

# NEWSLETTER

MAI 2017

Autoren: André Bloch, Mauro Loosli und Sonja Stark-Traber



## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Arbeitsrecht

**Verletzung der Treuepflicht durch unterlassene Information während Freistellung**

2

Arbeitsrecht

**Fristlose Kündigung bei Straftaten im Rahmen der Arbeitstätigkeit**

4

Gesellschaftsrecht

**Stichentscheid bei Pattsituationen in der Generalversammlung**

6

Gesellschaftsrecht, Konkursrecht

**Verantwortlichkeitsklage bei Konkurseinstellung mangels Aktiven**

8

Arbeitsrecht

## Verletzung der Treuepflicht durch unterlassene Information während Freistellung

Das Bundesgericht hat es als Treuepflichtverletzung eingestuft, wenn ein leitender Angestellter während der Dauer der Freistellung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis davon erlangt, dass Mitarbeitende der Arbeitgeberin eine konkurrenzierende Tätigkeit vorbereiten, und er dies der Arbeitgeberin nicht meldet. Als Folge davon fiel im konkreten Fall die vereinbarte Nichtanrechnung von Dritteinkünften während der Freistellungsdauer dahin.

In einem Entscheid vom 17. November 2016 (4A\_297/2016) befasste sich das Bundesgericht mit der Verletzung der Treuepflicht durch einen Arbeitnehmer wegen unterlassener Information der Arbeitgeberin, nachdem er nach vereinbarter Auflösung des Arbeitsverhältnisses freigestellt worden war.

Der Arbeitnehmer X. war mit Arbeitsvertrag vom 3. Januar 2000 von der Z. SA (Kanton Waadt), welche im Bereich der Ausrüstung und Erbringung von Dienstleistungen für die Verpackungsindustrie spezialisiert ist, als Generaldirektor und Delegierter des Verwaltungsrates der Holding Z. Group SA angestellt worden. Am 6. Mai 2009 schlossen die Parteien einen „Zusatz zum Arbeitsvertrag“ ab, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2011 vorsah, unter Freistellung von X. ab 7. Mai 2009. Art. 7 der Aufhebungsvereinbarung hielt fest, dass bei Einhaltung der im Aufhebungsvertrag vereinbarten Verpflichtungen durch X., die Z. SA die vereinbarten Lohn- und Spesenzahlungen bis zur Vertragsbeendigung auch dann leisten werde, wenn X. während der Freistellungsdauer eine neue bezahlte Tätigkeit aufnehme. Die Z. SA verzichtete für diesen Fall ausdrücklich auf die Anrechnung von Dritteinkünften aus solchen neuen Tätigkeiten. Allerdings wurde festgehalten, dass X. weiterhin an seine Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin gebunden bleibe und keine die Gesellschaften der Z. Group SA konkurrierenden Tätigkeiten aufnehmen dürfe.

Im Januar 2010 wurde X. von vier Ingenieuren der Arbeitgeberin Z. SA (schriftlich und telefonisch) kontaktiert, die ihn darüber informierten, dass sie die Gründung eines eigenen Unternehmens planten, mit dem Ziel, ein direktes Konkurrenzprodukt zur Z. SA zu entwickeln und auf den Markt zu bringen. Sie fragten X. an, ob er die Rolle als Förderer bzw. als Geldgeber spielen wolle, um dem Projekt Glaubwürdigkeit zu verleihen. Im Juli 2010 liessen die besagten vier Inge-

nieure zusammen mit drei weiteren Ingenieuren der Z. SA und einem Dritten eine Gesellschaft im Handelsregister eintragen. Nicht erstellt ist dabei, dass X. in irgendeiner Weise zu dem von den sieben Ