar, betrifft dies doch gesperrte Vergütungselemente, die erst im Sinne einer Anwartschaft des Arbeitnehmers bestehen. Bei Verfall fallen diese Vergütungselemente ersatzlos dahin und werden nicht ausgerichtet. Möchte sich der Arbeitnehmer dagegen wehren, hat er das Unternehmen bzw. die die Beteiligung ausübende Konzerngesellschaft⁴¹ zu verklagen.

Demgegenüber ist die Rückforderung bereits ausgerichteter Vergütungen für den Arbeitnehmer einschneidend: Es macht einen Unterschied, ob lediglich ein Bonus nicht ausbezahlt wird, oder der Arbeitnehmer einen bereits ausbezahlten und allenfalls bereits verbrauchten Betrag zurückzahlen soll.⁴² Auch praktisch ist eine Rückzahlung oftmals komplex: Auf den bereits ausgerichteten Leistungen wurden von den Parteien Sozialversicherungsbeiträge abgeführt, und sie wurden vom Arbeitnehmer versteuert. Diese Zahlungen können in der Regel nicht zurückgefordert werden und sind von einer Partei zu tragen. Bestreitet oder verweigert der Arbeitnehmer die Rückerstattung derartiger Vergütungselemente, muss die Arbeitgeberin diese klageweise einfordern. Die Einbringlichkeit derartiger Forderungen ist abhängig von der finanziellen Situation des Arbeitnehmers sowie dessen persönlichen Umständen und u.U. mit erheblichem Aufwand verbunden oder gänzlich unmöglich.

IV. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl seitens der Öffentlichkeit als auch der FINMA die Erwartung besteht, dass Mitglieder der Geschäftsleitung sowie leitende Angestellte Verantwortung übernehmen im Falle eines Misserfolgs oder eines Fehlverhaltens innerhalb des Unternehmens, und dies u.U. auch dann, wenn ihnen ein derartiges Fehlverhalten nicht persönlich zum Vorwurf gereicht.

Es ist bereits jetzt möglich, derartige Anreize in Vergütungssysteme aufzunehmen. Dabei kann jedoch ein Spannungsverhältnis bestehen mit zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts sowie der Rechtsprechung, die oftmals dazu tendiert, auch variablen Vergütungselementen Lohncharakter zuzusprechen.

Mitarbeiterbeteiligungsprogramme sind daher sorgfältig dahingehend auszugestalten, dass es sich bei variablen Entschädigungen um freiwillige, im Ermessen des Unternehmens stehende Leistungen handelt, und die Bedingungen für die

⁴¹ Siehe zur diesbezüglich oftmals relevanten Frage der Passivlegitimation BGE 4A_175/2014.

⁴² OGer ZH, in: LA210016 E. 3.3.5.2 mit Verweis auf Rosiak, 104.

Ausrichtung dieser Leistungen sowie Verfalls- und Rückzahlungsverpflichtungen sind klar zu umschreiben.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist der Verfall variabler Vergütungselemente – und u.U. gar eine Rückforderung – unter dem schweizerischen Recht zulässig und wird in der Praxis auch von den Gerichten geschützt.

Literaturverzeichnis und Materialien

Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBl 2006, 2829 ff.

FINMA Report, Lessons Learned from the CS Crisis, 19 Dezember 2023 (zit. FINMA Report).

FINMA Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme, Stand 4. November 2020 (zit. FINMA Rundschreiben).

FINMA Rundschreiben Vergütungssysteme Erläuterungsbericht, Entwurf Juni 2009 (zit. FINMA Erläuterungsbericht).

Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Waller Stefan, Art. 756, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 6. A., Basel 2023 (zit. Gericke/Häusermann/Waller, Art. 756, BSK OR II, N ...).

Jentsch Valentin, Die Rolle der FINMA bei Vergütungen in Banken und Versicherungen, SZW 5/2021, S. 556 ff.

Peyer Patrik R./Schaub Roland, Umsetzung des FINMA-Rundschreibens „Vergütungssysteme“ bei Banken, SJZ 107 (2011) Nr. 7, S. 149 ff.

Portmann Wolfgang/Rudolph Roger, Art. 322d, in: Widmer Lüchinger, Corinne/Oser, David, (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 7. A., Basel 2020 (zit. Portmann/Rudolph, Art. 322d, BSK OR I, N ...).

Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Art. 322d, in: Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, Bern 2010, (zit. Rehbinder/Stöckli, Art. 322d, BK Arbeitsvertrag, N ...).

Rosiak Angelina, Clawback-Klauseln im System der Vorstandsvergütung, Baden-Baden 2022.

Streiff Ullin/von Känel Adrian/Rudolph Roger, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012 (zit. Streiff/von Känel/Rudolph, Art. ..., N ...).

Reichweite des Abgasskandals bis in die Schweiz

Rolf Sethe*

Inhalt

I.	<u>Einleitung</u>	76
II.	<u>Aufdeckung der Manipulationen und strafrechtliche Folgen</u>	78
1.	<u>USA</u>	78
2.	<u>Deutschland</u>	79
3.	<u>Schweiz</u>	80
III.	<u>Die zivilrechtliche Aufarbeitung in Deutschland</u>	81
1.	<u>Tempo der Aufarbeitung</u>	81
2.	<u>Die sog. „erste Klagewelle“</u>	82
a)	<u>Die Tücken der vertraglichen Haftung</u>	82
b)	<u>Bejahung einer deliktischen Haftung durch die Instanzgerichte</u>	82
c)	<u>Die Musterfeststellungsklage</u>	83
d)	<u>Bejahung einer deliktischen Haftung durch den BGH</u>	83
aa)	<u>Die Haftungsvoraussetzungen gemäss § 826 BGB</u>	83
bb)	<u>Schaden</u>	84
cc)	<u>Vorteilsausgleich</u>	85
dd)	<u>Keine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB</u>	86
e)	<u>Verneinung von Zinsen</u>	87
f)	<u>Das erste Dieselurteil des EuGH</u>	87
3.	<u>Die sog. „zweite Klagewelle“</u>	88
a)	<u>Der Thermo-Fenster-Beschluss des BGH</u>	88
b)	<u>Die Ausdehnung der Thermo-Fenster-Rechtsprechung</u>	89
c)	<u>Unionsrechtliche Staatshaftung</u>	89
d)	<u>Die EuGH-Entscheidung zum Thermofenster</u>	90
e)	<u>Änderung der Rechtsprechung des BGH</u>	91
aa)	<u>Bejahung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB</u>	91
bb)	<u>Beweislastverteilung</u>	91
cc)	<u>Art des Schadenersatzes</u>	91
dd)	<u>Schadensbemessung</u>	92
ee)	<u>Vorteilsausgleich</u>	93
f)	<u>Folgen der Kehrtwende in der BGH-Rechtsprechung</u>	93
4.	<u>Dritte Klagewelle?</u>	94
5.	<u>Zwischenfazit</u>	95

* Für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen danke ich Herrn RiOLG Stefan Schüler, Frau Petja Ivanova, Mag. iur., Herrn RA Dr. Claude Humbel, LL.M., sowie Frau Nadine Villringer, MLaw, sehr herzlich.

IV.	<u>Die zivilrechtliche Aufarbeitung in der Schweiz</u>	95
1.	<u>Versuche einer kollektiven Rechtsdurchsetzung</u>	95
a)	<u>Klage nach UWG im „Abtretungsmodell“</u>	95
b)	<u>Klage nach Haftpflichtrecht im „Abtretungsmodell“</u>	96
c)	<u>Ausweichen nach Deutschland</u>	101
2.	<u>Individualklagen</u>	102
a)	<u>Gewährleistungsrecht</u>	102
b)	<u>Haftpflichtrecht</u>	103
aa)	<u>Sachverhalte</u>	103
bb)	<u>Naturalrestitution</u>	104
cc)	<u>Schaden im Sinne der Differenzhypothese</u>	104
dd)	<u>Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung?</u>	106
3.	<u>Zwischenfazit</u>	108
V.	<u>Fazit</u>	108
1.	<u>Allgemeines</u>	108
2.	<u>Deutschland</u>	109
3.	<u>Schweiz</u>	109
	<u>Literaturverzeichnis</u>	110

I. Einleitung

Im Jahr 2015 wurde der sogenannte Abgasskandal aufgedeckt. Autohersteller hatten die Dieselmotoren¹ ihrer Fahrzeuge so manipuliert, dass sie auf dem Prüfstand zwar alle Abgasnormen einhielten, nicht aber im Strassenverkehr. Zunächst schien es, als seien nur Autos des VW-Konzerns betroffen, doch zeigte sich in der Folge, dass auch andere Hersteller ihre Fahrzeuge manipuliert hatten. Dabei kamen verschiedene Methoden der Manipulation der Abgaswerte zum Einsatz:

(1) Bei der „Prüfstanderkennung“ wurde im Fahrzeug eine Software verbaut, die erkannte, dass das Fahrzeug auf einem Abgasprüfstand getestet wurde. In diesem Fall schaltet die Software die Abgasrückführung in einen Stickoxid-optimierten Modus. Im normalen Fahrbetrieb ausserhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in einen Modus, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxidausstoss höher war.

(2) Ähnlich funktionierte auch die „Kühlmittel-Sollwert-Regelung“. Die Software im Fahrzeug erkannte, dass ein Prüfzyklus (NEFZ) durchfahren wird, und regelt

¹ Zum Teil wurden auch Otto-Motoren manipuliert. Die Zahl der Fälle war gering und bleibt daher nachfolgend ausser Betracht.

die Kühlmittelsolltemperatur von den üblichen 100° C auf 70° C herunter. Die abgesenkte Kühlmitteltemperatur führt zu besseren Stickoxid-Werten.

(3) Bei der sog. „Aufheizstrategie“ handelte es sich um eine Lenkwinkel-Erkennung. Wird das Lenkrad nach dem Start des PKW nicht bewegt, geht die Software von einer Prüfsituation aus und aktiviert ein Schaltprogramm für das Getriebe mit der Folge, dass besonders wenig CO₂ ausgestossen wird. Wird das Lenkrad hingegen um mehr als 15 Grad eingeschlagen, läuft der PKW mit anderen Schaltprogrammen, die mehr CO₂ und Kraftstoff verbrauchen.

(4) Demgegenüber war das sog. „Thermofenster“ eine Software, die sowohl auf dem Prüfstand wie im Alltagsbetrieb die gesetzlichen Abgaswerte nur in einem bestimmten Temperaturbereich (Aussentemperatur zwischen 15°C und 33°C) einhielt und sonst nicht.

Die zuletzt erhobene Statistik aus dem Jahr 2023 nennt insgesamt 2'101'786 in Deutschland zugelassene manipulierte Fahrzeuge, die sich wie folgt auf die Hersteller verteilen:²

Hersteller	Anzahl	Hersteller	Anzahl	Hersteller	Anzahl
VW	553'052	Opel	176'417	Kia	27'184
Mercedes	421'198	BMW	101'488	Mini	21'378
Fiat	203'909	Volvo	68'592	Jeep	18'367
Audi	193'154	Peugeot	51'693	Renault	18'132
Skoda	184'331	Hyundai	38'568	Weitere	24'323

Hauptgeschädigter des Skandals waren und sind zweifellos die Umwelt und die Allgemeinheit. Aber auch die grosse Flut der Autokäufer wurde geschädigt. Der Abgasskandal löste eine wahre Klageflut aus und brachte die deutsche Justiz an ihre Belastungsgrenzen.³ Gibt man in der Datenbank „juris.de“ das

² Studie von myRight auf Basis der Emissionswerte des International Council on Clean Transportation und der Zulassungsstatistik des deutschen Kraftfahrt-Bundesamtes, <<https://www.presseportal.de/pm/125881/5545864>>.

³ Siehe SWR-Datenanalyse Abgasskandal, <<https://www.swr.de/swraktuell/diesel-klagen-ueberlastung-der-justiz-jederzeit-moeglich-100.html>>. Bemerkenswert ist auch, dass der deutsche Bundesgerichtshof angesichts der Flut an Klagen kurzfristig einen „Hilfsspruchkörper für sog. Dieselsachen“ einrichtete, um den VI. und VII. Senat zu entlasten (VIa Senat), siehe Pressemitteilung des BGH Nr. 141/2021 vom 22. Juli 2021, <<https://juris.bun->

Stichwort „Abschalteinrichtung“ ein, erhält man ganze 6'336 Urteile als Treffer. Das Stichwort „Abgasskandal“ bringt 4'032 Treffer in der Rubrik Rechtsprechung. Das deutsche Deliktsrecht wurde in der Fallgruppe einer ausservertraglichen Haftung des Herstellers einer Ware gegenüber dem Endabnehmer durch die zahlreichen Entscheide massgeblich weiterentwickelt. Im Ergebnis hat die Justiz das deutsche Deliktsrecht – nicht zuletzt aufgrund des Einflusses des EuGH – „konsumentenfreundlich“ fortentwickelt.

Auch in der Schweiz finden sich nun erste Entscheidungen zum Dieselskandal. Da der Hauptfokus in Deutschland auf dem VW-Konzern lag und die vorliegenden schweizerischen Entscheide ebenfalls diese Automarke betreffen, konzentriert sich die nachfolgende Darstellung der Entwicklung des Skandals auf den VW-Konzern.⁴ Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zum Dieselskandal – etwas zeitversetzt – nun auch in der Schweiz wiederholt oder ob die Unterschiede der beiden Rechtsordnungen dies verhindern. Zu diesem Zweck wird zunächst die strafrechtliche Aufarbeitung des Dieselskandals in den USA, in Deutschland und in der Schweiz überblicksartig nachgezeichnet (II.), bevor die in Deutschland (III.) und in der Schweiz (IV.) ergangenen zivilrechtlichen Entscheide analysiert und bewertet werden. Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (V.).

II. Aufdeckung der Manipulationen und strafrechtliche Folgen

1. USA

Ein im Jahr 2014 durchgeführte Studie des Forschungsinstituts International Council on Clean Transportation und der Universität West Virginia deckte erhöhte Emissionswerte bei einigen Volkswagen-Modellen in den USA auf.⁵ Volkswagen hatte daraufhin zunächst versucht, eine Lösung auf dem Verhandlungsweg zu finden, was dem Unternehmen jedoch misslang.⁶ Am 3. September 2015 räumte der Volkswagen-Konzern (VW, Audi) gegenüber der US

desgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2021-7&nr=120535&pos=9&anz=31.

⁴ Der gesamte Dieselskandal ist dargestellt bei <<https://de.wikipedia.org/wiki/Abgasskandal>>.

⁵ In-Use-Emission Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the U.S., Consultant Report of 30 May 2014, <<https://theicct.org/publication/in-use-emissions-testing-of-light-duty-diesel-vehicles-in-the-u-s>>.

⁶ Chronologie der VW-Abgas-Affäre unter <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Die-VW-Abgas-Affaere-eine-Chronologie.volkswagen892.html>.

Environmental Protection Agency (EPA) die Manipulation von Dieselmotoren ein. Bei Abgastests hielten die Motoren die gesetzlich vorgeschriebenen Abgaswerte ein, auf der Strasse im Alltagsbetrieb jedoch nicht. Eine Ad-hoc-Meldung an den Börsen unterblieb. Am 18. September wurde der Skandal dann einer breiten Öffentlichkeit bekannt, als die EPA eine sog. „Notice of Violation“⁷ veröffentlichte, in der sie die Manipulationen detailliert aufzeigte. In den USA waren insgesamt 480'000 Fahrzeuge betroffen, weltweit rund 11 Mio. Autos. Der Aktienkurs von VW brach am 22. September um 40% ein. Am 23. September musste VW-Chef Martin Winterkorn zurücktreten. Die Behörden veranlassten den Rückruf von 8,5 Mio. Autos in Europa, die mit Softwareupdates auf Kosten von VW nachgerüstet werden mussten. Der Autoabsatz bei VW brach ein und der Konzern meldete im April 2016 mit 1,6 Mrd. EUR den grössten Verlust seiner Unternehmensgeschichte.

Am 21. September 2015 kündigten der Generalstaatsanwalt des US-Bundesstaates New York und das US-Justizministerium in Washington D.C. Ermittlungen in der VW-Abgasaffäre an. Am 26. August 2017 wurde einer der verantwortlichen VW-Ingenieure, Herr James Robert Liang, zu 3.5 Jahren Haft und einer Geldstrafe von 200'000 USD verurteilt. Der VW-Manager Oliver Schmidt erhielt eine Haftstrafe von sieben Jahren und wurde zu einer Geldstrafe von 400'000 USD verurteilt. Andere verantwortliche VW-Manager waren rechtzeitig nach Deutschland zurückgekehrt und konnten daher nicht in den USA zur Rechenschaft gezogen werden.⁸ VW wurde am 11. April 2017 zu einer Strafe von 2,8 Mrd. USD verurteilt.⁹

2. Deutschland

In Deutschland wurden in der Folge zahlreiche Straf- und Bussgeldverfahren eingeleitet, die sowohl VW und dessen Manager als auch Zulieferunternehmen betrafen, welche die manipulierten Komponenten geliefert hatten.¹⁰ Im Jahr 2019 musste der weltweit grösste VW-Zulieferer Bosch ein Bussgeld in Höhe von 90 Mio. EUR bezahlen. Ein anderer Zulieferer, ZF Friedrichshafen, zahlte 2020 ein Bussgeld von 42,5 Mio. EUR wegen fahrlässiger Verletzung von

⁷ Siehe den Hinweis auf Rechtsverstösse unter <<https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-10/documents/vw-nov-caa-09-18-15.pdf>>.

⁸ Siehe die Informationen über Oliver Schmidt unter <[https://de.wikipedia.org/wiki/Oliver_Schmidt_\(Ingenieur\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Oliver_Schmidt_(Ingenieur))>.

⁹ Siehe Artikel „Volkswagen Slapped with Largest Ever Fine for Automakers“ vom 21. April 2017, <<https://www.nbcnews.com/business/autos/judge-approves-largest-fine-u-s-history-volkswagen-n749406>>.

¹⁰ Hierzu und zum Folgenden <<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/ab-gasskandal-dieselskandal-continental-bussgeld-vw-dieselgate-100.html>>.

Aufsichtspflichten im Zusammenhang mit der Manipulation der Abgasreinigung. Im Jahr 2024 musste der Autozulieferer Continental ein Bussgeld von 5 Mio. EUR und eine Gewinnabschöpfung von 95 Mio. EUR zahlen, da die frühere Antriebssparte des Unternehmens mehr als zwölf Millionen Motorsteuergeräte ausgeliefert hatte, mit denen Abgaswerte manipuliert wurden.

VW selbst musste 2018 eine Busse von 1 Mrd. EUR bezahlen. Die Busse für Audi betrug 800 Mio. EUR.¹¹ Am 18. Mai 2020 wurden die Strafverfahren gegen die Vorsitzenden des Aufsichtsrats Pötsch und des Vorstands Diess gegen eine Busse von je 4,5 Mio. EUR eingestellt. Im Jahr 2021 wurden zahlreiche weitere verantwortliche Organmitglieder und Angestellte von VW und Audi angeklagt, unter anderem wegen gewerbs- und bandenmässigen Betrugs.¹² Aufsehen erregte vor allem die erste erfolgte Verurteilung. Der ehemalige Audi-Chef Rupert Stadler wurde zu einem Jahr und neun Monaten Haft auf Bewährung und zur Zahlung einer Bewährungsauflage von 1,1 Mio. EUR verurteilt.¹³

Am 20. Juni 2016 hatte die Staatsanwaltschaft Braunschweig Ermittlungen gegen den früheren VW-Vorstandschef Martin Winterkorn und eine weitere Person wegen des Verdachts auf Marktmanipulation eingeleitet, weil VW eine Ad-hoc-Meldung zum Abgasskandal zu spät publiziert hatte.¹⁴ Das Verfahren wurde am 15. Januar 2021 eingestellt.¹⁵

3. Schweiz

Richtet man den Blick auf die Schweiz, so wurden laut der Bundesanwaltschaft in den Jahren 2008 bis 2015 rund 175'000 Fahrzeuge der VW-Konzernmarken gekauft oder geleast, welche mit abgasmanipulierten Dieselmotoren des Typs EA 189 ausgestattet waren.¹⁶ Deswegen eröffnete die Bundesanwaltschaft am 29. Oktober 2015 ein Strafverfahren gegen VW und den Importeur AMAG. Am 22. April 2016 gab sie 2'000 Strafanzeigen an die Staatsanwaltschaft Braunschweig ab und erliess eine Nichtannahmeverfügung, welche das

¹¹ Diesel-Skandal: Audi muss 800 Millionen Euro Bussgeld zahlen, beclink 2011220.

¹² Siehe Chronologie der VW-Abgas-Affäre oben Fn. 6.

¹³ LG München II, 27. Juni 2023 – W 5 KLS 64 Js 22724/19, beclink 2027523.

¹⁴ Siehe Chronologie der VW-Abgas-Affäre oben Fn. 6.

¹⁵ Siehe Chronologie des Dieselskandals unter <<https://www.rnd.de/wirtschaft/chronologie-des-dieselskandals-das-schmutzige-kapitel-der-vw-geschichte-PZZDQRN5LRELVG B35C2KDU6K7Y.html>>.

¹⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. Oktober 2024, VW-Abgasmanipulationen: Die Bundesanwaltschaft schliesst ihr Strafverfahren mit Einstellungsverfügung ab, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-102967.html>>.

Bundesstrafgericht am 30. November 2016 aufhob.¹⁷ Am 31. Oktober 2024 stellte die Bundesanwaltschaft das Strafverfahren ein. Ein Bussgeldbescheid der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen VW verunmöglichte eine erneute Strafverfolgung der VW AG durch die Bundesanwaltschaft in der Schweiz aufgrund des transnationalen Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbots. Ein Tatverdacht gegen die AMAG Import AG sowie gegen deren verantwortliche Organe und Betriebszugehörige hatte sich nicht erhärtet, so dass auch dieses Strafverfahren eingestellt wurde.¹⁸

III. Die zivilrechtliche Aufarbeitung in Deutschland

1. Tempo der Aufarbeitung

Die zivilrechtliche Aufarbeitung nahm ihren Anfang in den USA. Am 28. Juni 2016 einigte sich VW mit den Vereinigten Staaten, dem Staat Kalifornien und der U.S. Federal Trade Commission (FTC) auf eine Vergleichssumme von 14,7 Mrd. USD.¹⁹ Im Dezember 2016 wurde im Wege einer Class Action eine Entschädigung im Umfang von 16 Mrd. USD für Besitzer von Fahrzeugen mit einem Zwei-Liter-Motor erstritten. Im Dezember folgte dann ein Vergleich zugunsten von Fahrzeugbesitzern mit einem Drei-Liter-Motor, der VW zur Rücknahme oder Nachbesserung der Autos verpflichtete und weitere ca. 1 Mrd. USD kostete.²⁰ Anders als in den USA weigerte sich VW in Deutschland, einen allgemeinen Vergleich für die Besitzer manipulierter Diesel anzubieten. Man hoffte darauf, dass der in Deutschland fehlende kollektive Rechtsschutz dazu führe, dass viele Geschädigte auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichten würden, so dass VW – proportional zur Menge der verkauften Autos – deutlich weniger Schadenersatz leisten müsse als in den USA.

¹⁷ Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 9. Dezember 2016, VW-Abgasmanipulationen: Beweismittel sichergestellt, <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-64901.html>.

¹⁸ S.o. Fn. 16.

¹⁹ U.S. Department of Justice, Pressemitteilung vom 28. Juni 2016, <<https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating-emissions-tests-and-deceiving>>.

²⁰ U.S. District Court Northern District of California, Executive Summary of Final Class Settlement Pro-gram for 3.0 Liter Engines, <<https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/final-3-0-l-settlement>>; Krok, Volkswagen's 3.0-liter diesel settlement includes fixes, buybacks, <<https://www.cnet.com/roadshow/news/finally-volkswagens-3-0-liter-diesel-settlement-includes-fixes-buy-backs>>.

2. Die sog. „erste Klagewelle“

a) Die Tücken der vertraglichen Haftung

Einige Geschädigte machten vertragliche Ansprüche gegen den Verkäufer (Autohändler) geltend. Die geschädigten Autokäufer konnten den Händler wegen eines Sachmangels²¹ auf Nacherfüllung²² oder Schadenersatz in Anspruch nehmen.²³ Diese Ansprüche scheiterten jedoch oft an der kurzen vertraglichen Verjährung von zwei Jahren seit Übergabe der Kaufsache (§ 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB). Diese kurze Frist gilt allerdings nicht, wenn der Verkäufer seinen Kunden arglistig getäuscht hat (§ 438 Abs. 3 Satz 1 BGB). Dieser Einwand half den Geschädigten vorliegend nicht, denn die VW-Händler hatten keine Kenntnis von der Manipulation.²⁴ Das Argument der Kläger, der Hersteller sei Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Rahmen von dessen kaufrechtlichen Pflichten, lehnte der BGH zu Recht ab.²⁵

b) Bejahung einer deliktischen Haftung durch die Instanzgerichte

Die Kläger konzentrierten sich in der Folge auf deliktische Ansprüche gegen VW als Hersteller der Motoren. Die untergerichtliche Rechtsprechung hierzu war uneinheitlich.²⁶ In der Mehrzahl der Fälle wurde eine Haftung von VW wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB bejaht. Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs unter Verschweigen der darin verbauten Abschalteinrichtung samt illegaler Abgassoftware stellt danach eine konkludente Täuschung dar, die beim Kläger einen kausalen Irrtum erzeugt hat. Durch die Täuschung sei dem Kläger wiederum ein Schaden entstanden, der im Abschluss des Kaufvertrages liege. Das Verhalten von VW wurde als sittenwidrig eingeordnet und

²¹ BGH, 9. Juni 2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312, Rz. 31; BGH, 21. Juli 2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 ff. = NJW 2021, 2958 ff., Rz. 24 ff.

²² Zu Einzelheiten vgl. BGH, 21. Juli 2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 ff. = NJW 2021, 2958 ff., Rz. 24 ff. Der BGH geht insbesondere auf die Frage ein, ob der Käufer auch ein zwischenzeitlich eingeführtes Nachfolgemodell akzeptieren muss.

²³ OLG Koblenz, 6. Juni 2019 – 1 U 1552/18, BeckRS 2019, 11361, Rz. 23 f. Vgl. auch OLG Frankfurt a. M., 20. Mai 2020 – 17 U 328/19, BeckRS 2020, 14991, Rz. 43. Allerdings verneint das Gericht (N 44 ff.) den Anspruch des Käufers auf Lieferung eines typengleichen Neufahrzeugs, da es ein Software-Update zur Beseitigung des Mangels gebe und die Nachlieferung daher unverhältnismässig sei. Allfällige Mängel des Software-Updates habe der Käufer darzulegen.

²⁴ OLG Koblenz (Fn. 23), Rz. 29 und 35.

²⁵ BGH, 9. Juni 2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312, Rz. 18. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa BGH, 2. April 2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rz. 31 m.w.N.

²⁶ Eine Auflistung der Fundstellen der untergerichtlichen Entscheide findet sich bei OLG Düsseldorf, 26. März 2020 – 5 U 223/18, BeckRS 2020, 28497.

der Vorsatz von VW bejaht. Die Kläger erhielten den geleisteten Kaufpreis gegen Rückgabe des Autos zurückerstattet. mussten sich allerdings im Wege des Vorteilsausgleichs eine von der Laufleistung des PKW abhängige Nutzungsentschädigung anrechnen lassen.²⁷

c) Die Musterfeststellungsklage

Da zum Jahresende 2018 mögliche Ansprüche zu verjähren drohten, rechnete die Justiz ab Sommer 2018 mit einer Klagewelle. Um diese handhaben zu können, schuf der Gesetzgeber gerade noch rechtzeitig zum 1. November 2018 das neue Institut der Musterfeststellungsklage.²⁸ Noch am selben Tag erhob die „Verbraucherzentrale Bundesverband gegen die Volkswagen AG“ vor dem OLG Braunschweig eine Musterfeststellungsklage. Diese führte im Frühjahr 2020 zu einer aussergerichtlichen Rahmenvereinbarung mit VW. Mehr als 240.000 Geschädigte, d.h. knapp 10 % der betroffenen deutschen Autokäufer, erhielten insgesamt mehr als 770 Mio. Euro von VW. Die Klage wurde daraufhin zurückgenommen.²⁹ An der raschen Erledigung dieser Klagen hatte VW grosses Interesse, weil eine Entscheidung des BGH in einem anderen Diesel-Verfahren bevorstand, was für den Autokonzern unter Umständen nachteiliger als die Vergleichszahlung hätte ausfallen können.

d) Bejahung einer deliktischen Haftung durch den BGH

aa) Die Haftungsvoraussetzungen gemäss § 826 BGB

In seinem Urteil vom 25. Mai 2020³⁰ bejahte der BGH eine Schadenersatzpflicht wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB). Denn der Hersteller habe eine Motorsteuerungssoftware zur Täuschung zunächst des Kraftfahrt-Bundesamts entwickelt. Diesem und den späteren Käufern der Autos wurde vorgespiegelt, dass die Dieselfahrzeuge die gesetzlich festgelegten Abgasgrenzwerte einhalten. Auf diese Weise sei die notwendige Typgenehmigung erlangt worden. Die Software war absichtlich so

²⁷ OLG Düsseldorf (Fn. 26), Rz. 32.

²⁸ §§ 606 ff. ZPO, eingefügt durch das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage (MuFKlaG) vom 12. Juli 2018 BGBl. I 1151. Durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) vom 12. Oktober 2023, BGBl. I Nr. 272, wurde die Musterfeststellungsklage von der ZPO in das Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz (VDuG) überführt.

²⁹ Siehe Mitteilung der Verbraucherzentrale unter <<https://www.verbraucherzentrale.nrw/verfahren/vw>>.

³⁰ BGH, 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 ff. = NJW 2020, 1962 ff. mit Anm. von Schaub, NJW 2020, 1028 ff.

programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (sog. Umschaltlogik). Sie zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab, die sittenwidrig war und vorsätzlich begangen wurde. Zugleich wurden aber auch die Kunden getäuscht. Die Sittenwidrigkeit entfalle nur dann, wenn der Hersteller zwischen dem Inverkehrbringen des PKW und dem Kaufvertrag mit dem Kunden (Eintritt des Schadens) sein Verhalten geändert habe, so dass keine Täuschung der Kunden mehr vorliegt.³¹

bb) Schaden

Den durch die Täuschung der Kunden verursachten Schaden sah der BGH im Vertragsschluss selbst, weshalb die Rückabwicklung des Vertrags als „Naturalrestitution“³² geschuldet war. Dies begründete er in Leitsatz 3 des Entscheids wie folgt: „Wird jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht“.

In einem späteren Entscheid³³ klärte der BGH die Frage, ob man anstelle der Rückgabe des PKW gegen Erstattung des Kaufpreises („grosser Schadenersatz“) auch das Auto behalten und den merkantilen Minderwert („kleiner Schadenersatz“) als Schaden geltend machen könne. Dies bejahte er, zeigte aber zugleich die grossen Probleme bei der Bemessung der Schadenshöhe auf, die meist die Einschaltung eines Sachverständigen erforderlich machten. Denn für die Bemessung ist ein Vergleich der Werte von Leistung (Fahrzeug) und Gegenleistung (Kaufpreis) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung ist eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das nachträgliche Software-Update zu berücksichtigen, das der Beseitigung der

³¹ BGH, 30. Juli 2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rz. 30; ebenso später BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 533/21, NJW 2023, 2270 Rz. 14.

³² Hierunter versteht man im deutschen Recht die Pflicht, den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB).

³³ BGH, 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 Rz. 15.

Prüfstanderkennungsoftware dienen sollte. Dabei sind wiederum etwaige mit dem Software-Update verbundene Nachteile in die Bewertung des Vorteils einzubeziehen.

cc) Vorteilsausgleich

Im Vorfeld des BGH-Entscheids umstritten war vor allem die Frage, ob sich die Kläger die gezogenen Nutzungen des Fahrzeugs als Vorteil anrechnen lassen müssen. Dies wurde von Teilen des Schrifttums³⁴ und einzelnen Gerichten³⁵ verneint, weil eine solche Anrechnung nicht mit dem haftungsbegründenden Vorwurf der arglistigen Herbeiführung des Kaufvertrags vereinbar sei. Die Käufer hätten das Fahrzeug kaufen, keinesfalls „mieten“ wollen. Zudem erlaube der Vorteilsausgleich dem Hersteller, die Wertschöpfung des Autoverkaufs indirekt im Wege der Schadensberechnung für sich zu realisieren. Dies wurde auch deshalb kritisiert, weil sich der Vorteilsausgleich am vereinbarten und damit objektiv überhöhten Kaufpreis orientierte,³⁶ so dass VW kaum finanzielle Konsequenzen spüren würde. Die Präventionsfunktion des Deliktsrechts³⁷ gegenüber *arglistiger* Vermögensschädigung wäre ausgehöhlt. Das damit in Konflikt stehende allgemeine schadensrechtliche Bereicherungsverbot müsse demgegenüber zurücktreten. Um zu verhindern, dass der beklagte Hersteller die Prozesse verzögere, dürfe er nicht in Bezug auf die Nutzungen entlastet werden, die der Geschädigte nach der erstmaligen Aufforderung zur Rücknahme des Autos gezogen hat.³⁸

Dieser Ansicht trat der BGH entgegen und rechnete die gezogenen Nutzungen auf den Schadenersatzanspruch an.³⁹ Zur Begründung erwog der Gerichtshof, dass anderenfalls der Ersatzanspruch in die Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadenersatzes gerückt werden würde. Auch verneinte der

³⁴ Heese, Herstellerhaftung, 261 f.; Heese, Nutzungsentschädigung, 124 ff.; Klöhn, 341 ff.; Staudinger, 641 ff.; von Mirbach, 129 ff. Auf Basis der Rechtsprechung des EuGH ablehnend auch Harke, 83 ff.

³⁵ LG Augsburg, 5. Dezember 2018 – 21 O 3267/17, BeckRS 2018, 33800; LG Augsburg, 14. November 2018 – 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801.

³⁶ LG Ingolstadt, 15. Mai 2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798, Rz. 80 f. Ebenso die Kritik von Fervers/Gsell, 1395 ff.

³⁷ Siehe insbesondere BGH, 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457, 2458 („Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadenersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, das heisst dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet“). Zum Vorteilsausgleich generell Oetker, § 249, Münch. Komm. BGB, Rz. 233 ff.

³⁸ OLG Hamburg, 13. Januar 2020 – 15 U 190/19, NJW 2020, 546, 547, Rz. 10 ff.; Bruns, 801 ff.; im Ergebnis auch Schaub, 1032.

³⁹ BGH (Fn. 30), Rz. 66 ff.

BGH jeglichen Anreiz zur Prozessverzögerung durch den Vorteilsausgleich. Er billigte den Instanzgerichten ein weites Schätzungsermessen des Tatrichters (§ 287 ZPO) bei der Bemessung der Nutzungsentschädigung zu,⁴⁰ was aufwändige Sachverständigenbeweise entbehrlich werden liess und somit zur Prozessbeschleunigung beitrug. Im Ergebnis erwies sich die Entscheidung des BGH für viele Kläger als enttäuschend, sofern ihr PKW eine hohe Laufleistung aufwies und die auf den Schadenersatzanspruch (Kaufpreis) anzurechnende Nutzungsentschädigung daher hoch war.

dd) Keine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB

Einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz lehnte der BGH mit folgenden Überlegungen ab: Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz, wenn sie zumindest auch dazu dient, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise im Falle der Verletzung eines ihnen zustehenden Rechtsguts zu schützen. Massgebend ist dabei der Inhalt und Zweck des Gesetzes. Auch kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt hat. Ausreichend ist, dass die Vorschrift auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie dasjenige der Allgemeinheit im Auge haben. Nicht ausreichend ist hingegen, dass der Individualschutz nur als Reflex objektiv erreicht wird; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen.⁴¹

Die für jeden PKW auszustellende sog. Übereinstimmungsbescheinigung⁴² dient nach Ansicht des BGH nur dazu, festzustellen, dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner Herstellung mit den in der Europäischen Union geltenden Rechtsvorschriften übereinstimmt. Die Bescheinigung beruht auf der Richtlinie 2007/46/EG⁴³. Diese und die zu ihrer Umsetzung ergangene EG-FGV⁴⁴ dienen der Verkehrssicherheit, dem hohen Gesundheits- und Umweltschutz, der rationellen Energienutzung und dem wirksamen Schutz vor unbefugter

⁴⁰ BGH (Fn. 30), Rz. 66 ff.

⁴¹ BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rz. 20.

⁴² Aufgrund von § 6 und § 27 der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung – EG-FGV) vom 3. Februar 2011, BGBl. I 126.

⁴³ Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, ABl. EU L 263 vom 9. Oktober 2007, 1 ff.

⁴⁴ Vgl. Fn. 42.

Benutzung, nicht aber dem Schutz der Willensfreiheit der Autokäufer.⁴⁵ Ob dies auch für die VO 715/2007⁴⁶ galt, wonach die zu genehmigenden PKW bestimmte Abgaswerte erfüllen müssen, sprach der BGH in diesem Zusammenhang nicht an. Aus diesen Gründen musste er auch nicht mehr prüfen, ob ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB für die Kläger deshalb günstiger wäre, weil dort – wie die Kläger meinten – der Vorteilsausgleich entfiel.

e) Verneinung von Zinsen

Die Kläger verlangten nicht nur die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der gekauften PKW, sondern zusätzlich auch sog. Deliktzinsen (§ 849 BGB), die beim Entzug einer Sache beansprucht werden können.⁴⁷ Einen solchen Anspruch lehnte der BGH mit folgender Begründung ab: „Die tatsächliche Möglichkeit, das Fahrzeug zu nutzen, kompensiert damit den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Geldes.“⁴⁸ Der BGH verneinte somit eine „Entziehung der Sache“, weil diese genutzt werden könne. Diese Schlussfolgerung verwundert allerdings, müssen sich die Käufer doch gerade für die Nutzung des PKW ein Nutzungsentgelt anrechnen lassen. Der Geschädigte zieht die Nutzungen daher nicht gratis. Im Ergebnis muss VW also für die Nutzung des Geldes nichts aufbringen, während der Käufer die PKW-Nutzung zu „bezahlen“ hat, da ihm dies als Vorteil vom Schadenersatz abgezogen wird. Zinsansprüche aus anderen Anspruchsgrundlagen wurden mangels Mahnung vom BGH verneint.

f) Das erste Dieselurteil des EuGH

Mit dem Abgasskandal befasste sich der EuGH erstmals im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens auf Vorlage durch ein französisches Gericht.

⁴⁵ BGH (Fn. 30), Rz. 72 ff.

⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. EU L 171 vom 29. Juni 2007, 1 ff.

⁴⁷ Die Norm lautet: „Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird.“

⁴⁸ BGH, 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19, NJW 2020, 2796, Rz. 19. Ebenso BGH, 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19, NJW 2020, 2806, Rz. 22 „Eine Verzinsung gem. § 849 BGB entspricht nach dem Gesagten nicht dem Normzweck, sondern käme einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Überkompensation gleich.“

Der EuGH⁴⁹ bejahte die Rechtswidrigkeit von Abschaltvorrichtungen in Form eines *Thermofensters*, die dazu führten, dass die Abgaswerte auf dem Prüfstand den gesetzlichen Vorgaben entsprachen, obwohl dies im Normalbetrieb im Strassenverkehr nicht der Fall war. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen (vgl. die Definition in Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG), welche die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Eine Ausnahme sieht Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO 715/2007/EG nur dann vor, wenn die Abschaltvorrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Das Vorliegen dieser Ausnahme verneinte der EuGH.

Die deutsche Rechtsprechung hatte bereits in der Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes und der Kunden mittels *Software* ein deliktisch relevantes Verhalten gesehen und die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtungen nach der VO 715/2007/EG daher bislang nicht thematisiert.⁵⁰ Insofern war die EuGH-Entscheidung für die Beurteilung der Fälle mit dem EA 189-Motoren von VW nicht relevant, sollte aber grosse Bedeutung für andere VW-Motoren und die Abschaltvorrichtungen anderer Hersteller in der sog. „zweite Klagewelle“ erlangen.

3. Die sog. „zweite Klagewelle“

a) Der Thermo-Fenster-Beschluss des BGH

Ausgelöst wurde die sog. „zweite Klagewelle“ durch Fälle, die das von Mercedes eingesetzte „Thermofenster“ betrafen. Der BGH verneinte ein sittenwidriges Handeln, weil die eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach unterschied, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befand. Sie wies keine Funktion auf, die bei erkanntem Betrieb auf einem Prüfstand eine verstärkte Abgasrückführung aktivierte und den Stickoxidausstoss gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierte. Vielmehr arbeitete sie in beiden Situationen in gleicher Weise. Folglich lehnte der BGH eine Haftung mangels Sittenwidrigkeit und mangels Vorsatz ab.⁵¹

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040, NJW 2021, 1216 – CLCV u.a.

⁵⁰ S.o. Text bei Fn. 46

⁵¹ BGH, 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rz. 16 ff.; ebenso BGH, 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, NZV 2021, 525, Rz. 11 ff.; BGH, 16. September 2021 – VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rz. 12 ff.; BGH, 16. September 2021 – VII ZR 286/20, BeckRS 2021, 30338, Rz. 12 ff.;

b) Die Ausdehnung der Thermo-Fenster-Rechtsprechung

Kurze Zeit später dehnte der BGH diese Rechtsprechung zur „Prüfstand-bezogenheit“ auch auf VW-Fälle aus, in denen VW mittels eines Software-Updates die ursprünglich verwendete Manipulationssoftware ersetzt hatte,⁵² diese Software aber ihrerseits nun ein Thermofenster enthielt.⁵³

Ausserdem wandte der BGH diese Grundsätze auch auf Klagen an, die Fahrzeuge mit einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung betrafen. Diese funktionieren ebenfalls unabhängig davon, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand steht oder nicht, so dass keine Sittenwidrigkeit festgestellt werden könne.⁵⁴

In der Folge klärte der BGH weitere Detailfragen, wie etwa die Hemmung der Verjährung bei Erhebung einer Musterfeststellungsklage⁵⁵ oder die Verneinung von Leasingraten als Schaden, da diese durch den Vorteil der Nutzung ausgeglichen wurden,⁵⁶ die für die vorliegende Untersuchung nicht von Interesse sind.

c) Unionsrechtliche Staatshaftung

Eine unionsrechtliche Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland wegen einer unzureichenden Umsetzung und Anwendung europäischen Rechts lehnte der BGH ab.⁵⁷ Zwar gestand der zuständige III. Senat zu, dass die RL 2007/46/EG und die VO (EG) Nr. 715/2007 eine drittschützende Wirkung zugunsten der Fahrzeugewerber enthielten. Sie hätten ein Interesse, dass ein erworbenes Fahrzeug zur Nutzung im Strassenverkehr zugelassen werde und dass diese Nutzung nicht aufgrund mangelnder Übereinstimmung mit dem genehmigten Typ bzw. den für diesen Typ geltenden Rechtsvorschriften untersagt werde.

Der BGH verneinte jedoch einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen einem möglichen Verstoss gegen das Unionsrecht und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden. Der Kläger rüge die Verletzung seines wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts durch Abschluss eines ungewollten

BGH, 16. September 2021 – VII ZR 321/20, BeckRS 2021, 30608, Rz. 12 ff.; BGH, 16. September 2021 – VII ZR 322/20, BeckRS 2021, 31797, Rz. 12 ff.

⁵² S.o. III. 2. d) bb).

⁵³ BGH, 9. März 2021 – VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814, Rz. 15 ff.

⁵⁴ BGH, 29. September 2021 – VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038, Rz. 18; BGH, 13. Oktober 2021 – VII ZR 179/21, BeckRS 2021, 38634, Rz. 11 ff.

⁵⁵ BGH, 29. Juli 2021 – VI ZR 1118/20, NJW 2021, 3250.

⁵⁶ BGH, 16. September 2021 – VII ZR 192/20, NJW 2022, 321.

⁵⁷ BGH, 10. Februar 2022 – III ZR 87/21, EuZW 2022, 679, Rz. 13 f.

Vertrags, dieses Interesse werde jedoch nicht vom Schutzzweck der RL 2007/46/EG und der VO 715/2007/EG erfasst.⁵⁸

d) Die EuGH-Entscheidung zum Thermofenster

Aufgrund einer Vorlage des Landgerichts Ravensburg entschied der EuGH über die Frage, ob die Art. 18 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (auch) individualschützend sind. Dazu stellte der EuGH zunächst fest, dass das Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung sei.⁵⁹ Die Bestimmungen über Abgaswerte verfolgten unstreitig das allgemeine Ziel, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen. Daneben berücksichtigte der EuGH allerdings auch den Umstand, dass die Hersteller jedem individuellen Käufer eines Fahrzeugs eine Bescheinigung aushändigen müssen, dass der PKW mit den gesetzlichen Abgasvorgaben übereinstimmt. Ein Käufer könne daher aufgrund der ihm auszuhändigenden Übereinstimmungsbescheinigung vernünftigerweise erwarten, dass die Verordnung Nr. 715/2007 und insbesondere deren Art. 5 bei diesem Fahrzeug eingehalten werden. Die genannten Vorschriften dienten daher auch dem Schutz der Einzelinteressen eines Käufers gegenüber dem PKW-Hersteller, wenn das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet ist.⁶⁰

Sodann verwies der EuGH auf Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 715/2007. Diese verpflichten die Mitgliedstaaten, für den Fall der Nichtbeachtung der Abgasbestimmungen Sanktionen vorzusehen, die wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind. Daher seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, dem Käufer einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Hersteller zu gewähren, wenn dem Käufer durch eine unzulässige Abschalteinrichtung ein Schaden entstanden ist. Die Ausgestaltung eines derartigen Anspruchs sei Sache jedes einzelnen Mitgliedstaates. Allerdings stünden nationale Rechtsvorschriften, die es dem Käufer eines Kraftfahrzeugs praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren, einen angemessenen Schadenersatz zu erhalten, nicht mit dem Grundsatz der Effektivität in Einklang. Andererseits müsse auch dafür Sorge getragen werden, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten komme.⁶¹

⁵⁸ So auch bereits BGH, 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 = NJW 2020, 1962, Rz. 76 ff. [s.o. III. 2. d) dd) am Ende]; BGH, 30. Juli 2020, NJW 2020, 2798 Rz. 10 ff.; BGH, 1. September 2021 – VII ZR 59/21, BeckRS 2021, 28860 Rz. 3.

⁵⁹ EuGH, 21. März 2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111 (QB ././ Mercedes-Benz-Group AG), ECLI:EU:C:2023:229, Rz. 60–66.

⁶⁰ EuGH, C-100/21, Rz. 71–85.

⁶¹ EuGH, C-100/21, Rz. 86–96.

e) Änderung der Rechtsprechung des BGH

aa) *Bejahung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB*

Mit drei am 26. Juni 2023 verkündeten Urteilen⁶² reagierte der BGH auf den vorstehend besprochenen EuGH-Entscheid und gab seine bisherige sehr restriktive Rechtsprechung auf. Der BGH bejahte nun nicht mehr nur einen Anspruch aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, weil der Hersteller eine Abschaltvorrichtung mit einer Prüfstanderkennung verwendet und so das Kraftfahrt-Bundesamt und die Käufer getäuscht habe. Bejaht wurde jetzt auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den als Schutzgesetz qualifizierten §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV⁶³. Eine Täuschungsabsicht war somit nicht mehr erforderlich, da der Tatbestand von § 823 BGB auch Fahrlässigkeit ausreichen lässt. Im Ergebnis spielte fortan die Art der Abgasmanipulation keine Rolle mehr. Auch die Käufer von PKW mit Thermofenster, Aufheizstrategie und Kühlmittel-Sollwert-Regelung waren anspruchsberechtigt.

bb) *Beweislastverteilung*

Der Kläger muss das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung beweisen. Ist die objektive Schutzgesetzverletzung nachgewiesen, obliegt dem Hersteller der Beweis, dass er bei der Entscheidung über den Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung weder vorsätzlich gehandelt noch fahrlässig verkannt hat, dass das Kraftfahrzeug den unionsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht. Es kann von einem Automobilhersteller erwartet werden, dass er die rechtlichen Vorgaben für das Inverkehrbringen von PKW kennt.⁶⁴ Wenn er sich also zu seiner Entlastung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum beruft, muss er dies beweisen.⁶⁵

cc) *Art des Schadenersatzes*

Das Urteil des EuGH hatte auch eine Änderung der BGH-Rechtsprechung zur Art des zu leistenden Schadenersatzes zur Folge. Der BGH unterschied von

⁶² BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (PKW mit Thermofenster); BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 533/21, NJW 2023, 2270 (PKW mit Aufheizstrategie); BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 1031/22, NJOZ 2023, 1133 (PKW mit Kühlmittel-Sollwert-Regelung).

⁶³ S.o. Fn. 42.

⁶⁴ Ebenso Fischer, 1007.

⁶⁵ BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rz. 63 ff. So in anderem Zusammenhang bereits BGH, 11. Januar 1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 302 = NJW 1984, 1028, 1030; BGH, 19. Juli 2011 – XI ZR 191/10, NJW 2011, 3229, Rz. 12.

nun an wie folgt: Handelt es sich um einen Fall, bei dem aus § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gehaftet wurde, konnte der Käufer den grossen oder den kleinen Schadenersatz wählen.⁶⁶ Lagen dagegen nur die weniger strengen Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB vor, konnten die Käufer nur einen sog. „Differenzhypothesenvertrauensschadenersatz“ geltend machen. Dieser Begriff – der jedem Scrabble-Spieler unweigerlich den Spielsieg verschaffen würde – stellt eine Wortschöpfung des VIa-Senats des BGH dar⁶⁷ und meint Folgendes: Der Käufer vertraue darauf, sein Fahrzeug jederzeit benutzen zu können. Diese jederzeitige Verfügbarkeit habe schadenersatzrechtlich bereits einen Geldwert.⁶⁸ Ist ein PKW mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet, erleidet der Käufer allein schon deshalb einen Schaden, weil aufgrund einer drohenden (öffentlich-rechtlichen) Betriebsbeschränkung oder Betriebsuntersagung die Verfügbarkeit des Kfz gerade infrage steht. Zugunsten des Käufers greift nach Ansicht des BGH dabei der Erfahrungssatz, dass er im Falle der Kenntnis über die Ausstattung mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung das Kfz nicht oder zu einem geringeren Preis erworben hätte. Der Schaden liege in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeugs ohne Abgasmanipulation.⁶⁹ Das Fahrzeug verbleibt beim Käufer.⁷⁰

dd) Schadensbemessung

Die Forderung des EuGH nach einem effektiven Schadenersatz wirkte sich auch auf die Schadensbemessung im Einzelfall aus. In der Praxis sind bei der Schadensbemessung oft Sachverständigenschlachten zu beobachten, die teuer, zeitaufwändig und damit abschreckend wirken. Daher machte der BGH den Instanzgerichten folgende Vorgabe zur Bemessung des Schadenersatzes:⁷¹ Dem einzelnen Käufer sei ein Schadenersatz in Höhe von mindestens 5% und höchstens 15% des gezahlten Kaufpreises zu gewähren, ohne dass es eines Sachverständigengutachtens bedürfe. Den genauen Prozentsatz müsse der Tatrichter im Wege der Schätzung festlegen. Teile des Schrifttums sahen in

⁶⁶ Zu diesen Begriffen s.o. Text bei Fn. 33.

⁶⁷ Vgl. die Zusammenfassung der mündlichen Verhandlung des VIa. Senats unter <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/xy>>.

⁶⁸ Zur sog. Nutzungsausfallentschädigung vgl. BGH, 23. Januar 2018 – VI ZR 57/17, BGHZ 217, 218 = NJW 2018, 1393.

⁶⁹ BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rz. 28 ff.; BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 533/21, NJW 2023, 2270 Rz. 31.

⁷⁰ Damit weicht der BGH von der Lösung des österreichischen OGH (25. April 2023 – 10Ob2/23a, BeckRS 2023, 9749) ab, der die Ersatzfähigkeit des „grossen“ Schadenersatzes auch im Falle eines bloss fahrlässigen Verstosses gegen das europäische Abgasrecht anerkannt hat.

⁷¹ BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rz. 71 ff.

der Festlegung der Bandbreite einen unzulässigen Eingriff in den Grundsatz der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung nach § 287 Abs. 1 ZPO und deuteten die Formulierung des BGH daher als blossen Ermessensmassstab für die Instanzgerichte.⁷²

ee) Vorteilsausgleich

Auf den vom Tatrichter geschätzten Schadensbetrag muss sich der Kfz-Käufer Nutzungsvorteile und den Restwert des Fahrzeugs nur dann anrechnen lassen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen.⁷³

f) Folgen der Kehrtwende in der BGH-Rechtsprechung

In der Folge der BGH-Entscheidung änderte sich auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte in Bezug auf die Thermofenster-Fälle. Dabei gingen einige Oberlandesgerichte dazu über, Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB unter Hinweis auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu verneinen. VW habe auf die Zulässigkeit des Thermofensters vertrauen dürfen, da das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt als zuständige Typgenehmigungs- und Marktaufsichtsbehörde dieses aufgrund einer eigenen Prüfung für gesetzeskonform gehalten habe. Die temperaturgesteuerte Abgasrückführung bei Dieselmotoren sei bei vielen Fahrzeugherstellern üblich gewesen, ohne dass dies für die deutschen Behörden oder den europäischen Gesetzgeber Anlass gewesen wäre, dies zu unterbinden.⁷⁴ Dass der EuGH das Thermofenster später als unzulässig einordnen sollte, war im Zeitpunkt der vorgeworfenen deliktischen Handlung nicht erkennbar. Andere Oberlandesgerichte hingegen sahen einen allgemeinen Prozessvortrag, wonach die Behörden das Thermofenster nicht beanstandet hätten, als unzureichend an. Sie verlangten im konkreten Einzelfall die Darlegung eines Irrtums bei den konkret verantwortlichen Personen des Herstellers. War der Vortrag unzureichend, bejahten sie in der Folge die geltend gemachten Schadenersatzansprüche.⁷⁵

⁷² Schaub, NJW 2023, 2238.

⁷³ BGH, 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rz. 80; BGH 24. Januar 2022 – VIa R 100/21, BeckRS 2022, 3567 Rz. 22.

⁷⁴ Vgl. etwa OLG Bamberg, 30. Juni 2023 – 3 U 48/23e, BeckRS 2023, 17804 Rz. 25 ff., 34 ff.; OLG Oldenburg, 17. Oktober 2023 – 12 U 71/21, BeckRS 2023, 30590 Rz. 31; OLG Bamberg, 30. August 2023 – 10 U 28/23, BeckRS 2023, 24363, Rz. 15 ff.; OLG Brandenburg, 5. September 2023 – 12 U 30/23, BeckRS 2023, 24366, Rz. 39 f.; OLG München, 16. August 2023 – 20 U 935/21, BeckRS 2023, 35784, Rz. 7; OLG Dresden, 16. August 2023 – 7 U 1326/21 (unveröffentlicht).

⁷⁵ OLG Karlsruhe, 22. August 2023 – 8 U 86/21, BeckRS 2023, 21335 Rz. 119 ff.; OLG Karlsruhe, 15. September 2023 – 8 U 383/21, BeckRS 2023, 24828, Rz. 58; OLG Naumburg, 15. September 2023 – 8 U 24/23, DAR 2023, 697 f.

Des Weiteren finden sich stattgebende Urteile zu PKW mit Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, weil das Kraftfahrt-Bundesamt für derartige Fahrzeuge einen Rückruf angeordnet habe oder der Verbotsirrtum bei Kühlmittel-Solltemperatur-Systemen nicht ausreichend dargelegt worden sei.⁷⁶

Vor diesem Hintergrund sah sich der BGH veranlasst, die Voraussetzungen des Verbotsirrtums nochmals klarzustellen. Berufe sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, müsse er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen. Dazu müsse er darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner Organmitglieder über die Rechtmässigkeit der Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im massgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befunden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügt haben. Berufe sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde, müsse er externen qualifizierten Rechtsrat einholen. Ansonsten bliebe ihm eine Berufung auf den Verbotsirrtum verwehrt.⁷⁷ Der BGH stellt für die Frage, ob der Beklagten ein Verschuldensvorwurf gemacht werden könne, nicht auf den Zeitpunkt der Beantragung oder der Erlangung der EG-Typgenehmigung, sondern auf den denjenigen des Vertragsschlusses mit dem Kläger ab.⁷⁸

4. Dritte Klagewelle?

Mit grosser Spannung wird derzeit ein weiteres Urteil des EuGH erwartet. Das Landgericht Duisburg⁷⁹ hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein Dieselfahrzeug die Vorgaben der Abgasnorm Euro 5 verletzt, wenn der warm gelaufene Motor die vorgesehenen Emissionsgrenzwerte von 180 mg/km Stickoxide überschreitet, und zwar unabhängig davon, ob eine Abschalteinrichtung vorhanden ist oder nicht. Der Generalanwalt hat dies bejaht.⁸⁰

⁷⁶ OLG Hamm, 1. September 2023 – 30 U 78/2, DAR 2023, 692; OLG Stuttgart, 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22, BeckRS 2023, 28478, Rz. 50 ff.

⁷⁷ BGH, 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796, Rz. 14.

⁷⁸ BGH, 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796, Rz. 13.

⁷⁹ LG Duisburg, 5. April 2023 und 21. Juli 2023 – 1 O 49/20, BeckRS 2023, 20417 und BeckRS 2023, 25069.

⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Athanasios Rantos vom 21. November 2024, verbundene Rechtssachen C-251/23 (OB ./ gegen Mercedes Benz Group AG) und C-308/23 (YV ./ gegen Mercedes Benz Group AG), <<https://curia.europa.eu>>.

5. Zwischenfazit

Die deutsche Rechtsprechung hatte zunächst eine sehr restriktive Haltung eingenommen und eine Haftung aus Delikt nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung bejaht. Das zweite EuGH-Urteil zum Dieselskandal betonte, dass die Mitgliedstaaten bei Verletzung der Abgasvorschriften Sanktionen vorsehen müssen, die wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind. Vor diesem Hintergrund sah sich der BGH gezwungen, seine Rechtsprechung zu Schadenersatzansprüchen bei Verletzung der europarechtlich vorgegebenen Abgasvorschriften zu verschärfen. Der BGH ging nunmehr dazu über, auch Ansprüche bei fahrlässiger Verletzung dieser Abgasvorschriften zu bejahen, wobei er den Schadenersatz auf die Differenz zwischen Kaufpreis und merkantilem Minderwert beschränkte. Als neue Hürde entpuppte sich die Frage des Vorhandenseins eines Verbotsirrtums. Man darf nun gespannt sein, ob der Dieselskandal eine ganz neue Dimension erhält, sollte der EuGH Schadenersatzansprüche auch in Fällen bejahen, in denen der Dieselmotor überhöhte Emissionen ausstösst, ohne dass eine Abschalteinrichtung verbaut wurde.

Man schätzt, dass die Bussgelder, Schadenersatzzahlungen und Rechtsanwaltskosten den VW-Konzern bis zum Jahr 2024 mehr als 32 Mrd. EUR gekostet haben. Hinzu kommen Strafen in Millionenhöhe bei den VW-Töchtern Audi und Porsche.⁸¹

IV. Die zivilrechtliche Aufarbeitung in der Schweiz

1. Versuche einer kollektiven Rechtsdurchsetzung

a) Klage nach UWG im „Abtretungsmodell“

Die „Stiftung für Konsumentenschutz“ ist eine Stiftung nach schweizerischem Recht, welche nach Art. 3 ihrer Stiftungsurkunde die Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten bezweckt. Sie machte am 7. September 2017 vor dem Handelsgericht Zürich klageweise Ansprüche gegen die VW AG und die AMAG Import AG geltend, die sie sich zuvor von 6'000 Konsumenten hatte abtreten lassen. Ziel der Klage war die Feststellung, dass die Beklagten unlauter und widerrechtlich gehandelt haben, indem sie eine illegale Abschalteinrichtung (Prüfstanderkennung) verschleiert und dadurch die

⁸¹ Hierzu und zum Folgenden <<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/ab-gasskandal-dieselskandal-continental-bussgeld-vw-dieselgate-100.html>>.

Konsumenten getäuscht hatten (Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG). Ihre Aktivlegitimation stützte die Stiftung auf das Verbandsklagerecht aus Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.

Das Bundesgericht trat – wie schon zuvor das Handelsgericht Zürich – mangels schutzwürdigen Feststellungsinteresses zu Recht nicht auf die Klage ein. Der Feststellungsklage kommt im Lauterkeitsrecht nicht nur (und auch nicht in erster Linie) die Funktion zu, einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit abzu- helfen oder die Klägerin vor einer Rechtsgefährdung zu schützen; vielmehr hat sie auch eine Beseitigungsfunktion. Die für die „allgemeine“ Feststellungsklage (gemäss Art. 88 ZPO) geltenden Voraussetzungen sind daher nicht massge- bend. Ein Feststellungsinteresse liegt nur bei einer „weiterhin störenden Aus- wirkung“ vor.⁸² Die Feststellungsklage kann somit nur dann erhoben werden, wenn die klagende Partei einer anhaltenden Beeinträchtigung ausgesetzt ist, die ihrerseits mittels gerichtlicher Feststellung beseitigt werden kann. Da seit Bekanntwerden des Abgasskandals die Konsumenten nicht mehr getäuscht und Autos mit dem Motor EA189 seit dem Jahr 2015 nicht mehr vertrieben wurden, verneinte das Bundesgericht eine fortdauernde störende Auswirkung.

Zugleich betonten das Handelsgericht Zürich und das Bundesgericht, dass die Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG weder der abstrakten Klä- rung einer Rechtslage noch als Musterfeststellungsklage diene.⁸³ Beide Ge- richte verwarfen daher das Argument der Klägerin, wonach sich die einzelnen Konsumenten bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auf ein gutheissendes Feststellungsurteil stützen könnten.

Soweit die Klägerin auf die Nachteile für die Kunden (Software-Update, Wert- verlust an betroffenen Fahrzeugen und die Kosten für erhöhten Verschleiss an Motoren- und Abgassystemteilen, zusätzliche Treibstoffkosten, schlechte Wiederverkäuflichkeit) hinweist, handele es sich um finanzielle Nachteile, die mit der vorrangigen⁸⁴ Leistungsklage hätten geltend gemacht werden müssen.

b) Klage nach Haftpflichtrecht im „Abtretungsmodell“

Die „Stiftung für Konsumentenschutz“ klagte am 29. Dezember 2017 erneut gegen die VW AG als Herstellerin und die AMAG Import AG vor dem

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4A_483/2018 vom 8. Februar 2019 sowie zuvor Urteil des Han- delsgerichts Zürich HG170181-O vom 12. Juli 2018, E. 3.2.2. Vgl. auch BGE 127 III 481, E. 1c/ aa („Minelli“). Ebenso Domej, Art. 9, UWG Kommentar, Rz. 22; Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9, BSK UWG, Rz. 49, 51; Spitz, Art. 9, SHK UWG, Rz. 82.

⁸³ BGer, 4A_483/2018, E. 3.1. und 3.2.4, sowie zuvor HGer ZH, HG170181-O, E. 3.3.

⁸⁴ BGer, 4A_483/2018, E. 3.2.4 sowie zuvor HGer ZH, HG170181-O, E. 3.2.2; ebenso Domej, Art. 9, UWG Kommentar, Rz. 24; Rüetschi/Roth/Frick, Art. 9, BSK UWG, Rz. 53; Spitz, Art. 9, SHK UWG, Rz. 89.

Handelsgericht Zürich. Dieses Mal machte sie im Wege einer „Sammelklage“ Schadenersatzansprüche im Gesamtumfang von etwa 36,3 Mio. CHF geltend. Diese Ansprüche hatte sie sich ebenfalls zuvor von 6'000 Konsumenten abtrennen lassen.

Sowohl das Handelsgericht Zürich⁸⁵ als auch das Bundesgericht⁸⁶ verneinten die Prozessfähigkeit der Stiftung, da die Geltendmachung von Konsumentenansprüchen im Wege der Sammelklage nicht vom Stiftungszweck gedeckt sei. Ausgangspunkt der Argumentation der Gerichte ist die Feststellung, dass sich die Vertretung einer Stiftung durch ihre Organe bzw. deren Vertretungsmacht nach den gleichen Regeln richtet wie bei der Aktiengesellschaft. Auch wenn diese Aussage etwas kurz greift, richtet sich die Vertretung der Stiftung doch nach Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB, trifft sie vom Ergebnis her zu, da es sich um parallele Vorschriften handelt und die Regelungen der Art. 718a Abs. 1, Art. 814 Abs. 4, Art. 899 Abs. 1 OR deswegen zur Auslegung herangezogen werden.⁸⁷ Nach Art. 718a Abs. 1 OR können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Entsprechend kann ein zur Vertretung befugter Stiftungsrat im Namen der Stiftung alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Stiftung mit sich bringen kann. Dabei nimmt die Rechtsprechung zum Schutze gutgläubiger Dritter eine weite Auslegung vor. Unter „Rechtshandlungen [...], die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann“, sind nicht nur solche Handlungen zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen. Ebenso erfasst sind nach ständiger Rechtsprechung ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden.⁸⁸

Der Zweck der Stiftung Konsumentenschutz wird in Art. 3 Abs. 1 der Stiftungsurkunde wie folgt umschrieben: „Die Stiftung bezweckt die Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten, insbesondere: a. den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor Benachteiligungen; b. die Hebung des Qualitäts- und Preisbewusstseins der Konsumentinnen und Konsumenten“.

⁸⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170257-O vom 6. Dezember 2019, E. 7.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_43/2020 vom 16. Juli 2020, E. 3.

⁸⁷ Zutreffend die Formulierung in den Urteilen des Bundesgerichts 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001, E. 2a; 4C.15/1996 vom 29. August 1996, E. 3a. Vgl. auch Reitze, Art. 55, BSK ZGB, Rz. 22; Riemer, Art. 55, BK ZGB, Rz. 43, Art. 83, BK ZGB, Rz. 25; Weber, 170.

⁸⁸ BGE 116 II 320, E. 3a; Urteile des Bundesgerichts 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 5.2; 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014, E. 5.1; Bühler, Art. 718a, ZK OR, Rz. 3 f.; Reitze, Art. 55, BSK ZGB, Rz. 22.

ten; c. die Aufklärung und Information über Konsumgüter, Dienstleistungen sowie Rechtslage und Rechte [...].“⁸⁹

Zutreffend wird die Bestimmung in der Stiftungsurkunde dahingehend ausgelegt, dass der Begriff der Konsumenten, für deren Interessen sich die Beschwerdeführerin einzusetzen habe, auf natürliche Personen beschränkt ist, die für den privaten, persönlichen Gebrauch Waren oder Leistungen bezogen haben. Damit könne die Stiftung nicht für juristische Personen bzw. Unternehmen tätig werden.⁹⁰ Soweit also unter den 6'000 geltend gemachten Ansprüchen solche gewesen sind, die von juristischen Personen an die Stiftung abgetreten wurden, lag eine klare Überschreitung des Stiftungszwecks vor.

Kritisch zu sehen sind dagegen die weiteren Ausführungen des Handelsgerichts und des bestätigenden Entscheids des Bundesgerichts. Das Handelsgericht erkannte in der Formulierung „Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten“ einen gewissen Ermessensspielraum. Dieser rechtfertige aber nicht, dass die Stiftung in jeglichen Bereichen und auf jede Art tätig werden dürfe, die auch nur entfernt mit der Wahrung von Konsumenteninteressen zu tun hätten.⁹¹ Die allgemeine Zweckbestimmung werde in der Stiftungsurkunde beispielhaft konkretisiert. Auch würden in Art. 3 Abs. 2 der Stiftungsurkunde die Mittel genannt, welche die Beschwerdeführerin zur Zweckerreichung einsetzen könne. Die Sammelklage sei darin nicht enthalten. Das Handelsgericht und das Bundesgericht kommen zum Ergebnis, dass die Erhebung einer Sammelklage keine Tätigkeit sei, die der Stiftungszweck mit sich bringen könne.⁹² Die Klage verfolge allein die Ansprüche einzelner Konsumenten und diene damit Partikularinteressen. Für die Gesamtheit der Konsumenten würde selbst ein gutheissendes Urteil keine unmittelbare Wirkung entfalten, da lediglich über die konkret eingeklagten Forderungen entschieden würde. Diese Argumentation übersieht, dass in der Praxis der Produkthaftung oft bereits ein einzelnes erfolgreiches Urteil genügt, um den Hersteller zu einem Vergleich mit einer ganzen Gruppe von Geschädigten zu motivieren. Ein solcher Gerichtsentscheid entfaltet dann auch eine präventive Wirkung bei anderen Herstellern in derselben Branche, die sich künftig rechtskonformer verhalten und damit im Interesse der Konsumenten verhalten dürften. Im Übrigen ist die in der Stiftungsurkunde vorhandene Aufzählung der Mittel, mit denen der Stiftungszweck erreicht werden soll, nur beispielhaft, was die

⁸⁹ BGer, 4A_43/2020, E. 3.1.

⁹⁰ BGer, 4A_43/2020, E. 3.1. (Wiedergabe der Rechtsauffassung der Vorinstanz, die vom BGer gebilligt wird).

⁹¹ Vgl. Fn. 89.

⁹² Vgl. Fn. 89.

Interpretation durch das Handelsgericht, die Erhebung einer Sammelklage sei keine Tätigkeit zur Verwirklichung des Stiftungszwecks, stark schwächt.

Schliesslich weisen beide Gerichte darauf hin, dass die Sammelklage aufgrund der eventuell drohenden Prozesskosten existenzbedrohliche Risiken für die Stiftung auslösen könne.⁹³ Da dies nicht mehr vom Stiftungszweck gedeckt sei, erfordere es daher zunächst eine Zweckänderung. Auch dieses Argument überzeugt nicht, denn in der bisherigen Rechtsprechung zur Stiftung und zur Aktiengesellschaft hat die Justiz noch nie im Rahmen der Zulässigkeit einer Klage geprüft, ob die Stiftung bzw. Aktiengesellschaft – sollte sie den Prozess verlieren – auch die damit verbundenen Kosten tragen kann und die Prozessfähigkeit verneint, wenn dies zweifelhaft war. Nicht einmal die Stiftungsaufsicht hat eine solche Befugnis,⁹⁴ es sei denn, dass die „Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen offenkundig ist“⁹⁵. Letzteres wäre erst dann anzunehmen, wenn eine Vielzahl von unnötigen Prozessen geführt und dadurch die übrige Tätigkeit der Stiftung blockiert oder das Stiftungsvermögen gefährdet würden (siehe Art. 84 Abs. 2 ZGB).

Selbst wenn man der Ansicht des Handelsgerichts und des Bundesgerichts folgen wollte, ist die Verneinung der Prozessfähigkeit nicht überzeugend. Hat ein Stiftungsrat sein Ermessen überschritten, betrifft dies nur das Innenverhältnis („rechtliches Dürfen“) und hat keineswegs die Unwirksamkeit des Geschäfts im Aussenverhältnis („rechtliches Können“) zur Folge. Als Konsequenz drohen allein aufsichtsrechtliche Massnahmen der Stiftungsaufsicht und eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe.⁹⁶ Ein Durchschlagen auf das Aussenverhältnis hat das Bundesgericht bislang immer erst dann angenommen, wenn das Rechtsgeschäft durch den Gesellschafts- bzw. Stiftungszweck *geradezu ausgeschlossen* ist.⁹⁷ Dies ist vorliegend allerdings nicht der Fall, da die Stiftung eindeutig Konsumentenbelange wahrnimmt.

Vor diesem Hintergrund kommt man nicht umhin, festzustellen, dass die Urteile vom Ergebnis her bestimmt sind.⁹⁸ Beide Gerichte wollten angesichts der

⁹³ BGer, 4A_43/2020, E. 3.2.4: „Zur vorinstanzlichen Feststellung, wonach sie mit ihrem Vorgehen angesichts der damit verbundenen finanziellen Risiken ihre Existenz gefährde, lassen sich der Beschwerde keine hinreichend begründeten Sachverhaltsrügen entnehmen.“

⁹⁴ BGE 100 Ib 130, E. 3: „Die Stiftungsaufsicht nach Art. 84 Abs. 2 ZGB ist aber keine Vormundschaft. Die Stiftung ist grundsätzlich voll handlungsfähig.“

⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016, E. 6.3.3.; BGE 71 I 454, E. 3; Jakob et al., Entwicklungen 2019, 47.

⁹⁶ Vgl. dazu Burkart/Kieser, 209 ff.; Lanter, *passim*.

⁹⁷ BGE 116 II 320, E. 3a; BGer 4A_617/2013, E. 5.1; BGer, 4A_147/2014, E. 3.1.1; Weber, 170 f.

⁹⁸ So auch die Einschätzung von Jakob/Trajkova, 707; anders wohl Domej, 258.

geplanten Einführung einer Verbandsklage und eines kollektiven Vergleichs⁹⁹ ein Vorpreschen durch die Justiz zur Unzeit vermeiden, um dem Anliegen der Gewaltenteilung Rechnung zu tragen. Auch wenn dieses Anliegen berechtigt ist, hätte es überzeugendere Begründungen für das gefundene Ergebnis gegeben: Bei der Schaffung der ZPO wurde bewusst auf neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes verzichtet.¹⁰⁰ Nach dem damaligen Willen des Gesetzgebers sollte eine kollektive Rechtsdurchsetzung mit den bekannten Instrumenten der Klagenhäufung und der Verbandsklage ermöglicht werden. Dabei stellte der Gesetzgeber klar, dass die Verbandsklage¹⁰¹ nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung gerichtet sein könne. Ausgeschlossen sei – wie nach geltendem Recht – die Geltendmachung geldwerter Leistungen wie Schadenersatz und Genugtuung zu Handen der betroffenen Einzelpersonen. Reparatorische Ansprüche sollten also der individuellen Rechtsverfolgung vorbehalten bleiben (Art. 87 Abs. 2 E-ZPO). Unter Hinweis auf den generellen, bei der ZPO-Reform geäusserten gesetzgeberischen Willen hätte man die „Sammelklage“ elegant für unzulässig erklären können.

Bewusst unangetastet lassen wollte der Gesetzgeber weitergehende Regelungen der Verbandsklage in Spezialgesetzen. Das Bundesgericht hätte sich daher auch schlicht auf die Auslegung des UWG als Spezialgesetz konzentrieren und auf die Ausführungen zur Prozessfähigkeit verzichten können. Wie es selbst erkennt,¹⁰² lässt Art. 10 Abs. 2 UWG die Verbandsklage nämlich nur bei Ansprüchen aus Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG zu, nicht aber für reparatorische Ansprüche nach Abs. 3.¹⁰³

Dass der Entscheid des Bundesgerichts gewisse Ungereimtheiten aufweist, zeigt sich schliesslich noch an anderer Stelle. Wenn die Stiftung nicht prozessfähig ist, kann man ihr nicht die Prozesskosten auferlegen. Diese hätten die natürlichen Personen tragen müssen, die die Sammelklage erhoben haben (Art. 108 ZPO).¹⁰⁴

⁹⁹ Vorentwurf vom 2. März 2018 für eine Änderung der ZPO zur Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung, www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene > 2018 > EJPD.

¹⁰⁰ Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7224 und 7290.

¹⁰¹ Die im Übrigen auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen beschränkt ist.

¹⁰² BGer, 4A_43/2020, E. 3.2.2. am Ende.

¹⁰³ So auch Domej, Art. 10, UWG Kommentar, Rz. 15; Rüetschi, Art. 10, BSK UWG, Rz. 13; Spitz, Art. 10, SHK UWG, Rz. 32.

¹⁰⁴ Domej, 261.

Vor diesem Hintergrund hat das Schrifttum den bundesgerichtlichen Entscheidung zu Recht (mit unterschiedlichen Begründungen) kritisiert¹⁰⁵ und die berechtigte Hoffnung geäußert, dass es sich bei ihm um einen Einzelfall und nicht um die Abkehr von einer überzeugenden ständigen Rechtsprechung zu Art. 718a Abs. 1, 814 Abs. 4, 899 Abs. 1 OR handelt.

Die Stiftung Konsumentenschutz hat zwischenzeitlich ihre Stiftungsurkunde¹⁰⁶ geändert und Art. 3 Abs. 2 wie folgt ergänzt: „Im Sinne dieser Bestrebungen übernimmt die Stiftung u.a. folgende Aufgaben: [...], d. Führung von Prozessen im Interesse von Konsumentinnen und Konsumenten für Ansprüche aller Art, unter anderem zur kollektiven Geltendmachung reparatorischer Ansprüche von Konsumentinnen und Konsumenten“. Folgt man dem hier vertretenen Standpunkt zur Prozessfähigkeit, ist diese Ergänzung deklaratorischer Natur, folgt man dem Bundesgericht, wäre sie zwingende Voraussetzung für künftige Prozesse. Ob sie sich allerdings mit der derzeitigen Fassung von Art. 10 Abs. 2 UWG verträgt, erscheint fraglich.

c) Ausweichen nach Deutschland

Nachdem die Schweizer Sammelklage keinen Erfolg hatte, fuhr man die Geschützte in Deutschland auf. Dort klagte das Inkassounternehmen myRight 2019 gegen die VW AG auf Schadenersatz, nachdem es sich entsprechende Ansprüche von 2'000 Schweizer VW-Kunden hatte abtreten lassen und einen Prozessfinanzierer gefunden hatte. Der Bundesgerichtshof bejahte entgegen der Vorinstanz die Aktivlegitimation von myRight, weil kein Verstoß gegen das deutsche Rechtsdienstleistungsgesetz vorliege.¹⁰⁷ Anders als im Fall der deutschen Musterfeststellungsklage¹⁰⁸ zeigte sich die VW AG nicht vergleichsbereit. Dies hätte den Inkassodienstleister myRight gezwungen, jeden Schadenersatzprozess einzeln durchführen zu müssen. Das Inkassounternehmen verzichtete daher wegen der zu hohen Kosten auf die Klagen in Deutschland und trat die Ansprüche wieder an die Geschädigten aus der Schweiz ab, die nun jeweils individuell vor deutschen Gerichten gegen die VW AG hätten klagen können, was aber nur vereinzelt passierte.

¹⁰⁵ Domej, 256 ff.; Jakob et al., Entwicklungen 2019, 45 ff.; Jakob et al., Entwicklungen 2020, 49 f.; Jakob/Trajkova, 705, 707; Rusch/Schwizer, 1208 f.

¹⁰⁶ Stiftungsurkunde in der Fassung vom 27. April 2023, <https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2023/07/23_05_urkunde_ea_signiert.pdf>.

¹⁰⁷ BGH, 13. Juni 2022 – VIa ZR 418/21, NJW 2022, 3350.

¹⁰⁸ S.o. III. 2. c).

2. Individualklagen

a) Gewährleistungsrecht

Der Käufer eines manipulierten Fahrzeugs der Marke VW klagte im Jahr 2017 gegen die AMAG AG als Verkäuferin auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zins gegen Rückgabe der Kaufsache nebst Zins aus Art. 197, 208 OR. Das Fahrzeug erfüllte trotz Hardware- und Softwareupdate nicht die Euro-5-Norm, weshalb sowohl die erste¹⁰⁹ als auch die zweite Instanz¹¹⁰ einen Sachmangel bejahten. Da die Beklagte gegenüber dem Käufer auf die Einrede der Verjährung verzichtet hatte, war die Klage in beiden Instanzen erfolgreich. Allerdings musste sich der Kläger eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen, die rund 2/3 des Kaufpreises ausmachte. Die Beklagte hat den Fall nicht an das Bundesgericht weitergezogen,¹¹¹ was konsequent war, da der Sache mit Blick auf die Verjährung anderer potentieller Fälle keine grundsätzliche Bedeutung mehr zukam.

Die Berechnung der Nutzungsentschädigung ist überraschend hoch ausgefallen. Das Gericht ging von 40 Rappen pro Kilometer aus, woraus sich bei einer Fahrleistung von 60'846 km eine Nutzungsentschädigung von 24'338.40 CHF errechnete. Der Kaufpreis des PKW betrug 36'800 CHF, so dass die Nutzungsentschädigung 2/3 des Kaufpreises ausmachte. Im Ergebnis wird damit unterstellt, dass moderne Dieselfahrzeuge nur eine Lebensdauer von 90'000 km haben, was sicherlich zu gering geschätzt ist. Die vom gerichtlichen Sachverständigen angenommenen 70 Rappen entstammen vermutlich der bei der schweizerischen Steuererklärung vorgegebenen Kilometerpauschale für Arbeitnehmer. Der Richter orientierte sich am ersten Vorbringen des Klägers von 40 Rappen (das dieser später allerdings auf 20 Rappen reduziert hatte). Diese recht hohen Werte kommen deshalb zustande, weil neben der reinen Abschreibung des Fahrzeugwerts auch die Verbrauchskosten, der Reifenverschleiss, die Inspektions- und Reparaturkosten sowie Garagenmiete, Vignette etc. einberechnet sind. Diese Kosten musste der Kläger ohnehin tragen und sie werden ihm jetzt faktisch ein zweites Mal als Nutzungsentschädigung aufgebürdet. Um den Wertverlust zu berechnen, hätte man den Kaufpreis durch die durchschnittliche Laufleistung eines Dieselfahrzeugs teilen müssen. Dann wäre eine Nutzungsentschädigung von 12 Rappen pro Kilometer ($36'000 \text{ km} / 300'000 \text{ km}^{112} = 7'301,52 \text{ CHF}$) zutreffend gewesen.

¹⁰⁹ Tribunal de Première Instance, Genève, JTPI/13464/2021 vom 21. Oktober 2021.

¹¹⁰ Cour de Justice, Genève, ACJC/888/2023 vom 27. Juni 2023.

¹¹¹ Pressemitteilung der AMAG Group AG vom 12. September 2023, <<https://www.vw-press.ch/press/dieselthematik-statement-zum-fall-genf>>.

¹¹² So etwa die Berechnung im Entscheid BGH (Fn. 30), Rz. 83. Andere Gerichte gehen von einer durchschnittlichen Laufleistung von 250'000 km oder 350'000 km aus, vgl. OLG Dres-

b) Haftpflichtrecht

aa) Sachverhalte

Dem Verfahren 17/2023 lag als Sachverhalt der Kauf eines Fahrzeugs aus der Produktpalette des VW-Konzerns durch die Klägerin im Jahr 2010 zugrunde, der 2011 wurde in einen Leasingvertrag überführt wurde. Am 15. Mai 2020 reichte die Klägerin beim Handelsgericht Zürich eine Klage gegen die VW AG als Herstellerin des Motors des Fahrzeugs ein.¹¹³ Der Kläger im Verfahren 18/2023 kaufte im Jahr 2015 ein Fahrzeug von VW. Beide Klagen wurden auf deliktische Ansprüche aus Art. 41, 55 OR und Art. 9 Abs. 3 UWG gestützt und mit einer unzulässigen Motorsteuerung (Prüfstanderkennung und Thermofenster) begründet. Dadurch seien die Abgasvorschriften während der normierten Tests auf dem Prüfstand eingehalten worden, im Fahrbetrieb auf der Strasse hingegen nicht. Da die spätere Klägerin im Verfahren 17/2023 das von VW zur Verfügung gestellte kostenlose Software-Update nicht installieren liess, wurde das Fahrzeug 2018 behördlich gesperrt und ein Jahr später endgültig aus dem Verkehr gezogen. Demgegenüber war das Fahrzeug des Klägers im Verfahren 18/2023 zum Zeitpunkt des Rechtsstreits noch in Betrieb.

Da die klagenden Parteien beider Verfahren keine Vertragsbeziehung zur beklagten VW AG unterhielten, sondern diese als Herstellerin in Anspruch nahmen, schieden vertragliche Ansprüche (Willensmängel, Gewährleistung oder vertraglicher Schadenersatz) aus. Sie machten daher, wie bereits vorstehend angedeutet, Ansprüche aus Haftpflichtrecht geltend und forderten die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des PKW. Dabei bezeichneten sie die Art des Schadenersatzes als „Naturalrestitution“. Hilfsweise beanspruchten sie Schadenersatz im Umfang von 25% des Kaufpreises nebst Zins. Sie beriefen sich dabei auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs und des EuGH.¹¹⁴ Sowohl das Handelsgericht¹¹⁵ als auch das Bundesgericht¹¹⁶ lehnten die Ansprüche ab.

den, 11. Juli 2022 – 5a U 57/22, BeckRS 2022, 38016, Rz. 61 einerseits und OLG Bremen, 23. Mai 2022 – 1 W 10/22, BeckRS 2022, 14809, Rz. 12 andererseits.

¹¹³ Die Klage umfasste auch noch den Ersatz von hier nicht interessierenden Reparaturkosten.

¹¹⁴ Urteile des Bundesgerichts 4A_17/2023 vom 9. Mai 2023, E. 7.2; 4A_18/2023, E. 5.2. Konkret bezieht sich das BGer auf die oben in Fn. 30 bzw. 59 genannten Entscheidungen des BGH und des EuGH.

¹¹⁵ Urteile des Handelsgerichts Zürich HG200081-O und HG200093-O vom 24. November 2022.

¹¹⁶ BGer, 4A_17/2023 und 4A_18/2023.

bb) Naturalrestitution

Im Rahmen ihrer Ansprüche der „Naturalrestitution“ wollten beide Kläger so gestellt werden, als hätten sie den Vertrag nie geschlossen. Dabei vermischten sie zwei Fragen, nämlich zum einen welche Einbussen als Schäden anerkannt werden und zum anderen auf welche Art und Weise Schadensersatz zu leisten ist. Mit dem Begriff der Naturalrestitution wird umschrieben, wie ein *festgestellter* Schaden zu ersetzen ist. Wird beispielsweise eine Sache beschädigt, kann man den Schädiger entweder als verpflichtet ansehen, den Schaden zu beheben und ersatzweise die Kosten der Reparatur durch einen Dritten zusprechen („Naturalrestitution“) oder man kann den Schädiger als verpflichtet ansehen, von vornherein Geld für die Reparatur bzw. für die Ersatzbeschaffung („Geldersatz“) zu gewähren. Das österreichische¹¹⁷ und das deutsche¹¹⁸ Recht verpflichten den Schädiger, vorrangig den früheren Zustand, wie er ohne Delikt bestünde, wiederherzustellen und gewähren Geldersatz nur, wenn die Naturalrestitution scheitert oder unzumutbar ist. Das Schadensrecht der Schweiz sieht hingegen keinen solchen gesetzlichen Vorrang der Naturalrestitution (die im hiesigen Recht als „Naturalersatz“ bezeichnet wird) vor, sondern stellt die Entscheidung darüber in das Ermessen des Richters (Art. 43 Abs. 1 OR).¹¹⁹ Hierauf musste das Bundesgericht jedoch gar nicht erst eingehen, da es bereits den Eintritt eines Schadens verneinte,¹²⁰ so dass es aus seiner Sicht auf die Frage, ob dieser im Wege des Naturalersatzes oder in Geld zu ersetzen ist, nicht mehr ankam.

cc) Schaden im Sinne der Differenzhypothese

Das Haftpflichtrecht folgt der Differenzhypothese, bei der eine durch Delikt verursachte Vermögensminderung durch eine Geldzahlung kompensiert wird. Ersetzt wird die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Der Schaden kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Das Haft-

¹¹⁷ § 1323 ABGB: „Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.“

¹¹⁸ § 249 Abs. 1 BGB: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“
§ 251 Abs. 1 BGB: „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.“

¹¹⁹ Kessler, Art. 43, BSK ZGB, Rz. 1 ff. Vgl. auch die Nachweise bei Vischer, 1315 Fn. 49.

¹²⁰ Dazu sogleich unter IV. 2. b) cc).

pflichtrecht verwendet also einen rein wirtschaftlichen, auf das Reinvermögen abstellenden Schadensbegriff. Beeinträchtigungen, die nicht das Vermögen betreffen, sind nach Ansicht des Bundesgerichts keine haftpflichtrechtlich relevanten Schäden.¹²¹ Das Bundesgericht verneint ausdrücklich die Anerkennung sog. normativer – nicht auf Vermögensverminderung beruhender – Schäden, wie etwa von Nutzungsentschädigungen bei der Beschädigung von Fahrzeugen.¹²² Von diesem Grundsatz macht es nur zwei Ausnahmen, nämlich beim Ersatz für Haushalts- sowie für Pflegeschäden. Allerdings wird das Bundesgericht zu Recht kritisiert, denn die Differenzhypothese ist kein streng arithmetischer Begriff, sondern das Spiegelbild eines normativen Werturteils. Dies zeigt sich daran, dass das Bundesgericht die beiden Ausnahmen zulässt, was Ergebnis gerade eines solchen Werturteils ist. Warum das Gericht in den beiden vorliegenden Fällen keine weitere Ausnahme in Betracht zieht, wird nicht einmal ansatzweise begründet.¹²³

Folglich stellt nach Ansicht des Bundesgerichts die vorsätzliche Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch Täuschung und damit der ungewollte Vertrag keinen Schaden dar. Eine solcher könne nur dann vorliegen, wenn *infolge der Täuschung* das Vermögen der beiden klagenden Parteien beeinträchtigt wurde. Der in Deutschland befürwortete deliktische Schutz der Willensfreiheit ist nach Ansicht des Bundesgerichts nichts anderes als ein Anspruch auf vertragliche Gewährleistung im Mantel des Deliktsrechts.¹²⁴ Hätte die klagenden Parteien dargelegt, dass sie ohne die Täuschung gar keinen Vertrag geschlossen hätte, wäre eine durch den Vertragsschluss verursachte Vermögensminderung als Vermögensschaden anzusehen und damit ersatzfähig. Dies verneint das Bundesgericht vorliegend mangels entsprechenden Parteivorbringens. Die Klägerin hätte – wenn ihr die Abgasmanipulation bewusst gewesen wäre – ein anderes Auto gekauft oder geleast.¹²⁵ Der „ungewollte“ Abschluss eines Fahrzeugkaufvertrags stellt nach Ansicht des Bundesgerichts allein für sich keinen ersatzfähigen Schaden im deliktsrechtlichen Sinn dar, sofern damit keine konkreten wirtschaftlichen Einbussen verbunden sind. Solche haben die klagenden Parteien nicht dargelegt.

¹²¹ BGer, 4A_17/2023, E. 7.3.1.; 4A_18/2023, E. 5.3.1. jeweils unter Bezugnahme auf den Grundsatzentscheid BGE 115 II 474 E. 3a.

¹²² Dass diese pauschale Aussage des Bundesgerichts nicht zutrifft, legt Vischer, 1314, überzeugend dar.

¹²³ Ebenso die Kritik von Greinig, 245 m.w.N.

¹²⁴ BGer, 4A_17/2023, E. 7.3.3.; 4A_18/2023, E. 5.3.3 („verkappte Genugtuung für Sachmangel“).

¹²⁵ BGer, 4A_17/2023, E. 6.4; 4A_18/2023, E. 4.4; zuvor HGer ZH, HG200081-O, E. 4.2.2.2; HG200093, E. 2.2.1.

Aus eben diesem Grund verwarf das Bundesgericht auch die Argumentation, dass angesichts der Abgasmanipulation der Kaufpreis des Autos zu hoch gewesen sei („overcharge“). Bei der Differenzhypothese komme es auf den gegenwärtigen Schaden an, nicht aber auf denjenigen zum Zeitpunkt des Kaufs.¹²⁶ Dazu sei nichts vorgetragen. Andere wirtschaftliche Schäden, wie ein Mindererlös beim Weiterverkauf oder erhöhte Treibstoffkosten, wurden von den klagenden Parteien in beiden Verfahren nicht dargetan. Ob die geltend gemachten deliktischen Ansprüche verjährt waren, konnte daher offengelassen werden.

dd) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung?

Bedauerlich ist, dass das Bundesgericht nicht der Frage nachgeht, ob sich aus Art. 41 Abs. 2 OR ein anderes Ergebnis herleiten liesse. Der Unrechtsgehalt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ist ungleich höher als derjenige einer „blossen“ Verletzung einer Schutznorm, die auch fahrlässig begangen werden kann. Art. 41 Abs. 2 OR könnte durchaus die Basis dafür sein, auch die Willensfreiheit gegen vorsätzliche sittenwidrige Beeinträchtigungen zu schützen. Dann wäre bereits der Vertragsschluss der Schaden und der Kunde müsste kein Missverhältnis zwischen dem Wert von Leistung und der Gegenleistung nachweisen. Diesen Weg hatte der deutsche Bundesgerichtshof eingeschlagen, den das Bundesgericht sogar zitierte: „Wer durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht werde, den er sonst nicht geschlossen hätte, könne auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Vermögensschaden erleiden, vorausgesetzt, der Vertragsabschluss erscheine unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen“ (Rz. 53 f.). Der Schadenersatzanspruch diene nicht nur dem Ausgleich einer nachteiligen Einwirkung auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten. Vielmehr müsse sich der Geschädigte von einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können, denn es gehe nicht zuletzt um den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen (Rz. 55).¹²⁷ Daher gewährt der Bundesgerichtshof bei § 826 BGB, der dem schweizerischen Art. 41 Abs. 2 OR entspricht, den grossen und wahlweise den kleinen Schadenersatzanspruch, während bei § 823 Abs. 2 BGB nur der kleine Schadensersatzanspruch verlangt werden kann.¹²⁸

Im schweizerischen Recht kann sich der Käufer bei einer Täuschung durch den Vertragspartner oder eine dem Verkäufer zuzurechnende Person von einem Vertrag lossagen (Art. 28 Abs. 1, 3 OR). Die Beeinträchtigung der Vertrags-

¹²⁶ BGer, 4A_17/2023, E. 7.4; 4A_18/2023, E. 5.3.1; zu Recht kritisch Vischer, 1315 f.

¹²⁷ BGer, 4A_17/2023, E. 7.3.3; 4A_18/2023, E. 5.3.3.

¹²⁸ S.o. III. 2 d) bb).

freiheit genießt also einen so hohen Stellenwert, dass der Käufer nicht nachweisen muss, durch den Vertragsschluss wirtschaftlich geschädigt worden zu sein, weil Leistung und Gegenleistung nicht adäquat sind. Verschweigt dagegen der Hersteller, der nicht zugleich Verkäufer der Ware ist, einen Mangel und täuscht nicht nur einzelne, sondern gleich den gesamten Markt vorsätzlich und sittenwidrig, muss er nach Ansicht des Bundesgerichts nicht befürchten, für die Rückabwicklung aller Vertragsverhältnisse haftbar gemacht zu werden. Er muss – sofern der Kläger richtig vorträgt – lediglich für die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Wert der mangelhaften Ware und vergleichbarer mangelfreier Ware haften, obwohl der Unrechtsgehalt seiner Tat deutlich höher als derjenige, der in Art. 28 OR erfasst ist. Das Bundesgericht spricht dies in den beiden vorliegenden Verfahren nicht an, geht mit keinem Wort auf Art. 41 Abs. 2 OR ein und stellt nur lapidar fest: „Diese [deutsche] Konzeption ist dem schweizerischen Recht fremd“.¹²⁹

Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 41 Abs. 2 OR, wendet es die Norm nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung an.¹³⁰ Die Sittenwidrigkeit dürfe nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen. Wenn das Gesetz den Verstoss gegen die „guten Sitten“ mit Schädigungsabsicht zum Haftungstatbestand erhebe, bedeute dies nicht, dass es eine allgemeine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine hohe Ethik anstreben würde. Der Art. 41 Abs. 2 OR erfasse in erster Linie die Schikane: Gegen die guten Sitten verstösst im Sinne dieser Bestimmung ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen diene, sondern ausschliesslich oder primär darauf abziele, andere zu schädigen. Diese zurückhaltende Position des Bundesgerichts ist nicht überzeugend, denn der Tatbestand erfordert Vorsatz und Sittenwidrigkeit. Aufgrund dieser erheblichen Hürden besteht von vornherein keine Gefahr, dass das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ausgehöhlt wird. Im Übrigen überzeugt auch die These des Bundesgerichts nicht, dass der Schaden nie in einer Rückabwicklung des Vertrags durch den schädigenden Dritten bestehen könne, denn das Bundesgericht hat genau dies bereits entschieden mit dem Argument, der Schädiger – und gerade nicht der Geschädigte – müsse das Risiko von Wertschwankungen oder der Unveräusserlichkeit der Sache tragen.¹³¹

¹²⁹ BGer, 4A_17/2023, E. 7.3.3; 4A_18/2023, E. 5.3.3.

¹³⁰ BGE 124 III 297, E. 5e; BGE 95 III 83 E. 6e.

¹³¹ BGE 99 II 176, E. 3; BGE 41 II 77, 89.

Das Bundesgericht hat mit den vorliegenden Entscheiden eine Chance vertan.¹³² Indem es Art. 41 Abs. 2 OR ignorierte, schützt es einen vorsätzlich handelnden Hersteller, dessen Organmitglieder strafrechtlich wegen gewerbmässigem Betrug belangt wurden. Die Täuschung des gesamten Marktes durch den Hersteller ist im schweizerischen Haftpflichtrecht daher nur unzureichend erfasst.¹³³ Vertragliche Rechtsbehelfe schützen den Kunden nicht, wenn der schweizerische Zwischenhändler ebenfalls getäuscht wurde.

3. Zwischenfazit

Das hiesige Recht erweist sich bei Massenschäden nicht nur hinsichtlich des kollektiven Rechtsschutzes, sondern auch mit Blick auf das materielle Recht als unzureichend. Dies erstaunt. Die Schweiz, die zu Recht stolz auf die Mündigkeit und Selbstverantwortung ihrer Bürger ist und die staatliche Eingriffe daher möglichst klein hält, vergibt hier die Möglichkeit eines Private Enforcement gegen betrügerisches Handeln. Wenn vorsätzlicher Betrug aller Marktteilnehmer die Gefahr von Schadenersatzforderungen in grosser Höhe mit sich bringt, entfaltet dies einen hohen präventiven Effekt. Betrachtet man allerdings das Kartellrecht, das bereits heute theoretisch die Klagen auf Schadenersatz erlaubt (Art. 12 KG), muss man ernüchert feststellen, dass auch dort aufgrund zahlreicher rechtlicher Hürden das Private Enforcement bislang noch nicht funktioniert.¹³⁴

V. Fazit

1. Allgemeines

- Durch die Abgasmanipulationen der Autohersteller wurde in erster Linie die Umwelt und damit Allgemeingut geschädigt. Erst in zweiter Linie erlitten die Käufer einen Schaden, weil der Wiederverkaufswert ihrer Autos sank, die Software-Updates den Dieserverbrauch erhöhten und sie eventuell auch die Lebensdauer der Autos verkürzten. Die Nutzung als Fortbewegungsmittel war nur dann beeinträchtigt, wenn Innenstädte Fahrverbote erliessen oder Behörden Autos stilllegten.

¹³² Kritisch auch Honsell, Art. 197, BSK OR, Rz. 7 (Anspruch aus Delikt gegen den Hersteller, wenn die Nachbesserung durch den Händler nicht ausreicht); Atamer/Gerber, 1174; Koller, 1393 f.; Rusch/Schwizer, 1207 ff.; Greinig, 245 f.; Vischer, 1313 ff.; a.A. Jentsch/Angliker, 351.

¹³³ Im Ergebnis auch Vischer, 1313, 1319.

¹³⁴ Vgl. im Detail Heinemann, Kartellzivilrecht, 137 ff.; Heinemann, Private Kartellrechtsdurchsetzung, 903 ff.

2. Deutschland

- Die deutsche Rechtsprechung war in der Anerkennung der Ansprüche geschädigter Käufer von Dieselfahrzeugen zunächst zögerlich und sprach Schadensersatz nur dann zu, wenn eine vorsätzliche sittenwidrige Täuschung (Prüfstanderkennung) vorlag. In diesem Fall musste die VW AG den PKW zurücknehmen und der Kunde erhielt den Kaufpreis unter Anrechnung gezogener Nutzungen zurück. Vorsatz und Sittenwidrigkeit wurden hingegen beim Einsatz von solcher Schummelsoftware verneint, die sowohl auf dem Prüfstand als auch im Alltagsbetrieb den Abgasausstoss manipulierte. Auch verneinte der BGH eine Schutznormverletzung, bei der Fahrlässigkeit für eine Haftung ausgereicht hätte.
- Demgegenüber sah der EuGH in den Abgasvorschriften sehr wohl eine individualschützende Zwecksetzung. Mit dem Grundsatz der Effektivität („*effet utile*“) sei es nicht vereinbar, wenn die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen übermässig erschwert werde. Daraufhin sah sich der BGH zu einer Korrektur seiner Rechtsprechung gezwungen und bejaht seitdem auch Ansprüche wegen fahrlässiger Verletzung einer Schutznorm in Gestalt einer Abgasvorschrift.
- In Deutschland wartet man nun gespannt auf die demnächst anstehende EuGH-Entscheidung zur Frage, ob überhöhte Abgaswerte, die nicht auf Einsatz einer Schummelsoftware beruhen, ebenfalls haftungsbegründend sind.

3. Schweiz

- Die vom Bundesgericht zum VW-Dieselskandal gefundenen Ergebnisse erweisen sich als enttäuschend. Sie sind erkennbar vom Ergebnis getragen, Klagen nach Möglichkeit abzuwehren. Über das Motiv kann man nur spekulieren. Vielleicht wollte man den Dieselskandal in Deutschland belassen und ein Übergreifen auf die Schweiz vermeiden, um eine Überlastung der Rechtsprechung, wie sie Deutschland erlebt hat, zu verhindern.
- So überzeugt die Begründung nicht, mit der das Gericht der Stiftung Konsumentenschutz die Prozessfähigkeit abspricht. Das Bundesgericht hat dazu eine langjährige und unstreitige Auslegung von Art. 718a OR ignoriert, wonach die Vertretungsmacht nur dann fehlt, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen ist. Ein solch abseitiges Geschäft liegt bei Erhebung einer Sammelklage für Konsumenten durch eine Stiftung, die sich dem Konsumentenschutz widmet, gerade nicht vor. Zur Begründung wird auf das hohe Kostenrisiko

verwiesen, was die Stiftung ruinieren könne. Ein solches Denken ist dem Prozessrecht fremd, weil es dazu führen würde, dass jeder Kläger, für den die Prozesskosten voraussichtlich nur schwer tragbar sind, prozessunfähig wäre. Im Übrigen trifft das Prozessrecht für solche Fälle bereits Vorsorge mit den Art. 97 ff. ZPO. Schliesslich überrascht es, dass das Bundesgericht die Kosten der Stiftung auferlegte, obwohl es diese doch für prozessunfähig hielt.

- Das Bundesgericht hätte stattdessen darauf hinweisen können, dass die ZPO noch keine allgemeine Verbandsklage vorsieht, eine solche derzeit im parlamentarischen Prozess diskutiert wird und das Gericht aus Gründen der Gewaltenteilung eine „Sammelklage“ daher nicht zulassen kann. Oder man hätte die Frage ausklammern und die Klage abweisen können unter Hinweis darauf, dass die Verbandsklage keine reparatorischen Ansprüche erlaubt, weil Art. 10 Abs. 2 UWG nicht auf Art. 9 Abs. 3 UWG verweist.
- Leider beeinträchtigt das Vorgehen des Bundesgerichts den für uns so wichtigen Wettbewerb, weil sich „schlechte“ Anbieter am Markt behaupten können („*adverse selection*“). Ein solches Vorgehen schützt täuschende Hersteller auf Kosten von schweizerischen Abnehmern, obwohl ein Vertriebsmodell, das auf Betrug aufbaut, nicht schutzwürdig ist. Daher ist es bedauerlich, dass das Bundesgericht Art. 41 Abs. 2 OR mit keinem Wort erwähnt. Dass diese Norm übersehen worden sein könnte, ist unwahrscheinlich, zitiert das Bundesgericht doch Aufsätze, welche die Anwendung dieser Vorschrift als Lösung vorgeschlagen haben.
- Das Bundesgericht geht davon aus, dass sich der Schaden nach der Differenzhypothese objektiv berechnen lässt. Faktisch handelt es sich bei der Definition des Schadens immer auch um eine Wertung, wie die Fallgruppen „Haushaltsschaden“ und „Pflegeschaden“ in der Schweiz und „Nutzungsentschädigung“ in Deutschland zeigen. Die Fälle der vorsätzlichen Täuschung eines ganzen Marktes aus reiner Profitgier hätten Anlass sein müssen, über eine weitere Ausnahme von der reinen Differenzhypothese nachzudenken.

Literaturverzeichnis

Alfred Koller, Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden, AJP 2020, S. 1381 ff.

Atamer Yeşim/Gerber Patrick M., Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache? AJP 2022, 1174 ff.

Bruns Jan, Vorteilsanrechnung beim Schadenersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge, NJW 2019, 801 ff.

- Bühler Christoph B., in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar OR, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 718a.
- Burkart Thierry/Kieser Hannes, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats, Die vertragliche und ausservertragliche Haftung des Stiftungsrats nach schweizerischem Recht, ST 4/2013, 209 ff.
- Domej Tanja, BGer 4A_43/2020: Keine Prozessfähigkeit der Stiftung für Konsumentenschutz zur gebündelten Einklagung abgetretener Schadenersatzansprüche, AJP 2021, 256 ff.
- Domej Tanja, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 9.
- Fervers Matthias/Gsell Beate, Vorteilsausgleich und Nutzungsvorteil bei manipulierten Dieselfahrzeugen, NJW 2020, 1393 ff.
- Fischer Nikolaj, Die BGH-Rechtsprechung v. 26.6.2023 zu den „Dieselfällen“ und die geplante Einführung von sog. Leitsatzentscheidungsverfahren, ZAP 2023, 1003 ff.
- Greinig Scott, Le dommage face au scandale du „dieselgate“, HAVE 2023, 242 ff.
- Harke Jan Dirk, Herstellerhaftung im Abgasskandal, VuR 2017, 83 ff.
- Heese Michael, Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, NJW 2019, 257 ff.
- Heese Michael, Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Dieselfahrzeuge?, VuR 2019, 123, 124 ff.
- Heinemann Andreas, Kartellzivilrecht, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich, St. Gallen 2012, S. 137 ff.
- Heinemann Andreas, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, München 2019, S. 903 ff.
- Honsell Heinrich, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 197.
- Jakob Dominique et al., Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2019, Bern 2020.
- Jakob Dominique et al., Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2020, Bern 2021.
- Jakob Dominique/Trajkova Renata, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 2020, 705 ff.
- Jentsch Valentin/Angliker Syra, Diesel-Abgasskandal vor Bundesgericht – Urteile 4A_17/2023 und 4A_18/2023 vom 9. Mai 2023, Anwaltsrevue 2023, 347 ff.
- Kessler Martin A., in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 43.
- Klöhn Lars, Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal, ZIP 2020, 341 ff.
- Krok Andrew, Volkswagen's 3.0-liter diesel settlement includes fixes, buybacks, <https://www.cnet.com/roadshow/news/finally-volkswagens-3-0-liter-diesel-settlement-includes-fixes-buybacks>.

- Lanter Marco, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben in privatrechtlichen Stiftungen unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Zürich 1984.
- Oetker Hartmut, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. München 2022, § 249.
- Reitze Christophe, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 55.
- Riener Hans-Michael, in: BK ZGB, 3. Aufl., Bern 1981, Art. 83.
- Riener Hans-Michael, in: BK ZGB, 3. Aufl., Bern 1993, Art. 55.
- Rüetschi David/Roth Simon/Frick Markus R., in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar UWG, Basel 2013, Art. 9.
- Rusch Arnold/ Schwizer Angelo, BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19: Verurteilung von Volkswagen als Herstellerin zur Rücknahme eines abgasmanipulierten Fahrzeugs, AJP 2020, 1205 ff.
- Schaub Renate, Die Abgasproblematik – Möglichkeiten und Grenzen von § 826 BGB, NJW 2020, 1028 ff.
- Schaub Renate, Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht, NJW 2023, 2236 ff.
- Spitz Philippe, in: Jung/Spitz (Hrsg.), SHK UWG, Bern 2016, Art. 9.
- Staudinger Ansgar, Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal, NJW 2020, 641 ff.
- Vischer Markus, Diesel-Abgasskandal: Auf der Suche nach dem Schaden / Besprechung von BGer, 4A_18/2023, 9.5.2023, AJP 2023, 1311 ff.
- von Mirbach Indra, Der Vorteilsausgleich bei der Nutzungsanrechnung für manipulierte Diesel-Fahrzeuge, MDR 2020, 129 ff.
- Weber Rolf. H., Juristische Personen, in: Schweizerisches Privatrecht Band II/4, Basel, Genf, München 1998.

Prozessfinanzierung*

Isabelle Berger

Inhaltsverzeichnis

I.	<u>Einleitung</u>	113
II.	<u>Die Zulässigkeit und Verbreitung der Prozessfinanzierung ist höchstrichterlich bestätigt</u>	114
III.	<u>Wie funktioniert Prozessfinanzierung?</u>	115
1.	<u>Kerngeschäft</u>	115
2.	<u>Kunden</u>	116
3.	<u>Geeignete Fälle</u>	116
IV.	<u>Ablauf des Finanzierungsprozesses</u>	117
1.	<u>Erste Phase: Finanzierungsanfrage</u>	117
2.	<u>Zweite Phase: Vorprüfung und Unterzeichnung des Term Sheets</u>	117
3.	<u>Dritte Phase: Due Diligence und Finanzierungsentscheid</u>	118
4.	<u>Vierte Phase: Prozessfinanzierung</u>	119
V.	<u>Die Entschädigung des Prozessfinanzierers</u>	119
VI.	<u>Die Beendigung des Prozessfinanzierungsvertrages</u>	120
VII.	<u>Vorteile der Prozessfinanzierung für Klienten und Anwälte</u>	121
VIII.	<u>Praktische Tipps</u>	122
1.	<u>Zeitpunkt der Finanzierungsanfrage</u>	122
2.	<u>Umgang mit speziellen Situationen und Bedürfnissen</u>	122
3.	<u>Unterbreitung von Vergleichsangeboten</u>	122
4.	<u>Offenlegung des Bestehens einer Prozessfinanzierung</u>	123
IX.	<u>Fazit und Ausblick</u>	123

I. Einleitung

Aus ökonomischer Perspektive ist die rechtliche Durchsetzung eines Anspruchs mit drei Nachteilen verbunden: Spätestens mit der Anhängigmachung des Rechtsstreits muss der Kläger laufend und bei Verfahren mit hohen Streitwerten substantielle Liquidität bereitstellen. Diese bleibt bis zu einer

* Leicht angepasste Version des in der Schweizerischen Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 2023, Heft 62, 165 ff. zusammen mit Olivia Furter und Franziska Studer publizierten Beitrags.

eventuellen Vollstreckung eines (möglicherweise über mehrere Instanzen erstrittenen) Urteils gebunden und kann nicht anderweitig investiert werden. Hinzu kommt das jedem Rechtsstreit inhärente Unterliegensrisiko.

Die Prozessfinanzierung beseitigt diese Nachteile: Gegen eine Beteiligung am erstrittenen und vollstreckten Prozesserlös werden die für die Verfahrensführung notwendigen finanziellen Mittel bereitgestellt und die Absicherung des Unterliegensrisikos übernommen. Für den Kläger wird die Prozessführung somit kosten- und risikofrei.

In der Praxis zeigt sich, dass es vielfältige Beweggründe für die Inanspruchnahme von Prozessfinanzierung gibt. Dazu gehören neben der Überwindung der finanziellen Hürden der Rechtsdurchsetzung und der Schaffung von Waffengleichheit insbesondere prozessstrategische Zwecke oder buchhalterische Überlegungen. Für die bestmögliche Beratung ihrer Klienten ist es deshalb vorteilhaft, wenn Rechtsanwälte Grundlagenkenntnisse über das Angebot von Prozessfinanzierern, den Ablauf des Finanzierungsprozesses und die Rolle des Prozessfinanzierers im Rahmen des finanzierten Verfahrens haben. Dasselbe gilt für Unternehmensjuristen. Dieser Beitrag verschafft Interessierten einen konzisen Überblick über diese und weitere wichtige Aspekte der Prozessfinanzierung.

II. Die Zulässigkeit und Verbreitung der Prozessfinanzierung ist höchstrichterlich bestätigt

Das Bundesgericht hat die grundsätzliche Zulässigkeit der Prozessfinanzierung bereits vor knapp zwanzig Jahren anerkannt und dabei ihr Verhältnis zu den anwaltlichen Berufspflichten, namentlich der Unabhängigkeit sowie der Treue- und der Schweigepflicht, einlässlich diskutiert.¹ Es umriss dabei auch die Bedeutung der Prozessfinanzierung in der Zivilrechtspflege: „Für den Klienten kann es sogar von Vorteil sein, wenn nebst dem (am erfolgsunabhängigen Honorar interessierten) Anwalt auch der (am Erfolg interessierte) Prozessfinanzierer eine Abschätzung der Prozessrisiken vornimmt. Lehnt er die Prozessfinanzierung ab, erfährt damit der Klient aus einer zusätzlichen Quelle, wie die Aussichten auf Durchsetzung seiner Rechtsbegehren eingeschätzt werden. Dies kann ihm den Entscheid erleichtern, ob er den Prozess riskieren will.“² Zehn Jahre später bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung und qualifizierte die Prozessfinanzierung als in der Praxis verbreitet.³ Zur Rolle des Anwalts

¹ BGE 131 I 223 E. 4.5 und 4.6 S. 233 ff.

² BGE 131 I 223 E. 4.6.3 S. 237 f.

³ Urteil des Bundesgerichts 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.3.1.

ergänzte das Bundesgericht: „Es gehört zu den Aufgaben des Anwalts, den Klienten gegebenenfalls auf die Möglichkeiten einer Prozessfinanzierung aufmerksam zu machen und ihn beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags zu beraten und zu vertreten.“⁴

III. Wie funktioniert Prozessfinanzierung?

1. Kerngeschäft

Das Geschäftsmodell der Prozessfinanzierung ist simpel:

- Der Prozessfinanzierer übernimmt die Kosten von Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten oder (internationalen) Schiedsgerichten („full cost-covering“).
- Im Erfolgsfall erhält der Prozessfinanzierer einen vereinbarten Anteil am Erlös. Bei negativem Prozessausgang oder Uneinbringlichkeit des Prozessserlöses muss die Finanzierung nicht zurückgezahlt werden („non-recourse“).
- Es besteht eine klare Trennung der Rollen von Anwalt und Prozessfinanzierer – der Finanzierer nimmt keinen Einfluss auf die Verfahrensführung („hands-off“).

Der Prozessfinanzierer stellt fortlaufend die notwendigen finanziellen Mittel für die Verfahrensführung zur Verfügung. Zudem übernimmt er üblicherweise auch das Gegenparteikostenrisiko, d.h. das Risiko, bei Unterliegen die Gegenpartei für die ihr entstandenen Anwaltskosten entschädigen zu müssen. Falls gewünscht, können auch historische Kosten (z.B. Kosten für ein Anwaltsmemorandum), die vor oder im Zusammenhang mit dem Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags entstanden sind, im Finanzierungsbudget inkludiert und erstattet werden. Schliesslich besteht situativ die Möglichkeit, dem Kläger weitere Liquidität zur Verfügung zu stellen, welche dieser im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit und damit losgelöst vom Verfahren einsetzen kann (so genannte Teilmonetarisierung des Rechtsanspruchs).

Als Gegenleistung für die Bereitstellung der Mittel zur Verfahrensführung (inklusive einer allfälligen Monetarisierungskomponente) erhält der Finanzierer nach erfolgreicher Rechtsdurchsetzung einen im Prozessfinanzierungsvertrag vereinbarten Anteil am Prozessserlös. Unterliegt der Kläger, oder lässt sich sein Anspruch nicht vollstrecken, muss er weder Zahlungen an den Prozessfinanzierer leisten noch die von diesem übernommenen Kosten erstatten. Der Prozessfinanzierer trägt das gesamte Prozessrisiko.

⁴ BGer 2C_814/2014 E. 4.3.1.

Der Prozessfinanzierer nimmt keinen Einfluss darauf, wie der Kläger bzw. dessen Rechtsanwalt den Prozess führt (siehe unten, IV.4.).

2. Kunden

Die Prozessfinanzierung wird von unterschiedlichen Kunden nachgefragt:

- Unternehmen;
- Insolvenzverwalter;
- Privatpersonen in ausgewählten Fällen (insb. erbrechtliche Auseinandersetzungen, Bonusansprüche, Post-M&A Streitigkeiten, Vermögensverwaltung);
- Privatpersonen in Kollektivverfahren.

Prozessfinanzierung wird einerseits in Konstellationen beansprucht, in denen dem Kläger die Mittel zur Verfahrensführung fehlen. Entsprechend ist Prozessfinanzierung insbesondere für Insolvenzverwalter bei der Durchsetzung von Ansprüchen von Konkurs- und Nachlassmassen ein potenziell hilfreiches Mittel, das stets im Auge behalten und geprüft werden sollte.

Dieses vom „Zugang zum Recht“ geprägte Kundenprofil hat sich in den letzten Jahren weiterentwickelt und verschoben. Inzwischen interessieren sich vermehrt auch solvente Kläger für die Prozessfinanzierung. Dies ist insbesondere bei mittelständischen Unternehmen zu beobachten, die mit einer Prozessfinanzierung einen Risikotransfer vornehmen und ihre finanziellen Ressourcen dem eigentlichen unternehmerischen Zweck entsprechend einsetzen wollen. Diese Entwicklung wird auch dadurch begünstigt, dass für Unternehmen die Möglichkeit einer Portfoliofinanzierung besteht. Darunter versteht man die Zusammenfassung mehrerer/aller Prozesse eines Unternehmens zum Zweck einer Gesamtfinanzierungslösung. Aufgrund der Risikodiversifikation innerhalb des Portfolios können hier auch Verfahren in die Finanzierung miteinbezogen werden, welche die Auswahlkriterien für eine Einzelfinanzierung nicht erfüllen.

3. Geeignete Fälle

Anhand der nachfolgenden Kriterien lässt sich einschätzen, ob ein konkreter Fall grundsätzlich für eine Prozessfinanzierung geeignet ist:

- geldwerter Anspruch (in ausgewählten Konstellationen ist auch die Finanzierung von Passivprozessen möglich);
- Mindeststreitwert (je nach Prozessfinanzierer; bei Nivalion ab CHF 7 Mio.);
- staatliches Verfahren oder (internationales) Schiedsverfahren;

- gute Erfolgsaussichten (Fakten und Rechtslage, allgemeine Vorhersehbarkeit);
- solvente Gegenpartei und Vollstreckbarkeit;
- Finanzierung in jedem Verfahrensstadium (typisch ist der Beizug eines Prozessfinanzierers vor Verfahrenseinleitung);
- die gesamten vom Prozessfinanzierer bereitzustellenden Mittel sollten nicht mehr als rund 1/8 des erwarteten Erlöses betragen (dies gewährleistet, dass der Hauptteil des Erlöses beim Kläger verbleibt).

IV. Ablauf des Finanzierungsprozesses

Es versteht sich von selbst, dass ein Prozessfinanzierer keine Mittel zur Verfügung stellt, ohne den Anspruch, dessen Durchsetzung finanziert werden soll, im Detail zu prüfen. Die entsprechende Prüfung erfolgt im Rahmen eines in mehrere Phasen gegliederten Finanzierungsprozesses.

1. Erste Phase: Finanzierungsanfrage

Der Finanzierungsprozess wird in aller Regel durch eine Finanzierungsanfrage des fallführenden Anwalts eingeleitet. Aus der Finanzierungsanfrage sollte hervorgehen, wer die streitbeteiligten Parteien sind, worum es bei der Streitsache im Wesentlichen geht und wie hoch der ungefähre Streitwert ist. Dies ermöglicht es dem Prozessfinanzierer, einen Interessenkonflikt auszuschließen und zu prüfen, ob eine Finanzierung der Streitsache in Anbetracht des anwendbaren Mindeststreitwerterfordernisses (siehe oben, III.3.), der geltenden Investitionsrichtlinien sowie im Lichte etwaiger Portfoliosteuerungsüberlegungen überhaupt in Frage kommt. Fällt diese summarische Prüfung positiv aus, folgt in einem nächsten Schritt eine eingehende Prüfung auf der Basis schriftlicher Dokumente.

2. Zweite Phase: Vorprüfung und Unterzeichnung des Term Sheets

Im Rahmen der Vorprüfung werden dem Prozessfinanzierer ein Anwaltsmemorandum oder bereits vorhandene Rechtsschriften inklusive der wichtigsten Beweisurkunden zur Verfügung gestellt. Dabei sollten die zuhanden des Finanzierers zusammengestellten Unterlagen insbesondere nachfolgende Angaben enthalten:

- eine Zusammenfassung des relevanten Sachverhaltes;
- eine rechtliche Analyse;

- Ausführungen zum Streitwert;
- eine Prozessstrategie;
- eine Einschätzung der Risiken und Erfolgsaussichten;
- eine Berechnung der für die Prozessführung erforderlichen Mittel über sämtliche relevanten Instanzen (d.h. insbesondere Gerichts- und Anwaltskosten, Kosten für erforderliche Sicherheitsleistungen, Sachverständigen- oder Gutachterkosten, Gegenparteikosten sowie Auslagen und etwaige weitere Kosten);
- Angaben zur Dauer des zu finanzierenden Verfahrens inklusive etwaiger Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren sowie
- Informationen zur Solvenz der Gegenseite und – falls erforderlich – zu den gegebenen Vollstreckungsmöglichkeiten.

Falls der Finanzierer nach einer Analyse dieser Informationen weiterhin Interesse an einer Finanzierung der Streitsache hat, arbeitet er die kommerziellen Rahmenbedingungen der Prozessfinanzierung aus und bildet diese zusammen mit den wesentlichen Bestimmungen des späteren Prozessfinanzierungsvertrages in einem Term Sheet ab. Ist der Anspruchsinhaber mit den unterbreiteten Finanzierungsbedingungen einverstanden und unterzeichnet das Term Sheet, folgt in einem nächsten Schritt eine umfassende inhaltliche Fallprüfung im Rahmen der Due Diligence.

3. Dritte Phase: Due Diligence und Finanzierungsentscheid

Im Rahmen der Due Diligence wird der Fall vom verantwortlichen Case Team im Detail aufgearbeitet und geprüft: Es werden relevante Informationen zum Anspruchsinhaber und zur Gegenseite eingeholt, Zugang zu allen wesentlichen Falldokumenten verlangt, diverse inhaltliche und prozessuale Fragen gestellt und üblicherweise auch ein externer Experte beigezogen, der das Case Team bei der Analyse kritischer Fragen unterstützt.

Weil beim Finanzierer in dieser Phase ein relativ grosser zeitlicher und finanzieller Aufwand anfällt, sieht das Term Sheet eine – je nach Komplexität des Falles unterschiedlich lange ausgestaltete – Exklusivitätsfrist vor, während der es dem Anspruchsinhaber untersagt ist, mit anderen Finanzierern in Verhandlungen zu treten. Gleichzeitig verpflichtet sich der Prozessfinanzierer, innerhalb der genannten Frist zu einer Finanzierungsentscheid zu gelangen. Entsprechend ist das Term Sheet für den Anspruchsinhaber einseitig bindend ausgestaltet: Kommt der Prozessfinanzierer vor Ablauf der Exklusivitätsfrist zum Schluss, den Fall zu den im Term Sheet festgelegten Bedingungen finanzieren zu wollen, ist der Anspruchsinhaber zum Abschluss eines entsprechenden Finanzierungsvertrages

verpflichtet. Andernfalls steht es ihm frei, alternative Finanzierungsmöglichkeiten zu prüfen.

4. Vierte Phase: Prozessfinanzierung

Haben der Prozessfinanzierer und der Anspruchsinhaber den Prozessfinanzierungsvertrag einmal unterzeichnet (der fallführende Anwalt unterzeichnet den Vertrag lediglich zwecks Kenntnisaufnahme), beschränkt sich die Rolle des Finanzierers fortan im Wesentlichen auf diejenige eines externen Beobachters, der eine angemessene Kostenkontrolle ausübt, währenddem der Anwalt das Verfahren unabhängig und selbstverantwortlich im Interesse seines Klienten führt. Dies gilt auch für den Abschluss von Vergleichen. So verpflichten Prozessfinanzierungsverträge die finanzierte Partei üblicherweise nur dazu, den Finanzierer im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Ablehnung eines Vergleichs zu konsultieren. Vorbehaltlich dieser Rücksprache bleibt es dem Anspruchsinhaber unbenommen, ein Vergleichsangebot zu unterbreiten, anzunehmen oder abzulehnen (siehe unten, V. und VIII.). Demgegenüber sind der Anspruchsinhaber und sein Anwalt verpflichtet, den Finanzierer fortlaufend über den aktuellen Stand und die relevanten Entwicklungen des finanzierten Verfahrens zu unterrichten.

V. Die Entschädigung des Prozessfinanzierers

Die im Prozessfinanzierungsvertrag vereinbarte Entschädigung des Finanzierers variiert von Fall zu Fall. Entscheidend für die Festlegung der vereinbarten Vergütung sind der Umfang der zur Verfügung gestellten Mittel, der erwartete Verlauf des Mittelabflusses, die geschätzte Verfahrensdauer, der realistische Prozesserlös und die gesamte Risikoanalyse. All diese Faktoren bilden Gegenstand der internen Fallevaluation und finden Niederschlag in den angebotenen kommerziellen Bedingungen.

Die Entschädigung des Prozessfinanzierers basiert stets auf dem effektiv erhältlich gemachten Prozesserlös und wird durch diesen begrenzt. Bleibt ein Prozesserlös aus oder fällt dieser nur in eingeschränktem Umfang an, z.B., weil sich ein Urteil nicht oder nur teilweise vollstrecken lässt, verliert der Finanzierer seine Investition bzw. berechnet sich seine Entschädigung auf Basis des reduzierten Prozesserlöses.

Die Erfolgsbeteiligung beruht üblicherweise auf einem Mehrfachen der zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel („Multiple Approach“), teilweise kombiniert mit einem prozentualen Anteil am Prozesserlös („Percentage Approach“). Zudem ist im Prozessfinanzierungsvertrag üblicherweise eine maximale Obergrenze

(„Cap“) für die Erfolgsbeteiligung vorgesehen. Unabhängig von der vereinbarten Berechnungsmethode erhöht sich die Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers mit zunehmender Dauer des finanzierten Verfahrens, was auf den Zeitwert des investierten Geldes zurückzuführen ist. Das bedeutet umgekehrt, dass die Entschädigung des Finanzierers kleiner ausfällt, je früher ein Fall abgeschlossen oder verglichen werden kann.

Bei der Verteilung des Prozesserlöses hat der Prozessfinanzierer Vorrang: Soweit der Prozesserlös dafür ausreicht, erfolgt zunächst eine Erstattung der investierten Kosten an den Finanzierer, gefolgt von seiner Erfolgsbeteiligung. Der verbleibende Prozesserlös geht umfassend an den Anspruchsinhaber (es sei denn, letzterer hätte mit den Anwälten ein teilweise erfolgsbasiertes Honorar vereinbart).

Aus der überwiegend Multiple-basierten Vergütungsstruktur und dem Vorrang des Finanzierers bei der Verteilung des Prozesserlöses ergibt sich, dass die wirtschaftlichen Interessen des Prozessfinanzierers auch beim Abschluss eines Vergleichs ausreichend gedeckt sind. Folglich bedarf es im Zusammenhang mit Vergleichen lediglich einer vorgängigen Konsultation des Prozessfinanzierers (siehe oben, IV.).

VI. Die Beendigung des Prozessfinanzierungsvertrages

Wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen werden auch im Prozessfinanzierungsvertrag die Modalitäten einer vorzeitigen Beendigung der Prozessfinanzierung definiert. Abgesehen vom Kündigungsrecht beider Vertragsparteien im Falle der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, kann der Finanzierer den Vertrag in aller Regel nur dann vorzeitig beenden, wenn sich die Erfolgsaussichten des finanzierten Falles so massiv verschlechtern haben, dass davon auszugehen ist, dass dem Prozessfinanzierer aus dem Prozesserlös nicht einmal mehr die zur Verfügung gestellten Mittel zurückerstattet werden können. Da der Anspruchsinhaber in dieser Konstellation gänzlich leer ausgehen würde, währenddem der Prozessfinanzierer gemäss den Bestimmungen des Prozessfinanzierungsvertrages verpflichtet ist, sämtliche bis zum Zeitpunkt der Beendigung und dadurch entstandenen Prozesskosten zu übernehmen, hat in diesen Fällen auch der Anspruchsinhaber kein Interesse an einer Weiterführung der Finanzierung.

VII. Vorteile der Prozessfinanzierung für Klienten und Anwälte

Die Prozessführung ist für den Kläger mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden, weshalb Anspruchsinhaber teilweise selbst bei positiver Einschätzung der Erfolgsaussichten auf die gerichtliche Durchsetzung ihres Anspruches verzichten.⁵ In diesen Fällen kann die Prozessfinanzierung dem Kläger, der die für die Verfahrensführung erforderlichen Kosten nicht tragen kann oder will, eine Möglichkeit bieten, seine Rechte gleichwohl durchzusetzen.⁶ Wenn sich im Prozess Parteien mit ungleichen finanziellen Ressourcen gegenüberstehen, kann die Involvierung eines Prozessfinanzierers auch helfen, Waffengleichheit zu schaffen. Zudem kann sich eine Finanzierungszusage positiv auf Vergleichsverhandlungen auswirken. Wird die Gegenseite über die Existenz einer Finanzierungsvereinbarung informiert, unterstreicht dies nicht nur die Stärke der Ansprüche, sondern verdeutlicht auch, dass die finanzierte Partei über ausreichende Mittel verfügt, um den Fall nötigenfalls über alle Instanzen durchzuprozessieren.

Wie bereits erwähnt (siehe oben, I), bietet die Prozessfinanzierung für Unternehmen zudem buchhalterische Vorteile. Kosten und Risiken können aus der Bilanz ausgelagert werden und es müssen keine entsprechenden Rückstellungen gebildet werden. Gerade für Unternehmen ist es zentral, dass das Kapital für das Kerngeschäft und Innovation verwendet werden kann und nicht in langjährigen Rechtsstreitigkeiten gebunden ist.

Die Involvierung eines Prozessfinanzierers kann auch für Anwälte mit Vorteilen verbunden sein. Durch die Aufklärung über die Möglichkeit der Prozessfinanzierung können Kanzleien ihren Klienten ganzheitliche Lösungen anbieten, welche deren wirtschaftliche Interessen bestmöglich berücksichtigen. Gleichzeitig können Anwaltskanzleien Mandate übernehmen, die sonst vielleicht nicht oder nur unter Anwendung reduzierter Stundensätze zustande kämen. Zudem werden die Honorare und Auslagen der Anwälte zuverlässig und fristgerecht durch den Prozessfinanzierer bezahlt.

⁵ Insbesondere dann, wenn auch kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) besteht.

⁶ Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020, 2697 ff., 2776.

VIII Praktische Tipps

•

1. Zeitpunkt der Finanzierungsanfrage

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass finanzierungswürdige Ansprüche deshalb nicht durchgesetzt werden, weil ein Finanzierungsentscheid nicht rechtzeitig erwirkt werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien langwierige Vergleichsgespräche führen und mit der Unterbreitung einer Finanzierungsanfrage deshalb zu lange zuwarten. Wie aufgezeigt (siehe oben, IV.), ergeht ein Finanzierungsentscheid erst nach einem mehrphasigen Prozess, der einige Wochen oder gar Monate in Anspruch nehmen kann. Gerade bei drohender Verjährung oder kurzen Verwirkungsfristen, etwa der in Art. 533 ZGB vorgesehenen einjährigen Frist für die Herabsetzungsklage, sind Anspruchsinhaber und Anwälte folglich gut beraten, wenn sie frühzeitig und bereits parallel zu möglicherweise noch andauernden Vergleichsgesprächen Kontakt mit einem Prozessfinanzierer aufnehmen. Finanzierer werden in der Regel bereit sein, für den Fall eines schnellen Vergleichs besondere Regeln vorzusehen (siehe unten, VIII.2.).

2. Umgang mit speziellen Situationen und Bedürfnissen

Es gibt Fälle, die sich auf den ersten Blick für eine Prozessfinanzierung nicht eignen, sei es aufgrund der konkreten Konstellation (z.B. Passivprozess) oder weil der Anspruchsinhaber besondere Bedürfnisse hat (weil er z.B. auf einen schnellen Vergleich hofft und deshalb nicht bereit ist, einem Finanzierer eine hohe Erfolgsbeteiligung zu bezahlen). Mitunter sehen Anspruchsinhaber in solchen Situationen unnötig davon ab, sich um Prozessfinanzierung zu bemühen. Auch in diesen Situationen kann es sich jedoch als sinnvoll erweisen, frühzeitig das Gespräch mit einem Prozessfinanzierer zu suchen, zumal es durchaus möglich ist, Besonderheiten des Falles oder spezielle Bedürfnisse des Klienten im Rahmen des Finanzierungsprozesses oder des Prozessfinanzierungsvertrages zu berücksichtigen. So kann beispielsweise vorgesehen werden, dass im Falle eines sehr frühen Vergleiches nur eine niedrige pauschale Vergütung geschuldet ist oder dass die Entschädigung des Finanzierers bei der Finanzierung eines Passivprozesses aus künftigen Geschäftseinnahmen bezahlt wird.

3. Unterbreitung von Vergleichsangeboten

Eine gängige Fehlvorstellung ist, dass ein Vergleich bei finanzierten Verfahren nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Wie bereits erwähnt (siehe oben,

IV.), werden finanzierte Parteien durch den Abschluss eines Finanzierungsvertrages in der Möglichkeit, Vergleiche abzuschliessen, nicht eingeschränkt. Üblicherweise wird lediglich eine vorgängige Konsultation des Prozessfinanzierers verlangt. Im Übrigen ziehen Finanzierer den Abschluss eines sicheren Vergleiches einem möglicherweise höheren, aber noch ungewissen Prozesserlös, der noch einige Jahre in der Zukunft liegt, häufig vor. Und auch finanzierte Anspruchsinhaber können einem Vergleich zugeneigt sein, weil die Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers mit längerer Verfahrensdauer steigt (siehe oben, V.). Fallführende Anwälte sollten sich deshalb auch bei finanzierten Verfahren stets überlegen und mit ihren Mandanten sowie dem Finanzierer besprechen, ob und mit welchem Inhalt der Gegenseite ein Vergleichsangebot zu unterbreiten ist.

4. Offenlegung des Bestehens einer Prozessfinanzierung

Ob und in welchem Umfang das Bestehen einer Prozessfinanzierung offengelegt werden muss, ist abhängig vom anwendbaren Zivilprozessrecht bzw. den anwendbaren Schiedsverfahrensregeln.

Nach der Schweizerischen ZPO gibt es keine Offenlegungspflicht; d.h. im Zivilverfahren vor Schweizer Gerichten ist ein Kläger grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, dem Gericht oder der Gegenseite das Bestehen einer Prozessfinanzierung bekannt zu geben. Oft wird dies aus taktischen Gründen aber dennoch getan (siehe oben, V.).

Anders verhält es sich in Schiedsverfahren, wo das Bestehen einer Finanzierung sowie die Identität des Prozessfinanzierers zur Vermeidung von Interessenkonflikten offengelegt werden sollten. So sehen mittlerweile auch eine Vielzahl von institutionellen Schiedsordnungen eine Offenlegungspflicht vor (Pflicht zur Offenlegung der Prozessfinanzierung und der Identität des Prozessfinanzierers, nicht aber des Inhalts des Prozessfinanzierungsvertrags: ICC, VIAC, SIAC, CAM, HKIAC, CIETAC, ICSID). Die Internationale Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules) des Swiss Arbitration Centers, welche 2021 in Kraft getreten ist, äussert sich zur Frage der Offenlegung nicht. Dennoch ist auch in Verfahren unter den Swiss Rules eine freiwillige Offenlegung dringend zu empfehlen, um sicherzustellen, dass der Schiedsspruch nicht angreifbar und vollstreckbar ist.

IX. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Prozessfinanzierung in den vergangenen Jahren in der Schweiz und in ganz Kontinentaleuropa zu

einer anerkannten Industrie entwickelte, die es Anspruchsinhabern erlaubt, das mit der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche verbundene (Kosten-)Risiko auszulagern und auf den Prozessfinanzierer zu übertragen.

Über die klassische Klägerfinanzierung hinausgehende Angebote wie die (Teil-)Monetarisierung von Ansprüchen, Portfoliofinanzierungen und die Finanzierung von Passivprozessen haben das Interesse an der Prozessfinanzierung zusätzlich erhöht, insbesondere für Unternehmen.

Wie ein Blick über die Landesgrenzen hinaus erkennen lässt, dürfte die im Rahmen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung geplante Einführung kollektiver Rechtsschutzmechanismen die Nachfrage nach Prozessfinanzierungslösungen in der Schweiz weiter verstärken.

Haftung des Verwaltungsrats für Steuern und steuerliche Aspekte bei Verantwortlichkeitsansprüchen

Tobias F. Rohner / Patrik Fisch

Inhalt

I.	<u>Einführung</u>	126
II.	<u>Ein Praxisfall</u>	126
III.	<u>Die Haftung nach Art. 15 VStG</u>	127
1.	<u>Gesetzliche Grundlage</u>	127
2.	<u>Rechtliche Einordnung</u>	128
IV.	<u>Anknüpfung der Haftung</u>	131
1.	<u>Vorbemerkung zum Gegenstand der Verrechnungssteuer</u>	131
2.	<u>Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland</u>	132
a)	<u>Liquidation</u>	132
aa)	<u>Formelle Liquidation</u>	132
bb)	<u>Faktische Liquidation</u>	133
aaa)	<u>Veräusserung des einzigen wesentlichen Aktivums ohne Reinvestition</u>	134
bbb)	<u>Nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand mit anschliessendem Konkurs</u>	134
ccc)	<u>Nicht marktgerechtes Darlehen mit anschliessender amtlicher Löschung der Gläubigerin im Handelsregister</u>	135
ddd)	<u>Einbruch der Erträge mit anschliessendem Konkurs</u>	135
eee)	<u>Fazit</u>	136
cc)	<u>Haftungssubjekt</u>	136
aaa)	<u>Formeller Liquidator</u>	136
bbb)	<u>Faktischer Liquidator</u>	137
dd)	<u>Zeitlicher Umfang</u>	137
ee)	<u>Sachlicher Umfang</u>	140
b)	<u>Sitzverlegung ins Ausland</u>	141
aa)	<u>Grundsätzliches</u>	141
bb)	<u>Verlegung des statutarischen Sitzes ins Ausland</u>	141
cc)	<u>Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland</u>	143
dd)	<u>Zeitlicher Umfang</u>	144
ee)	<u>Sachlicher Umfang</u>	144
c)	<u>Funktionsverlagerungen ins Ausland?</u>	144
V.	<u>Solidarität</u>	145

I. Einführung

Die Erkenntnis, dass die Mitglieder der Organe für Steuerverbindlichkeiten der Gesellschaft belangt werden können, ist einem/einer Steuerrechtler/in nicht neu. Bereits vor rund 40 Jahren hat Prof. Peter Böckli an einem Seminar des Schweizerischen Anwaltsverbandes die Auslegung der Haftungsnorm von Art. 15 VStG heftig kritisiert. Die Bestimmung sei sinnlos hart, verstosse klar gegen den Grundgehalt einer Garantenhaftung, verstosse gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die minimale Gerechtigkeit einer Steuernorm, und vor allem gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Genützt hat diese Kritik nichts oder wenig. Jedes Jahr werden Organe für Steuerschulden der Gesellschaft haftbar gemacht und viele dieser Fälle werden ans Gericht gezogen, weil die Organe (ohne naiv zu sein) nicht im Traum daran dachten, dass sie für die Erfüllung der Steuerschulden der Gesellschaft herangezogen werden könnten.

Die Reaktionen des Publikums auf das vom Erstautor am EuropaInstitut gehaltene Referat vom 30. Januar 2024 zum Thema Haftung des Verwaltungsrats für Steuern haben denn auch gezeigt, dass die Verwaltungs- und Gerichtspraxis betreffend die Haftung der Organe für Steuern der Gesellschaft auch noch heute unserem Rechtsempfinden widerstrebt und für viel Kopfschütteln oder gar Ärger sorgt.

Der vorliegende Aufsatz hat zum Zweck, die Gesellschaftsorgane für ihre sehr weitreichende Haftung für Steuerverbindlichkeiten ihrer Gesellschaften zu sensibilisieren.

II. Ein Praxisfall

Herr Schweizer ist Eigentümer der Fragrance AG mit Sitz in der Schweiz, die Parfums herstellt und vertreibt.

Im Jahre 2020 zieht Herr Schweizer mit seiner Familie nach Dubai. Die neu von ihm gegründete Fragrance Ltd. mit Sitz in Dubai, die Herr Schweizer direkt hält, übernimmt die Aktiven der Fragrance AG unentgeltlich.

In der Folge bricht der Gewinn der Fragrance AG ein, während jener der Fragrance Ltd. hochschießt. Im Jahr 2024 kommt die ESTV zum Schluss, dass mit dem Wegzug von Herrn Schweizer und der Übertragung der Geschäftstätigkeit und Aktiven eine faktische Liquidation stattgefunden habe. Die übertragenen

Geschäftstätigkeiten und Aktiven bewertet die ESTV nach der Praktikermethode und vergleicht dabei den Ertrags- und Substanzwert der Fragrance AG vor dem Wegzug (Jahre 2019 und 2020) mit dem Ertrags- und Substanzwert nach dem Wegzug (Jahre 2021 bis 2022). Die ESTV ermittelt einen Wert der übertragenen Geschäftstätigkeiten und Aktiven von CHF 3 Mio., weshalb die Fragrance AG Verrechnungssteuern von CHF 1.62 Mio. schulde. Die ESTV rechnet somit die 35% Verrechnungssteuern von CHF 3 Mio., die zwingend von der Fragrance AG hätten in Abzug gebracht werden müssen, ins Hundert. Da Fragrance AG aber nicht zahlt (sie hat auch nicht die Mittel dafür), belangt die ESTV den Anwalt Sorglos, der im Jahre 2024 in den Verwaltungsrat der Fragrance AG bestellt wurde.

Haftet der Anwalt Sorglos für die Verrechnungssteuern der Fragrance AG? Die Antwort ist einfach: Ja, es sei denn, er kann den Entlastungsbeweis erbringen.

III. Die Haftung nach Art. 15 VStG

1. Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 15 Abs. 1 VStG haften mit dem Steuerpflichtigen solidarisch:

- a. *Für die Steuer einer aufgelösten juristischen Person, einer Handelsgesellschaft ohne juristische Persönlichkeit oder einer kollektiven Kapitalanlage: die mit der Liquidation betrauten Personen bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses;*
- b. *Für die Steuer einer juristischen Person oder einer kollektiven Kapitalanlage, die ihren Sitz in Ausland verlegt: die Organe und im Falle der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlage die Depotbank bis zum Betrage des reinen Vermögens der juristischen Person und der kollektiven Kapitalanlage.*

Nach Art. 15 Abs. 2 VStG haften die in Abs. 1 bezeichneten Personen nur für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen, die während ihrer Geschäftsführung entstehen, geltend gemacht oder fällig werden; ihre Haftung entfällt, soweit sie nachweisen, dass sie alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung getan haben.

Ähnlich lautende Bestimmungen finden sich auch in andern Bundessteuergesetzen: So lautet Art. 55 Abs. 1 DBG wie folgt:

Endet die Steuerpflicht einer juristischen Person, so haften die mit ihrer Verwaltung und die mit ihrer Liquidation betrauten Personen solidarisch für die von ihr geschuldeten Steuern bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses oder, falls die juristische Person ihren Sitz oder tatsächliche Verwaltung ins Ausland verlegt,

bis zum Betrag des Reinvermögens der juristischen Person. Die Haftung entfällt, wenn der Haftende nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.

Betreffend die Mehrwertsteuer bestimmt Art. 15 Abs. 1 lit. e MWSTG, dass bei Beendigung der Steuerpflicht einer aufgelösten juristischen Person, Handelsgesellschaft oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit die mit der Liquidation betrauten Personen bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses solidarisch mithaften.

Auch die kantonalen Steuergesetze enthalten Bestimmungen, dass bei Beendigung der Steuerpflicht die mit der Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland betrauten Personen für die Steuern mithaften.¹

Der vorliegende Aufsatz beschränkt sich auf die Haftung für die Verrechnungssteuer, da diese mit einem Steuersatz von 35% auf Kapitalerträgen für die Haftenden besonders schmerzhaft ist und da nach der Erfahrung der Autoren die ESTV einen Steuertatbestand rasch als gegeben sieht und ihre Forderungen konsequenter als andere Steuerbehörden durchsetzt.²

2. Rechtliche Einordnung

Steuerforderungen sind, anders etwa als Forderungen für Sozialversicherungsbeiträge, keine privilegierten Forderungen gemäss Art. 219 SchKG. Der Staat ist betreffend seine Steuerforderungen also ein Drittklassgläubiger³ und wird wie ein anderer Gläubiger behandelt. Die Gleichbehandlung der Gläubiger ist denn auch ein Grundanliegen des Zwangsvollstreckungsrechts. Privilegiert sollen nur Forderungen wegen eines spezifischen individuellen Schutzbedürfnisses der Gläubiger sein (Arbeitnehmende, Rentenbezüger, Invalide, Alimentengläubiger, Kinder), d.h. nur Forderungen von natürlichen Personen, die in einem ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnis stehen.⁴

Für Forderungen (und damit auch Steuerforderungen) gegenüber einer Gesellschaft haften deren Organe gewöhnlich nicht, es sei denn, dass sie absichtlich

¹ Vgl. etwa § 60 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997 (Steuergesetz, StG ZH, LS 631.1); Art. 82 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Bern vom 21. Mai 2000 (Steuergesetz, StG BE, BSG 661.11).

² Art. 13 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (Verrechnungssteuergesetz, VStG, SR 642.21).

³ Dies war vor der SchKG-Revision (BBl 1991 III 127) noch anders. Mit der SchKG-Revision wurde das Vorrecht für die Verrechnungssteuer mit Wirkung per 1. Dezember 2010 gestrichen.

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6474 f.

oder fahrlässig ihre Organpflichten verletzt haben und somit die Tatbestandselemente von Art. 754 Abs. 1 OR erfüllt sind.

Vor diesem Hintergrund ist die Bestimmung von Art. 15 VStG, die am 1. Januar 1967 in Kraft trat,⁵ wonach nebst der Steuerpflichtigen auch ihre Organe für die Steuerforderungen mithaften sollen, alles andere als trivial. Sie steht mit dem schweizerischen Rechtsempfinden in einem gewissen Widerspruch.

Durch die solidarische Haftung⁶ der Liquidatoren respektive Organe im Falle einer Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland versucht der Staat dafür zu sorgen, dass sich diese Personen in ihrem eigenen Interesse um die rechtzeitige Bezahlung der Steuern kümmern, ansonsten sie selber belangt werden können.⁷ Der Staat ist somit betreffend seine Steuerforderungen gegenüber anderen Gläubigern bzw. anderen Forderungen bedeutend besser geschützt. Entscheidet sich also der Liquidator, eine Steuerschuld vor einer anderen Verbindlichkeit zu tilgen, so reduziert er sein Haftungsrisiko.

Was die rechtliche Einordnung der Haftung der Organe anbelangt, so hat Pfund, ehemals Stellvertreter des Direktors der ESTV, diese in seinem Kommentar zum VStG als Garantenhaftung bezeichnet.⁸ Auch das Bundesgericht spricht mit Verweis auf Pfund von einer Garantenhaftung, die keine Kausalhaftung sei.⁹ Worin liegt der Unterschied?

Ein typisches Beispiel einer einfachen (gewöhnlichen) Kausalhaftung ist in Art. 55 Abs. 1 OR zu finden:¹⁰ „Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.“ Die Haftung setzt also weder ein

⁵ Die Bestimmung blieb abgesehen von einer Ergänzung durch das Kollektivanlagegesetz (KAG, SR 951.31) unverändert.

⁶ Oft ist von Mithaftung die Rede, was eigentlich falsch ist. Das Organ haftet nicht zusammen mit dem Steuersubjekt, sondern das Steuersubjekt schuldet die Steuer, während das Organ für die Erfüllung der Steuerpflicht haftet (vgl. Müller, Mithaftung, 7 f.).

⁷ Müller, Sitzverlegung, 78; Müller, Mithaftung, 20; Botschaft des Bundesrates vom 18. Oktober 1963 betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, BBl 1963 II 953, 976.

⁸ Pfund, Art. 15, Kommentar Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 1.

⁹ BGE 115 Ib 274 E. 14; Urteil des Bundesgerichts 2C_551/2009 vom 13. April 2010 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_868/2010 vom 19. April 2011 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts, vom 17. Februar 1978 E. 10, ASA 47 (1978/79) S. 553; so auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1542/2006 vom 30. Juni 2008 E. 2.2.2.

¹⁰ BGE 97 II 221 E. 1.

Verschulden der Hilfsperson voraus, noch verlangt sie, dass der Geschäftsherr die Unterlassung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt verschuldet habe.¹¹ Der Geschäftsherr kann den Entlastungsbeweis führen, indem er nachweist, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung (*cura in eligendo, in instruendo vel custodiendo*) der Hilfspersonen genügende Sorgfalt hat walten lassen, oder geltend machen, dass der Schaden auch bei Anwendung der nötigen Sorgfalt eingetreten wäre (fehlender Kausalzusammenhang).¹²

Bei der Garantenhaftung, so Pfund, sei der Exzeptionsbeweis¹³ gegenüber Art. 55 OR schwieriger zu erbringen: „alles ihnen Zumutbare“ gemäss Art. 15 Abs. 2 VStG reiche weiter als die „nach den Umständen gebotene Sorgfalt“.¹⁴ Immerhin räumt Pfund ein, dass der Bogen nicht überspannt werden dürfe und das „Zumutbare“ nicht so auszulegen sei, dass Art. 15 VStG praktisch eine „Kausalhaftung“ werde. Vermutungsweise meinte er mit der Kausalhaftung die scharfe Kausalhaftung bzw. die Gefährdungshaftung, bei der weder ein Verschulden noch eine Pflichtverletzung vorausgesetzt wird.

Rechtsdogmatisch ist die Garantenhaftung schwierig zu fassen.¹⁵ Sie ist ein Rechtsinstitut, dass dem Schweizer Haftungsrecht eigentlich fremd ist. Sie ist dem Strafrecht entlehnt und findet in Bezug auf die Organhaftung bzw. die Haftung des Geschäftsherrn v.a. ihren Niederschlag in Art. 6 VStR.¹⁶ Während die Kausalhaftung wie auch die gewöhnliche Verschuldenshaftung einen Schaden, eine Widerrechtlichkeit (z.B. durch eine Pflichtverletzung) und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Widerrechtlichkeit voraussetzt, soll der Garant lediglich aufgrund seiner objektiv feststellbaren Stellung als Organ haften. Der Fiskus hat also nicht, wie sonst in Haftungs-/Verantwortlichkeitsprozessen üblich, die Widerrechtlichkeit (z.B. eine Pflichtverletzung) und den adäquaten Kausalzusammenhang zum Schaden nachzuweisen.¹⁷ Vielmehr wird die Widerrechtlichkeit bei Nichtbezahlung der Steuern und der adäquate Kausalzusammenhang als gegeben fingiert und dem Organ zugerechnet und es kann sich nur dann entlasten, wenn ihm der Beweis gelingt, alles ihm Zumutbare zur Verhinderung des Schadens getan zu haben.

¹¹ BGE 97 II 221 E. 1.

¹² Kessler, Art. 55, BSK OR I, Rz. 18 ff.

¹³ Pfund spricht von Exkulpationsbeweis (Art. 15, Kommentar Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 20.1), obwohl es nach dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 VStG gar nicht um das Verschulden geht.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 1989, ASA 59 (1990/91), 312.

¹⁵ Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 4.

¹⁶ Böckli, Garantenhaftung, 1 ff.; Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 4.

¹⁷ Giger, 7.

Diese scharfe Haftung stellt ausserhalb der Ingerenz ein Unikum in der schweizerischen Rechtslandschaft dar. Doch damit nicht genug. Die Rechtsprechung geht im Zusammenhang mit Haftungsansprüchen nach Art. 15 VStG noch weiter und lässt Liquidatoren für Verrechnungssteuern haften, die nicht während ihrer Geschäftsführung entstanden sind, sondern erst während ihrer Geschäftsführung geltend gemacht werden. Die Liquidatoren haften somit für etwas, wofür sie nichts können. Es fehlt an der (hypothetischen) Kausalität zwischen ihrem (unterlassenen) Tun und dem Schaden. Sie dennoch haften zu lassen käme einem unzulässigen Zirkelschluss gleich: Die Liquidatoren haften, weil es zu einem Steuerausfall gekommen ist, und dieser gleiche Steuerausfall beweist, dass nicht alles Zumutbare zu seiner Verhinderung getan worden ist.¹⁸

Damit die Garantenhaftung, die wie bereits erwähnt unserem Rechtsempfinden widerspricht, nicht zu einer Gefährdungshaftung mutiert, bedarf es eines Korrektivs. Dieses erfolgt in erster Linie über den Entlastungsbeweis, an welchen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen, und sodann über die Auslegung des Begriffs der Solidarität.

IV. Anknüpfung der Haftung

1. Vorbemerkung zum Gegenstand der Verrechnungssteuer

Der Bund erhebt gemäss Art. 132 Abs. 2 BV die Verrechnungssteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens. Die Verrechnungssteuer wird dem Empfänger der um die Verrechnungssteuer gekürzten Leistung nach Massgabe des Verrechnungssteuergesetzes zurückerstattet.¹⁹ Sie hat daher für in der Schweiz ansässige Empfänger nur einen Sicherungszweck und stellt keine endgültige Belastung dar, es sei denn, dass diese ihren Rückerstattungsanspruch verwirkt hätten. Für im Ausland steuerpflichtige Empfänger hat die Verrechnungssteuer hingegen einen Fiskalzweck und stellt eine finale Belastung dar, die nur gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen oder das AIA-Abkommen²⁰ teilweise oder gänzlich zurückgefordert werden kann.

Steuerpflichtig ist der Schuldner der steuerbaren Leistung.²¹ Dieser muss Inländer sein, d.h. eine Gesellschaft mit statutarischem Sitz in der Schweiz oder

¹⁸ Böckli, Haftung des Verwaltungsrates, 527.

¹⁹ Art. 1 Abs. 2 VStG.

²⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten (SR 0.641.926.81).

²¹ Art. 10 Abs. 1 VStG.

eine ausländische juristische Person oder Handelsgesellschaft ohne juristische Persönlichkeit, die jedoch im Inland geleitet wird und hier eine Geschäftstätigkeit ausübt.²² So unterliegen bspw. Erträge aus einer Offshore-Gesellschaft, deren tatsächlicher Sitz in der Schweiz liegt, in gleicher Weise der Verrechnungssteuer wie Erträge, die von einer Schweizer Gesellschaft ausgeschüttet werden. Die steuerbare Leistung ist bei Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung um den Steuerbetrag zu kürzen, bei Kapitalerträgen um 35%. Gegenstand der Verrechnungssteuer sind u.a. Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Aktien, Stamm- oder Genossenschaftsanteile.²³ Zu den steuerbaren Erträgen gehören auch geldwerte Leistungen²⁴, etwa in Form der verdeckten Gewinnausschüttung. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn eine Leistung (keine Rückzahlung von Grund- bzw. Stammkapital oder Kapitaleinlagereserven) ohne Vorliegen einer gleichwertigen Gegenleistung einem Anteilsinhaber oder einer diesem nahestehenden Person erbracht wird und das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen ist, ohne dass die Leistung als Gewinnausschüttung deklariert wird.²⁵

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind besonders heikel, weil sie in der Regel erst anlässlich einer Steuerrevision entdeckt werden und ein Liquidator für die Verrechnungssteuer nach der Rechtsprechung selbst dann belangt werden kann, wenn der Steueranspruch ohne sein Wissen durch Handlungen anderer Organe begründet worden ist.

2. Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland

a) Liquidation

aa) Formelle Liquidation

Eine alternative Voraussetzung der Haftung ist das Vorliegen einer Liquidation. Die formelle Liquidation einer Aktiengesellschaft setzt einen Beschluss der Generalversammlung voraus und die Auflösung muss zur Eintragung ins

²² Art. 9 VStG. So wurde auch schon eine amerikanische LLC als Inländerin im Sinne von Art. 9 VStG der Verrechnungssteuer unterstellt, weil sie von der Schweiz aus geleitet wurde (Urteil des Bundesgerichts 2C_812/2010 vom 23. März 2011).

²³ Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG.

²⁴ Art. 20 Abs. 1 der Verordnung über die Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966 (Verrechnungssteuerverordnung, VStV, SR 642.211).

²⁵ Helbing/Duss/Dubach, Art. 4, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 132a.

Handelsregister angemeldet werden.²⁶ Statt die Verwaltungsräte agieren fortan die Liquidatoren, die als solche im Handelsregister eingetragen werden müssen.²⁷

Auch die Konkursöffnung gilt als formelle Liquidation, bezweckt doch das entsprechende öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckungsverfahren die Liquidation des Vermögens der Schuldnerin.

Doch nicht nur die formelle Liquidation kann eine Haftung des Liquidators begründen, sondern es genügt nach ständiger Rechtsprechung bereits das Vorliegen einer faktischen Liquidation.²⁸

bb) Faktische Liquidation

Eine faktische Liquidation liegt gemäss der Rechtsprechung vor, wenn einer Gesellschaft die wirtschaftliche Substanz entzogen wird und die Fortführung ihrer Tätigkeit nicht mehr möglich ist.²⁹ Bei der faktischen Liquidation werden die Liquidation und die Liquidatoren nicht als solche im Handelsregister eingetragen und es ist gut möglich, dass sich ein Liquidator seiner Funktion gar nicht bewusst ist.

Eine faktische Liquidation ist nicht nur dann gegeben, wenn der Gesellschaft sämtliche Aktiven entzogen werden, sondern auch dann, wenn ihr zwar einige Aktiven verbleiben, sie im Übrigen aber ihrer wirtschaftlichen Substanz entleert wird.³⁰ Ob diese Bedingung erfüllt ist, muss im Lichte des Gesellschaftszwecks der Gesellschaft und ihrer Tätigkeit beurteilt werden (z.B. Betriebsgesellschaft, Holdinggesellschaft oder Immobiliengesellschaft).

Eine faktische Liquidation liegt auch dann vor, wenn die Gesellschaft Rechtshandlungen vornimmt, deren wirtschaftliche Folge im Ergebnis einer Liquidation entspricht.³¹ Dies kann durch Verpfändung von Vermögenswerten der Gesellschaft zugunsten der Aktionäre geschehen oder bei der Gewährung von ungesicherten Darlehen, die später abgeschrieben werden müssen.³²

²⁶ Art. 63 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (Handelsregisterverordnung, HRegV, SR 221.411).

²⁷ Art. 63 Abs. 3 HRegV.

²⁸ Statt vieler: BGE 115 Ib 274 E. 9c.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_806/2013 vom 24. März 2014 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_502/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 3.1.

³⁰ BGer 2C_806/2013 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_695/2009 vom 3. Februar 2010 E. 2.1; BGer 2C_502/2008 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 115 Ib 393 E. 9 und 10.

³¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2479/2019 vom 14. Juli 2021 E. 3.4.1.

³² Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 12.

Ein Wille der Organe, die Gesellschaft zu liquidieren, ist nicht erforderlich, um von einer faktischen Liquidation auszugehen, wenn das Ergebnis auf die Feststellung hinausläuft, dass dies der Fall ist.³³ Insoweit besteht ein weites Ermessen, den Zeitpunkt des Beginns einer Liquidation zu bestimmen, was in der Praxis dazu führt, dass regelmässig nicht auf den Beginn der formellen Liquidation, sondern der ihr vorangehenden faktischen Liquidation abgestellt wird.³⁴

Die folgenden gerichtlich beurteilten Sachverhalte sollen die praktische Bedeutung der faktischen Liquidation illustrieren:

aaa) Veräusserung des einzigen wesentlichen Aktivums ohne Reinvestition

Eine Immobiliengesellschaft führte in ihrer Bilanz neben einigen flüssigen Mitteln als einziges wesentliches Aktivum eine Liegenschaft auf. Nachdem diese am 14. November 1986 verkauft worden war, trat X., das einzige Verwaltungsratsmitglied, am 10. Dezember 1987 zurück. Was mit dem Verkaufserlös geschah, kümmerte X. nicht. Am 8. Juni 1988 wurde die ESTV ersucht, ihre Zustimmung zur Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu erteilen.

Die ESTV wie auch das Bundesgericht sahen im Verkauf der Liegenschaft eine faktische Liquidation und qualifizierten X. als Liquidator, der für die Verrechnungssteuern der Immobiliengesellschaft hafte.³⁵

bbb) Nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand mit anschliessendem Konkurs

Die ESTV führte im März 2006 bei der X AG eine Buchprüfung betreffend die Jahre 2001 bis 2005 durch. Dabei wurden gemäss den Jahresrechnungen 2002 bis 2005 vorwiegend an Ausländer fakturierte Beratungsdienstleistungen festgestellt. Auf der Aufwandseite fielen die Kommissionszahlungen an ausländische Gesellschaften ins Gewicht, die sich nach Ansicht der ESTV geschäftsmässig nicht begründen liessen. Die ESTV stellt daher der Gesellschaft Verrechnungssteuer auf den geldwerten Leistungen in Rechnung. Die Steuerforderung blieb aber unbezahlt und Ende 2010 wurde über die X AG der Konkurs eröffnet, der kurz darauf mangels Aktiven eingestellt wurde. Anschliessend wandte sich die ESTV an A, der bis zur Löschung der X AG im

³³ BGer 2C_868/2010 E. 4.5; BGer 2C_695/2009 E. 2.2; BVGer A-2479/2019 E. 3.4.1; Danon, 208, verlangt für die Haftung, dass das subjektive Element „Wille zur Liquidation“ gegeben sein muss.

³⁴ Frei, 266.

³⁵ BGE 115 Ib 393. Auch bei der unterpreislichen Veräusserung einer einzigen Beteiligung kann eine faktische Liquidation vorliegen (vgl. Stockar, Fallbeispiel Nr. 20).

Handelsregister als Mitglied des Verwaltungsrats mit Berechtigung zur Einzelunterschrift eingetragen war.

Das Bundesverwaltungsgericht bejahte eine faktische Liquidation, die im Laufe des Jahres 2006 begonnen habe. Die Vermögensdispositionen der X AG seien nicht mehr als geschäftliche Transaktionen zu bezeichnen, sondern hätten zu einer Aushöhlung der Gesellschaft geführt.³⁶

ccc) Nicht marktgerechtes Darlehen mit anschliessender amtlicher Löschung der Gläubigerin im Handelsregister

X. war seit 1983 einziges Verwaltungsratsmitglied der A. AG. Ende 1994 verkaufte die A. AG die noch vorhandenen Wertschriften und stellte den Verkaufserlös grösstenteils der B. AG als Darlehen zur Verfügung. Diese konnte das Darlehen in der Folge nicht mehr zurückzahlen, weshalb es abgeschrieben werden musste. Ebenfalls verloren gingen die treuhänderischen Geldanleihen beim schwer kranken Y., dem Verwaltungsratsmitglied der B. AG.

Auf das Gesuch des Amtes für Handelsregister und Zivilstandswesen des Kantons Thurgau um Zustimmung zum amtlichen Lösungsverfahren stellte die ESTV dem X. Rechnung für die Verrechnungssteuer von CHF 278'425.

Das Bundesgericht bejahte eine faktische Liquidation per Ende 1994.³⁷

ddd) Einbruch der Erträge mit anschliessendem Konkurs

Die X AG erbrachte Dienstleistungen im Bereich Marketing und Werbung. A war einziger Verwaltungsrat seit der Gründung bis zu deren Löschung am 1. März 2021. Anlässlich einer Buchprüfung im März 2006 betreffend die Jahre 2001 bis 2005 stellte die ESTV fest, dass die X AG Ausland-Ausland-Geschäfte betrieb und deshalb im Sinne der damals gebräuchlichen Fifty-Fifty-Praxis lediglich 50% des Aufwands pauschal als geschäftsmässig anerkannt wurde. Zudem erachtete die ESTV eine an eine ausländische Gesellschaft weitergeleitete Inkassokommission lediglich zu 20% als angemessen. Die ESTV stellt daher der X AG eine Verrechnungssteuer von CHF 374'036 auf geldwerten Leistungen von insgesamt CHF 1'068'673 in Rechnung. Die Rechnung blieb unbezahlt und die X AG fiel am 31. August 2010 in Konkurs. Die ESTV wandte sich an A als faktischer Liquidator. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass bis zum Geschäftsjahr 2005 substanzielle, im Jahr 2006 nur noch in geringem Umfang und ab dem Jahr 2006 gar keine Erträge aus Beratungsdienstleistungen

³⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5786/2012 vom 7. August 2013 E. 2.5.1.

³⁷ BGer 2C_502/2008.

generiert worden seien. Gleich verhalte es sich mit dem Aufwand. Für das Geschäftsjahr 2006 sei kein Personalaufwand mehr verbucht worden. Der markante Rückgang der Erträge und der Aufwände im Abschluss für das Jahr 2006 liessen darauf schliessen, dass Ende 2005 die eigentliche Geschäftstätigkeit aufgegeben worden sei und die Gesellschaft fortan faktisch liquidiert wurde.

eee) Fazit

Die obigen Gerichtsfälle zeigen, dass die Organe besonders dann einem hohen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, wenn die Gesellschaft in finanzielle Schieflage gerät und sich (meist viele Jahre später) anlässlich eines Kontrollverfahrens herausstellt, dass diese durch eine geldwerte Leistung verursacht wurde, mithin diese der erste Schritt der Aushöhlung der Gesellschaft war.³⁸ Es ist aber wichtig zu betonen, dass eine geldwerte Leistung regelmässig nicht mit einer faktischen Liquidation gleichzusetzen ist. Dennoch kann eine geldwerte Leistung eine Etappe auf dem Weg zur faktischen Liquidation bilden.³⁹ Wird beispielsweise eine geldwerte Leistung ausgerichtet, welche die Gesellschaft dauerhaft schwächt, sodass sie später in Konkurs gerät, so kann diese eine geldwerte Leistung als erster Akt der faktischen Liquidation betrachtet werden. Gewährt eine Gesellschaft einer Schwestergesellschaft ein unbesichertes Darlehen und muss dieses in der Folge abgeschrieben werden, woraufhin auch die Gläubigerin in finanzielle Schwierigkeiten gerät und letztlich in Konkurs fällt, muss der Verwaltungsrat nicht nur fürchten, für den Schaden aus Verletzung seiner Sorgfaltspflichten (Art. 717 OR), sondern auch für die Verrechnungssteuerforderung belangt zu werden.

cc) Haftungssubjekt

aaa) Formeller Liquidator

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a VStG sind die „mit der Liquidation betrauten Personen“ haftbar. Darunter fallen zweifelsohne diejenigen Personen, die bei einer Liquidation als Liquidatoren der juristischen Person (Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Verein oder Stiftung) gültig (z.B. durch die Generalversammlung) bestellt oder eingesetzt wurden und zwar unabhängig ihrer tatsächlich ausgeübten Funktion. Zu diesen formellen Liquidatoren gehört bei einer Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat, denn dieser hat gemäss Art. 740 Abs. 1 OR grundsätzlich die Liquidation zu besorgen. Das Verwaltungsratsmitglied erhält seine vertretungs- und verantwortlichkeitsrechtliche formelle

³⁸ Vgl. Giger, 5 f.

³⁹ BGer 2C_502/2008 E. 3.2.

Organstellung grundsätzlich mit der Wahlannahmeerklärung.⁴⁰ Die Eintragung im Handelsregister ist für die Entstehung der formellen Stellung als Liquidator nicht notwendig, da dem Handelsregistereintrag lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt.⁴¹

In der Regel dürften sich die Personen, die formell als Liquidatoren bestellt wurden, der Problematik der solidarischen Haftung für Steuern bewusst sein, weshalb sie ein besonderes Augenmerk auf die Steuersituation der Gesellschaft richten. Was sie sich aber oft nicht bewusst sind, ist, dass sie auch für Steuern haften, die vor ihrer Einsetzung entstanden sind, aber erst danach geltend gemacht oder fällig werden.

bbb) Faktischer Liquidator

Zu den mit der Liquidation betrauten Personen können aber auch Personen gehören, welche den Organen vorbehaltene Funktionen wahrnehmen. Mit anderen Worten sind faktische Liquidatoren Organe, die ohne formelle Bestellung als Liquidatoren einen tatsächlichen Einfluss auf die Liquidation ausüben.

Sodann haften nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gleich wie bei der Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR alle mit der Verwaltung oder Geschäftsleitung befassten Personen, unabhängig davon, ob sie als Verwaltungsratsmitglieder im Handelsregister eingetragen sind, sofern sie mit der Liquidations-tätigkeit in irgendeiner Form betraut worden sind oder auf die Liquidation einen tatsächlichen Einfluss ausüben.⁴² Entscheidend ist das Mass der Einflussnahme auf das Unternehmensgeschehen, d.h. auf die Liquidation.

dd) Zeitlicher Umfang

Gemäss Art. 15 Abs. 2 VStG haften die in Abs. 1 bezeichneten Personen nur für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen, die (i) während ihrer Geschäftsführung entstehen, (ii) fällig werden oder (iii) geltend gemacht werden.

Die Verrechnungssteuerforderung entsteht gemäss Art. 12 Abs. 1 VStG, wenn die steuerbare Leistung fällig wird. Ist kein Fälligkeitstermin bestimmt, so entsteht die Verrechnungssteuerforderung im Zeitpunkt, in dem der Ertrag ausgerichtet wird. Werden Zinsen kapitalisiert oder wird eine Sitzverlegung ins

⁴⁰ Vetter, 18 f.

⁴¹ Vetter, 19.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 2C_472/2015 vom 14. September 2016; Urteil des Bundesgerichts 2C_473/2015 vom 14. September 2016 E. 3.1; vgl. für die Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR: BGE 107 II 349 E. 5a; BGE 117 II 570 E. 3; BGE 128 III 92 E. 3a.

Ausland beschlossen, so bewirkt dies ebenfalls die Entstehung der Steuerforderung.

Die Verrechnungssteuerforderung wird grundsätzlich 30 Tage nach ihrer Entstehung fällig.⁴³ Wird über die Steuerpflichtige der Konkurs eröffnet, wird die Verrechnungssteuer sofort fällig.⁴⁴

Die Verrechnungssteuerforderung kann geltend gemacht werden, solange sie nicht verjährt ist. Die Steuerforderung verjährt fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie entstanden ist.⁴⁵ Die Verjährung wird unterbrochen durch jede Anerkennung der Steuerforderung von Seiten eines Zahlungspflichtigen sowie durch jede auf Geltendmachung des Steueranspruchs gerichtete Amtshandlung, die einem Zahlungspflichtigen zur Kenntnis gebracht wird; mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem.⁴⁶ Das VStG kennt nach Wortlaut und Gesetzessystematik keine absolute Verjährungsfrist, innert der die Steuer rechtskräftig festzusetzen ist. Gemäss Bundesgericht war dies vom Gesetzgeber bewusst so gewollt (qualifiziertes Schweigen),⁴⁷ was von einem Teil der Lehre im Ergebnis als unbefriedigend erachtet wird.⁴⁸

Bezogen auf die Haftung des formellen oder faktischen Liquidators ist es somit möglich und in der Praxis gängig, dass sich diese auf Verrechnungssteuerforderungen erstreckt, die Jahre zuvor entstanden sind, zu einem Zeitpunkt also, als der formelle oder faktische Liquidator diese Funktion noch gar nicht bekleidete und mithin schlechterdings keinen Einfluss auf die Liquidation oder die Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung ausüben konnte.⁴⁹ Der folgende Sachverhalt aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts soll dies illustrieren:⁵⁰

Die X AG wurde im Mai 1985 mit einem Aktienkapital von CHF 50'000 gegründet. Sie bezweckte den Handel mit und die Bearbeitung von Textilien sowie Import und Export von Waren aller Art. Mit Handelsregistereintrag vom 12. September 2002 übernahm A. das Mandat als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft. Mit Beschluss der Generalversammlung vom 2. Juni 2005 wurde die Gesellschaft aufgelöst und A. wurde als Li-

⁴³ Art. 16 Abs. 1 lit. c VStG. Andere Fälligkeiten gelten für Zinsen auf Kassenobligationen und Kundenguthaben sowie auf Versicherungsleistungen (Art. 16 Abs. 1 VStG).

⁴⁴ Art. 16 Abs. 1 VStG.

⁴⁵ Art. 17 Abs. 1 VStG.

⁴⁶ Art. 17 Abs. 3 VStG.

⁴⁷ BGE 129 II 49 E. 2d; BGE 126 II 49 E. 4d.; BGer 2C_502/2008 E. 7.2.

⁴⁸ Beusch/Seiler, Art. 17, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 31 m.w.H.

⁴⁹ Vgl. BGE 126 II 49 E. 2d; BGer 2C_806/2013 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1594/2006 vom 4. Oktober 2010 E. 6.1.

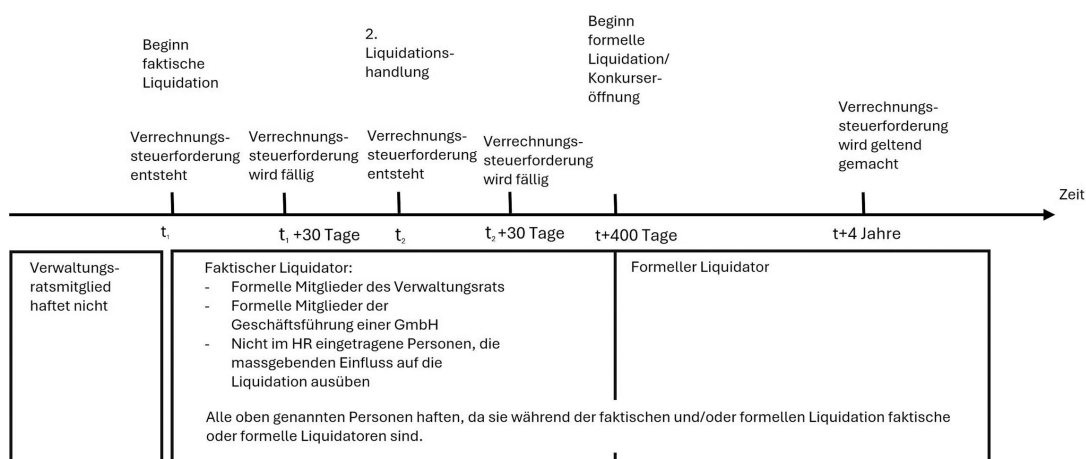
⁵⁰ BVGer A-1594/2006 E. 6.1.

quidator bestellt. Mit Schreiben und Rechnung vom 11. Januar 2005 teilte die ESTV der X AG mit, sie spreche u.a. den in den Geschäftsjahren ab 1999 verbuchten Provisionen die geschäftsmässige Begründetheit ab und qualifiziere diese als verdeckte Gewinnausschüttungen an die Aktionäre oder diesen nahestehenden Personen. Geltend gemacht wurden Verrechnungssteuern von über CHF 1.1 Mio. Am 27. Februar 2006 teilte die ESTV A. mit, dass er solidarisch für die Steuern-, Zins- und Kostenfolgen hafte, die während seiner Geschäftsführung entstanden sind.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht machte A. geltend, er könne nicht für Geschäftsvorfälle belangt werden, die sich vor der Übernahme seines Mandats ereignet haben. Eine Verrechnungssteuerproblematik sei bei der Übernahme des Mandats nicht erkennbar gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, dass er auch für Verrechnungssteuerforderungen belangt werden könne, welche vor seiner Mandatsübernahme bereits entstanden waren, aber erst während seiner Geschäftsführung geltend gemacht wurden. Es genügt nämlich, dass die Verrechnungssteuerforderung während seiner Amtszeit geltend gemacht werden. Auf das Wissen des Beschwerdeführers bei seinem Amtsantritt kommt es dabei nicht an. A. haftet somit selbst wenn der Steueranspruch ohne sein Wissen oder sogar gegen seinen Willen durch Handlungen anderer Organe begründet worden ist.

Wird ein Liquidator abberufen, so haftet er lediglich für die Forderungen, welche vor seiner Abberufung entstanden, geltend gemacht oder fällig geworden sind.

Grafisch kann die Haftung wie folgt dargestellt werden:



ee) Sachlicher Umfang

Die solidarische Mithaftung gemäss Art. 15 VStG beschränkt sich nicht auf die auf einem etwaigen Liquidationsüberschuss geschuldete Verrechnungssteuer zuzüglich Zinsen und Kosten (z.B. Betreuungskosten).⁵¹ Vielmehr haftet der Mithaftende auch für früher entstandene Verrechnungssteuerforderungen, wie etwa Verrechnungssteuern auf Obligationenzinsen, Dividenden, Zinsen von Kundenguthaben bei Banken und selbst für Verfahrenskosten.⁵²

Die Haftung ist indes begrenzt auf das Liquidationsergebnis. Massgebend für die Bestimmung des Liquidationsergebnisses ist das Gesamtvermögen der Gesellschaft zu Beginn der Liquidation nach Tilgung aller Schulden und Liquidationskosten, also das Vermögen, über das die Liquidatoren verfügen können.⁵³ Zur Berechnung des Liquidationsergebnisses sind die Aktiven zum Verkehrswert einzusetzen.⁵⁴ Auch wenn die Rückzahlung des einbezahlten Aktien- oder Stammkapitals und der Kapitaleinlagereserven nicht steuerbar ist, bildet es Bestandteil der Haftungssumme.⁵⁵

Ist die Steuerpflichtige bereits vor der Liquidation überschuldet (negatives Eigenkapital), beträgt der für die Haftung massgebende Maximalbetrag Null, weshalb eine Mithaftung ausgeschlossen werden kann.⁵⁶ Ist aber die Steuerpflichtige nicht überschuldet, wird der Maximalbetrag regelmässig so hoch angesetzt, dass er nicht erreicht werden kann und mithin als Haftungsbegrenzung kaum je praktische Bedeutung hat.⁵⁷

Von entscheidender Bedeutung ist, wann die Liquidation beginnt, was sich nicht immer einfach feststellen lässt. Beispielsweise wird für die Zwecke der Mehrwertsteuer (Art. 15 Abs. 1 lit. e MWSTG) das Datum der Genehmigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (im Sinne von Art. 317 ff. SchKG) als Beginn der Liquidationshandlung (formelle Liquidation) betrachtet.⁵⁸

Geht der formellen Liquidation oder einem Konkurs eine faktische Liquidation voran, ist für die Bestimmung des Liquidationsergebnisses auf den Beginn der

⁵¹ Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 9.

⁵² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5664/2018 vom 23. April 2019 E. 3.2; Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 9.

⁵³ BGer 2C_472/2015 und BGer 2C_473/2015; BGer 2C_806/2013 E. 3.5.1 und 3.3.4.

⁵⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-5205/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 2.5.3 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 17. Februar 1987, ASA 47 (1978/79) S. 541, 550.

⁵⁵ Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 19.

⁵⁶ Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 20.

⁵⁷ Meister, Art. 15 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 20.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_964/2019 vom 22. März 2021 E. 4.3.

faktischen Liquidation abzustellen.⁵⁹ Dabei stellt sich das Problem, dass es bei einer faktischen Liquidation grundsätzlich keine Liquidationsbilanz gibt. Dieses Problem löst die Praxis, indem für die Bestimmung des Werts des Liquidationsergebnisses auf die letzte, vor Beginn der faktischen Liquidation eingereichte Bilanz abgestellt wird.⁶⁰

b) Sitzverlegung ins Ausland

aa) Grundsätzliches

Die Haftung gemäss Art. 15 VStG greift nicht nur bei einer Liquidation, sondern auch bei einer Sitzverlegung ins Ausland.⁶¹ Die Sitzverlegung ins Ausland führt grundsätzlich zu einer Beendigung der Steuerpflicht, weshalb sie für Verrechnungssteuerzwecke gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG der Liquidation gleichgestellt wird.⁶² Entsprechend wird fingiert, dass mit der Sitzverlagerung ins Ausland eine Auszahlung des Liquidationsüberschusses erfolgt, die entsprechend zu besteuern ist (steuersystematische Abrechnung).

Eine formelle grenzüberschreitende Sitzverlegung erfolgt in der Regel durch Neugründung einer Gesellschaft im Immigrationsstaat und einer Liquidation und Übertragung der Vermögenswerte der bisherigen Gesellschaft auf die neue (sog. uneigentliche Sitzverlegung).⁶³ Die formelle grenzüberschreitende Sitzverlegung (die eigentliche Sitzverlegung) kann aber auch ohne Liquidation und Neugründung erfolgen, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass die Gesellschaft nach ausländischem Recht fortbesteht und die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt sind.⁶⁴

bb) Verlegung des statutarischen Sitzes ins Ausland

Erfolgt eine formelle Sitzverlegung ins Ausland, während die tatsächliche Leitung und ein Teil der Geschäftstätigkeit in der Schweiz verbleibt, kann man sich fragen, ob überhaupt über die Verrechnungssteuer abzurechnen ist, zumal gemäss Art. 9 Abs. 1 VStG auch eine ausländische Gesellschaft, die ihre tatsächliche Leitung im Inland hat und hier eine Geschäftstätigkeit ausübt,

⁵⁹ BGer 2C_472/2015 und BGer 2C_473/2015 E. 3.3.

⁶⁰ BVGer A-2479/2019 E. 3.3.2; BVGer A-5786/2012 E. 2.5.2.

⁶¹ Art. 15 Abs. 1 lit. b VStG; Müller, Sitzverlegung, 79.

⁶² Pfund, Art. 4 Abs. 2, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 6.1.

⁶³ Pfund, Art. 4 Abs. 2, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 6.2.

⁶⁴ Art. 163 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291); Kunz/Rodriguez, Art. 163, BSK Internationales Privatrecht, Rz. 4; Müller, Sitzverlegung, 79 f.

Inländer im Sinne des VStG bleibt. Nach Ansicht von Pfund knüpft Art. 4 Abs. 2 VStG an die Verlegung des Sitzes und nicht an die Preisgabe der Inländereigenschaft, weshalb in jedem Fall abzurechnen sei.⁶⁵

Entscheidend für die steuersystematische Abrechnung muss aber vielmehr sein, ob infolge Verlegung des statutarischen Sitzes der Verrechnungssteuer verhaftete Reserven dem Zugriff des Schweizer Fiskus definitiv entzogen werden, weil die Inländereigenschaft (Art. 9 Abs. 1 VStG) verloren geht oder das Besteuerungsrecht der Schweiz durch ein Staatsvertrag zurückgedrängt wird.⁶⁶ Lediglich in diesen Fällen, ist die steuersystematische Vollliquidation angezeigt, wobei gegebenenfalls über das gesamte Eigenkapital (vorbehaltlich Grund- bzw. Stammkapital und der Kapitaleinlagereserven) zuzüglich der in der Regel zu Fortführungswerten bewerteten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts (Goodwill) abzurechnen ist.⁶⁷

Wird sowohl der statutarische Sitz als auch die tatsächliche Verwaltung ins Ausland verlagert und endet folglich die Inländereigenschaft (Art. 9 Abs. 1 VStG), weshalb das Verrechnungssteuersubstrat verloren geht und gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG darüber abzurechnen ist, liegt ein möglicher Anwendungsfall der Haftung gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b VStG vor.⁶⁸

Wird lediglich der statutarische Sitz, nicht aber die tatsächliche Verwaltung ins Ausland verlagert, besteht die alternativ an die tatsächliche Leitung anknüpfende steuerliche Ansässigkeit respektive Inländereigenschaft (Art. 9 Abs. 1 VStG) nach unilateralem Recht fort. Die Gesellschaft gilt dann als „dual resident“, wobei Art. 4 Abs. 3 OECD-MA und die meisten DBA der Schweiz dem Ort der tatsächlichen Leitung den Vorrang geben. Mithin wird das nach unilateralem Recht aufgrund der tatsächlichen Leitung der emigrierten Gesellschaft in der Schweiz bestehende Besteuerungsrecht nicht zurückgedrängt,

⁶⁵ Pfund, Art. 4 Abs. 2, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 6.3; gl.M. Müller, Sitzverlegung, 81 f., der wie Pfund dafür plädiert, dass die Liquidationssteuer nach Art. 4 Abs. 2 VStG nicht an die Inländereigenschaft anknüpfe; a.M. Brülisauer, 52; und auch die neuere, aber nicht veröffentlichte Praxis der ESTV folgt der Meinung von Pfund nicht.

⁶⁶ Lissi/Vitali, 819.

⁶⁷ Lissi/Vitali, 819. Dies entspricht auch der nicht publizierten Praxis der ESTV; a.M. Danon, 203, mit der Begründung, dass gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG die Sitzverlegung der Liquidation gleichgestellt werde.

⁶⁸ Bei einer uneigentlichen Sitzverlegung stellt sich die Frage, ob diese als Liquidation oder als Sitzverlegung behandelt wird. Konsequenzen hat diese Frage für die Bestimmung des maximalen Haftungsbetrags. Nach der Praxis der ESTV wird jede Art der Sitzverlegung unter Art. 15 Abs. 1 lit. b VStG subsumiert (Pfund, Art. 4 Abs. 2, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 6.2 und 6.3); siehe auch BVGer A-5664/2018.

weshalb der Schweiz kein Verrechnungssteuersubstrat entgeht.⁶⁹ Gleiches muss gelten, wenn kein DBA zur Anwendung kommt, weil das nach unilateralem Recht bestehende Besteuerungsrecht der Schweiz nicht zurückgedrängt respektive das Verrechnungssteuersubstrat nicht ihrem Zugriff entzogen wird.⁷⁰

Weil unter den DBA mit Japan die Ansässigkeit dem Sitzstaat (Art. 4 Abs. 3 DBA-Japan) zugewiesen wird, führt die Verlegung des statutarischen Sitzes ins Ausland dazu, dass die Voraussetzungen von Art. 10 DBA-Japan nicht mehr gegeben sind und somit die Schweiz ihr Besteuerungsrecht verliert. Deshalb ist steuersystematisch gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG abzurechnen.⁷¹

cc) *Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland*

Weiter stellt sich die Frage, ob auch die Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland von Art. 15 Abs. 2 VStG erfasst wird, wenn der statutarische Sitz im Inland belassen wird (sog. faktische Sitzverlegung).

Die Gesellschaft bleibt verrechnungssteuerrechtlich Inländerin (Art. 9 Abs. 1 VStG), weshalb jedenfalls bei einer Emigration in einen Nicht-DBA-Staat eine steuersystematische Abrechnung nicht angezeigt ist. Dies entspricht auch der Praxis der ESTV.⁷² Erfolgt die Emigration hingegen in einen DBA-Staat und weist das anwendbare DBA analog zu Art. 4 Abs. 3 OECD-MA die vorrangige Ansässigkeit dem Staat der tatsächlichen Leitung zu, ist eine steuersystematische Abrechnung unerlässlich.⁷³

Bei der Sitzverlegung ins Ausland sieht Art. 20 VStG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. d VStG die Möglichkeit vor, die Steuerpflicht durch Meldung statt Entrichtung zu erfüllen, vorausgesetzt, dass die Anteilsinhaber qua Sitz/Wohnsitz im Inland zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind. Bei im Ausland ansässigen Anteilsinhabern ist die Erfüllung der Steuerpflicht durch Meldung allerdings nur insoweit zulässig, als es sich bei diesen um Gesellschaften handelt, welche gemäss anwendbarem DBA oder AIA-Abkommen zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind und eine wesentliche Beteiligung halten,

⁶⁹ Allerdings muss die Gesellschaft für die Anwendung des innerschweizerischen Rückerstattungsverfahrens nach Art. 21 VStG für sämtliche Steuern als Inländerin behandelt werden, weshalb nach der Praxis der ESTV die Gesellschaft mit Bezug auf die direkten Steuern unbeschränkt steuerpflichtig und für die Zwecke der Stempelabgaben als Inländerin im Handelsregister eingetragen sein muss (vgl. Stockar/Hochreutener, Nr. 7 zu Art. 24 Abs. 2 VStG).

⁷⁰ Brülisauer, 52; Danon, 211.

⁷¹ Brülisauer, 52. Dies entspricht der geltenden Praxis der ESTV.

⁷² Diese Praxis der ESTV sei unbestritten. So Brülisauer, 53.

⁷³ Brülisauer, 53. Dies entspricht der geltenden Praxis der ESTV.

welche sie gemäss anwendbarem DBA oder AIA-Abkommen zur zusätzlichen oder vollständigen Entlastung der Verrechnungssteuer berechtigen.⁷⁴

dd) Zeitlicher Umfang

Im Fall einer Sitzverlegung ins Ausland entsteht die Verrechnungssteuerforderung am Tag des Beschlusses zur Sitzverlegung durch die Generalversammlung, unabhängig davon, ob die für die Verlegung notwendigen Rechtshandlungen erst später vorgenommen werden.⁷⁵ Art. 16 Abs. 3 VStG sieht eine spezielle Fälligkeitsregel vor. Demnach führt die Verlegung des Sitzes ins Ausland dazu, dass die Steuer ohne Verzögerung fällig wird.

ee) Sachlicher Umfang

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b VStG haften die Organe bis zum Betrag des reinen Vermögens der juristischen Person und nicht wie in lit. a bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses.

Für die Bestimmung des reinen Vermögens ist auf den Fortführungswert und nicht auf den in der Regel tieferen Liquidationswert der Wirtschaftsgüter abzustellen.⁷⁶ Der Fortführungswert berücksichtigt nicht nur den Substanzwert des Unternehmens, sondern auch dessen Ertragswert und entspricht deshalb jenem Wert, den ein unabhängiger Dritter für die Übernahme des Unternehmens bezahlen würde.⁷⁷

c) Funktionsverlagerungen ins Ausland?

Im Rahmen der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Unternehmenssteuerreform (STAF) hat der schweizerische Gesetzgeber legiferiert, dass die Verlegung von Vermögenswerten, Betrieben, Teilbetrieben oder Funktionen aus dem Inland in einen ausländischen Geschäftsbetrieb oder eine ausländische Betriebsstätte, als Ende der Steuerpflicht gelten, weshalb über die stillen Reserven gewinnsteuerlich abzurechnen sei (Art. 61b Abs. 2 DBG). Bisher war die steuersystematische Realisation infolge von Verlagerungen ins Ausland

⁷⁴ Enthält das massgebende DBA keine Bestimmung über die zusätzliche oder vollständige Entlastung bei wesentlichen Beteiligungen, so muss die ausländische Gesellschaft unmittelbar über mindestens 10% des Kapitals der schweizerischen Gesellschaft verfügen (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Steuerentlastung schweizerischer Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen ausländischer Gesellschaften vom 22. Dezember 2004 [SR 672.203]).

⁷⁵ BVGer A-5664/2018 E. 2.1.

⁷⁶ Pfund, Art. 15, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 11; BGE 120 II 259 E. 2b.

⁷⁷ Brülisauer, 50.

innerhalb eines Rechtssubjektes in Art. 58 Abs. 1 lit. c Satz 2 DBG i.d.F. vom 1. Januar 1995 geregelt.

Keine Anpassung durch die STAF hat das Wegzugsbesteuerungsregime der Verrechnungssteuer erfahren. Hier gilt weiterhin die Liquidationsfiktion für „[d]ie Verlegung des Sitzes [...] ins Ausland“ gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG.

Es stellt sich nun die Frage, ob Art. 15 VStG auch dann zur Anwendung kommt, wenn zwar Funktionen ins Ausland verlagert werden, aber die tatsächliche Verwaltung im Inland verbleibt.

Entscheidend ist, ob der Verrechnungssteuer verhaftete Reserven infolge einer Funktionsverlagerung der Erfassung durch den Schweizer Fiskus definitiv entzogen werden, weil die Inländereigenschaft (Art. 9 Abs. 1 VStG) verloren geht oder das Besteuerungsrecht der Schweiz staatsvertraglich zurückgedrängt wird.⁷⁸ Lediglich in diesen Fällen ist die steuersystematische Abrechnung angezeigt.⁷⁹ Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Handelsgesellschaft beschliesst, ihre Handelstätigkeit (die einzige Funktion) künftig im Ausland auszuüben und somit auch die tatsächliche Verwaltung fortan im Ausland erfolgt. Dieser Fall ist gleich zu beurteilen wie eine Verlegung der tatsächlichen Verwaltung, weshalb auf die Ausführungen im Abschnitt IV.2.b)cc) verwiesen werden kann.

Werden hingegen lediglich einzelne Funktionen in eine ausländische Betriebsstätte verlagert, ohne dass sich staatsvertraglich die Ansässigkeit verschiebt, bleiben die ins Ausland verlagerten stillen Reserven (anders als bei der Gewinnsteuer) weiterhin der Verrechnungssteuer verhaftet und es findet keine steuersystematische Abrechnung statt.

Werden einzelne Funktionen nicht in eine ausländische Betriebsstätte verlagert, sondern an eine andere ausländische juristische Person, ohne dass diese Funktionsverlagerung marktkonform entschädigt wird, kommt es zu einem definitiven Abfluss von Verrechnungssteuersubstrat, weshalb zweifelsohne eine geldwerte Leistung vorliegt.⁸⁰ Diese kann (muss aber nicht) den Beginn einer faktischen Liquidation sein, die wiederum ein Anwendungsfall der Haftung gemäss Art. 15 VStG darstellen könnte.

V. Solidarität

Nach dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 VStG haften die Liquidatoren bzw. Organe (im Falle der Sitzverlegung) solidarisch mit der Steuerpflichtigen.

⁷⁸ Lissi/Vitali, 819.

⁷⁹ Lissi/Vitali, 819.

⁸⁰ Schmid, 23.

Zuerst muss also der Kreis derjenigen Personen bestimmt werden, die mithaften. Zu diesen gehören die formellen und faktischen Liquidatoren. In einem zweiten Schritt gilt es zu klären, wie sie gegenüber dem Fiskus haften bzw. wie der Begriff der Solidarität zu verstehen ist.

Nach Pfund bestimmt sich der Begriff der Solidarität mangels eigener Definition im VStG nach dem Zivilrecht, weshalb grundsätzlich die Regeln von Art. 143 ff. OR anwendbar seien.⁸¹ Aus dem Zivilrecht (Art. 144 OR) ergebe sich, dass die Inanspruchnahme eines Mithaftenden nicht voraussetze, dass der Steuerpflichtige erfolglos zur Zahlung aufgefordert worden sei.⁸² Insofern gibt es bei der Solidarität keine Subsidiarität.⁸³ Die ESTV könne nach ihrem Ermessen entweder vom Steuerpflichtigen oder von einem Mithaftenden je nur einen Teil oder den ganzen Betrag der Verrechnungssteuer fordern. Die ESTV könne jeden Mithaftenden, der sich nicht entlasten vermag, ohne Rücksicht auf den Grad seines Verschuldens für den vollen Steuerbetrag belangen.⁸⁴ Nicht überraschend geht denn auch die ESTV gegen den zahlungsfähigsten oder gegen jenen Mithaftenden vor, gegen den die Verfolgung am wenigsten Aufwand bedeutet. Somit trifft die Haftung ausschliesslich in der Schweiz wohnhafte Personen, während andere im Ausland wohnende Mithaftende, welche u.U. ein gewichtiges Verschulden trifft, ungeschoren davonkommen.

Auch in diesem Punkt übt Böckli heftige Kritik: Das Rechtsgleichheits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip als Richtschnur für das Handeln der Verwaltung gelte offensichtlich im Steuerhaftungsrecht nicht.⁸⁵ Die Einwendungen Böcklis und anderer Autoren sind berechtigt. Die fehlende Rücksichtnahme auf das Verschulden des Organmitglieds birgt zweifellos die Gefahr ungerechter Lösungen.⁸⁶ Diese Gefahr wird auch durch die Möglichkeit eines späteren Regresses kaum gemildert.⁸⁷

Die Gerichte haben zu dieser Kritik lange geschwiegen. Im BGE 115 Ib 393 wurde seitens der beschwerdeführenden Liquidatoren geltend gemacht, es seien andere (faktische) Liquidatoren ebenfalls haftbar zu machen. Das Bundesgericht erwog, dass ein solidarisch haftender Schuldner sich nicht darauf berufen könne, der Gläubiger dürfe sich nicht an ihn allein halten. Da die Beschwerdeführenden im Verhältnis zu den von ihnen genannten weiteren Personen nicht bloss subsidiär, sondern aus dem gleichen Grunde haften

⁸¹ Pfund, Art. 15, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 15.

⁸² Gl.M. Müller, Mithaftung, 19, 29.

⁸³ BVGer A-5664/2018 E. 3.4.1; Müller, Mithaftung, 20; Danon, 204.

⁸⁴ Pfund, Art. 15, Kommentar zur Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. 16.

⁸⁵ Böckli, Haftung des Verwaltungsrates, 527 f.

⁸⁶ Müller, Mithaftung, 49.

⁸⁷ Müller, Mithaftung, 49.

würden, liege keine Verletzung von Bundesrecht vor, wenn sie zur Haftung herangezogen werden, andere Liquidatoren dagegen nicht. Weiter führte das Bundesgericht aus, dass ein Entscheid der ESTV nicht schon deshalb unangemessen ist, weil einzelne in Betracht fallende Personen nicht ebenfalls herangezogen werden, deren Beitrag zur gesellschaftlichen Willensbildung weniger bedeutend erscheint oder nicht in gleicher Weise nachgewiesen ist.⁸⁸

Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass das Bundesgericht die Frage der Angemessenheit bei der Auswahl der möglichen Haftenden nicht ungeprüft lassen möchte und folglich es nicht akzeptieren würde, wenn die ESTV ein Organmitglied haftbar machen wollte, welches kein Verschulden trifft.⁸⁹ Dies muss zur Konsequenz haben, dass z.B. ein neu eingesetzter Liquidator, der im Rahmen einer Steuerrevision auf eine geldwerte Leistung aufmerksam gemacht wird, die vor der formellen Liquidation stattfand, die aber als Etappe auf dem Weg einer faktischen Liquidation gesehen wird, mangels Verschulden nicht ins Recht gefasst werden darf.⁹⁰

VI. Entlastungs- oder Exzeptionsbeweis

Der Liquidator kann sich von der Haftung befreien, sofern er den Nachweis erbringt, dass er alles ihm Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung getan hat.

Soweit ersichtlich, ist es bislang keinem Liquidator in einem Gerichtsverfahren gelungen, den Nachweis gemäss Art. 15 Abs. 2 VStG zu erbringen. In einem Fall konnte sich ein formeller Liquidator selbst für Verrechnungssteuerforderungen, die vor seiner Organbestellung entstanden sind, nicht von der Haftung befreien.⁹¹ Es ist gemäss Rechtsprechung auch irrelevant, ob der Liquidator bei seinem Amtsantritt von der zuvor entstandenen Verrechnungssteuerforderung Kenntnis hatte.⁹²

Will ein Organ oder Liquidator das Risiko einer solidarischen Mithaftung bestmöglich vermeiden, ist es zweifellos von Vorteil, wenn er sich vorweg der einschlägigen, sehr weitgehenden Rechtsprechung und Praxis bewusst ist. Nur dann wird er beim ersten Anzeichen allfälliger Liquidationshandlungen mit

⁸⁸ Bundesgerichtsurteil vom 20. Oktober 1989, ASA 59 (1990/1991) 306 [321f.].

⁸⁹ Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 23 mit Verweis auf Böckli, Haftung des Verwaltungsrates, 527; Müller, Sitzverlegung, 84; Giger, 7; Müller, Mithaftung, 50.

⁹⁰ Müller, Mithaftung, 51; Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. 12.

⁹¹ Müller, Sitzverlegung, 81.

⁹² BVGer A-1594/2006 E. 6.2.

Nachdruck dafür besorgt sein, dass allen von Steuergesetzes wegen geforderten Mitwirkungshandlungen seitens der Gesellschaft nachgekommen wird (vom Einreichen der Steuererklärungen bis zum Bezahlen fälliger Steuerrechnungen), dass jederzeit genügend Mittel für noch anfallende (Verrechnungs-, Gewinn- und evtl. Kapital-) Steuerforderungen der einseitigen Verfügbarkeit durch den Aktionär entzogen sind (z.B. keine Einzelunterschrift für entsprechende Bankkonti) und dass – im schlimmsten Fall – die Steuerbehörden auf sein Begehren hin nach Art. 47 VStG resp. Art. 169 DBG die Sicherstellung der (geschuldeten) Steuern verfügt. Hat der Liquidator bzw. das Organmitglied die anderen Organe auf die Verpflichtung zur Zahlung der Verrechnungssteuer aufmerksam gemacht und sich dafür stark gemacht, dass diese bezahlt oder sichergestellt wird, blieb aber dennoch die Zahlung oder Sicherstellung der Verrechnungssteuer aus, weil der Liquidator oder das Organmitglied keine Herrschaft über das abgeflossene und verbleibende Vermögenssubstrat verfügt, sollte ihn/es keine Haftung treffen.

Folglich trifft, um auf das Praxisbeispiel⁹³ zurückzukommen, Anwalt Sorglos keine Haftung für die unbezahlt gebliebene Verrechnungssteuerforderung. Jede andere Auffassung hätte zur Konsequenz, dass niemand mehr bereit wäre, das Amt eines formellen Liquidators anzunehmen.

Literaturverzeichnis

- Beusch Michael/Seiler Moritz, Art. 17, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Bauer-Balmelli Maja (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 3. Aufl. 2023, Rz. 31
- Böckli Peter, Zur Garantenhaftung des Vorgesetzten im Verwaltungsstrafrecht, namentlich bei Steuerstrafen, StR 36/1981, 1 ff. (zit. Böckli, Garantenhaftung).
- Böckli Peter, Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, StR 40/1985, 519 ff. (zit. Böckli, Haftung des Verwaltungsrates).
- Brülisauer Peter, Sitzverlegung ins Ausland nach Verrechnungssteuerrecht, IFF FStR 2004, 48 ff.
- Danon Robert, La responsabilité fiscale solidaire des organes en cas de liquidation d'une société de capitaux, in: François Bohnet (Hrsg.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, 199 ff.
- Frei Walter, Die Verantwortung des Verwaltungsrates im Steuerrecht, ZStP 4/1998, 263 ff.
- Giger Ernst, Die Steuerschulden bei der Liquidation, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 1999/2, 7 ff.

⁹³ Siehe Abschnitt II.

- Helbing Andreas/Duss Fabian/Dubach Manuel, Art. 4, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Bauer-Balmelli Maja (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 3. Aufl. 2023, Rz. 132a.
- Kessler Martin A., Art. 55, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Rz.18 ff. (zit. Kessler, Art. 55, BSK OR I, Rz.18 ff.).
- Kunz Peter V./Rodriquez Rodrigo, Art.163, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2021, Rz. 4 (zit. Kunz/Rodriquez, Art. 163, BSK Internationales Privatrecht, Rz. 4).
- Lissi Alberto/Vitali Marco E., Grenzüberschreitende Verlagerung von Geschäftsaktivitäten, SJZ 117/2021, 809 ff.
- Meister Thomas, Art. 15, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Bauer-Balmelli Maja (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 3. Aufl. 2023 (zit. Meister, Art. 15, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Rz. ...).
- Müller Thomas A., Die solidarische Mithaftung im Bundessteuerrecht, Diss., Bern 1999 (zit. Müller, Mithaftung).
- Müller Thomas A., Die solidarische Mithaftung bei der Sitzverlegung ins Ausland, in StR 55/2000, 78 ff. (zit. Müller, Sitzverlegung).
- Pfund W. Robert, Art. 4 und 15, in: Pfund W. Robert, Kommentar zur Eidgenössischen Verrechnungssteuer, I. Teil, Basel 1971 (zit. Pfund, Art. ..., Kommentar Eidg. Verrechnungssteuer, Rz. ...).
- Schmid Patrick, Internationale Funktionsverlagerung im harmonisierten Steuerrecht der Schweiz, Diss., Bern 2024.
- Stockar Conrad, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 4. Aufl., Therwil/Basel 2006.
- Stockar Conrad/Hochreutener Hans Peter (Hrsg.), Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Band 2, Loseblatt, Basel.
- Vetter Meinrad, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss., St. Gallen 2007.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 229 **Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen**
11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht –
Tagungsband 2022
PETER R. ISLER, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Dedeyan, Patrick
Dummermuth, Peter R. Isler, Karl Schädler, Rolf Sethe, Thomas Trölitzsch, Karl
Wüthrich, 2023 – CHF 44.90.
- Band 230 **Neueste M&A-Entwicklungen – von Fachleuten kommentiert**
25. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2022
HANS-JAKOB DIEM, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Sara Banelli,
Alexander Cochardt, Hans-Jakob Diem, Dieter Dubs, Dieter Gericke, Michael
Maag, Alex Nikitine, Mariella Orelli, Fabienne Perlini-Frehner, Katalin Siklosi,
Philippe A. Weber, Valentin Wiesner, 2023 – CHF 44.90.
- Band 231 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Umsetzung**
Istanbul-Konvention
Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von
Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Nicole Fernandez, Rahel Ott, Gérald
Pfeifer, Joder Regli, Claudia Wiederkehr, 2023 – CHF 60.00.
- Band 232 **Finanzmarkt und Strafrecht**
14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband
2023
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von
Friedrich Frank, Sabine Gless, Daniel Holenstein, Doris Hutzler, Marc
Jean-Richard-dit-Bressel, Nora Markwalder, Wolfgang Wohlers, David
Zollinger, 2024 – CHF 60.00.
- Band 233 **TranSa(n)ktionen, Regulierung, Krypto- & Klepto: Neue und alte**
Phänomene auf dem Kapitalmarkt
Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XVIII – Tagungsband 2022
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Petra Ginter,
Jonas Hertner, Benjamin Leisinger, Rebecca Paumgartner-Schori, Matthias
Portmann, Cédric Remund, Lukas Roesler, Michael Schneitter, Philip Spoerlé,
Annette Weber, 2024 – CHF 60.00.
- Band 234 **Familienstiftungen – neue Perspektiven**
Tagungsband 2024
THOMAS SPRECHER, LUKAS VON ORELLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Brugger,
Lukas Eichenberger, Urs Fasel, Michael Fischer, Harold Grüniger, Dominique
Jakob, Daniel Leu, Stefan Oesterhelt, Andrea Opel, Thomas Sprecher, Lukas von
Orelli, 2024 – CHF 60.00.
- Band 235 **M&A unter geänderten Vorzeichen**
26. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2023
HANS-JAKOB DIEM, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Anja Affolter
Marino, Morgan Boeffard, Hans-Jakob Diem, Dieter Dubs, Romain Fakhoury,
Frank Gerhard, Alex Nikitine, Fabienne Perlini-Frehner, Marco Sidler, Philippe
Weber, Manuel Werder, 2024 – CHF 60.00.

- Band 236 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement**
Tagungsband 2023
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von May Beyli, Massimo Bonato, Reinhard Brunner, Michael Bühl, Elmar Habermeyer, Alexandra Ott Müller, Philippe Vogt, Sven Zimmerlin, 2024 – CHF 60.00.
- Band 237 **When the rubber hits the road – Umsetzung der VAG/AVO Revision**
Tagungsband 2024
HANSJÜRG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Claudia Biedermann, Chiara Di Pietro, Julia Ender Amacker, Helmut Heiss, Vanessa Isler, Alexander Lacher, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Rupert Schaefer, Helmut Studer, Lutz Wilhelmy, 2024 – CHF 60.00.
- Band 238 **EU Enlargement and European Integration: Challenges and Perspectives**
14th Network Europe Conference – Stockholm, 25–26 September 2023
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, FATLUM ADEMI (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Antonina Bakardjieva Engelbrekt, Melita Carević, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Waltraud Hakenberg, Garine Hovsepian, Andreas Kellerhals, Lee McGowan, Henri Vogt, Ralph Weber, 2024 – CHF 60.00.
- Band 239 **Private Equity in einer Welt von Unsicherheiten und Opportunitäten**
9. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2024
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Jonas Bühlmann, Tino Gaberthüel, Dieter Gericke, Till Haechler, Petra Hanselmann, Reto Heuberger, Michel Jaccard, Yannic Schönenberger, Marc Walter, Caspar Wehrle, 2024 – CHF 60.00.
- Band 240 **Sexuelle Belästigung im öffentlichen und virtuellen Raum – Fokus der Kriminalprävention**
14. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2024
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI, AURELIA GURT (Hrsg.), mit Beiträgen von Naomi Chinasa Bögli, Aurelia Gurt, Pia Kuchenmüller, Dayana Mordasini, Rebecca Sigg, Claudia Stam, Aner Voloder, 2024 – CHF 60.00.
- Band 241 **Parteienkrieg und Verzögerungsbomben im Wirtschaftsstrafprozess**
15. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2024
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Simone Brunner, Claire A. Daams, Friedrich Frank, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Konrad Jeker, Tanja Knodel, Gregor Münch, Cédric Remund, David Zollinger, 2024 – CHF 60.00.
- Band 242 **AT 1, Ad hoc, L-QIF, ESG, Insider, etc.: im Reich der guten und der bösen Akronyme und Abkürzungen**
Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XIX – Tagungsband 2023
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Rainer Adlhart, Andrea Andelic, Caroline Clemetson, Fabienne Crisovan, Sarah Ganz, Deirdre Ní Annracháin, Silke Weller, 2025 – CHF 60.00.

Weitere Publikationen und Monografien

Der EuGH und die Schweiz

MATTHIAS OESCH, 2023 – CHF 49.90/69.90.

Continuing Legal Education

Ambition and Reality

ANDREAS KELLERHALS, MICHAEL MAYER, JANICK ELSENER (Eds.), mit Beiträgen von James Bellerjeau, Thomas Gächter, Stephan Göcken, Melissa Hardee, Dirk Hartung, Andreas Kellerhals, Hadrien Mangeat, Bruno Mascello, Richard Norman, Jed S. Rakoff, Flavio Romerio, Lukas Wyss, 2023 – CHF 39.90/59.90.

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU

Überblick und Kommentar 2023/24

ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, David Bruch, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Brigitta Kratz, David Mamane, Jochen Meyer-Burow, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, 2024 – CHF 49.90.

The Eurosystem's Monetary Policy at 25 (1999-2023)

Legal Aspects of the Single Monetary Policy in the Euro Area – From the Establishment of the Eurosystem to the Current Inflation Crisis

CHRISTOS V. GORTSOS, 2024 – CHF 49.90/69.90.

Kartellverfahren als Strafverfahren

Zur institutionellen Ausgestaltung des Verfahrens über Direktsanktionen vor den Schweizer Wettbewerbsbehörden im Lichte der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention

MARC THOMMEN, ANDRÉS PAYER, 2024 – CHF 39.90/59.90.

Tierversuche in der Forschung: Herausforderungen und Chancen

Die Güterabwägung und das „unerlässliche Mass“ – Aus rechtlicher, biomedizinischer, regulatorischer und klinischer Sicht – Tagungsband 2024

SCHWEIZERISCHES 3R-KOMPETENZZENTRUM (3RCC) (Hrsg.), mit Beiträgen von Christian Baumann, Eva Rached, Martin E. Schwab, Goran Seferovic, Janos Vörös, 2024 – CHF 39.90/49.90.

Schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Kontext von 1815 bis heute

Eine Skizze

MARTIN DAHINDEN, 2025 – CHF 39.90/49.90.

Schweiz – Europäische Union

Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug – 2. Auflage

MATTHIAS OESCH, 2025 – CHF 59.90/74.90.

TBTF & Finanzstabilität

Financial Stability Law Forum – Symposium 2025

ISABELLE CHABLOZ, FRANCA CONTRATTO, ALINE DARBELLAY, MIRIAM EGGEN, SERAINA GRÜNEWALD, NINA REISER, CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT (Hrsg.), mit Beiträgen von Sarah Breen, Isabelle Chabloz, Franca Contratto, Aline Darbellay, Patrik Ducrey, Mirjam Eggen, Susan Emmenegger, Neil Esho, Alain Girard, Seraina Grünwald, Eva Hüpkens, Martin Janssen, Sébastien Kraenzlin, Fabien Liegeois, Yan Liu, Mónica López-Monis Gallego, Monica Mächler, Michael Manz, Nina Reiser, Karl-Philipp Wojcik, Oliver Wunsch, Corinne Zellweger-Gutknecht, Heinz Zimmermann, 2025 – CHF 49.90/69.90.

Dieser Sammelband widmet sich Grundsatzfragen des Verantwortlichkeitsrechts (Verantwortlichkeit im Konzern, Finanzierungsverantwortung von Grossaktionären sowie Zusammenhänge von Verantwortlichkeit und Vergütung). Sodann werden die Wechselwirkungen des Verantwortlichkeitsrechts zu anderen Rechtsgebieten beleuchtet (Prozessfinanzierung sowie Haftung des Verwaltungsrats für Steuern und steuerliche Aspekte bei Verantwortlichkeitsansprüchen). Schliesslich wird die Rechtsprechung zum Diesel-Skandal rechtsvergleichend analysiert.

Mit Beiträgen von:

Isabelle Berger

Patrik Fisch

Peter R. Isler

Valentin Jentsch

Valerie Meyer Bahar

Tobias F. Rohner

Rolf Sethe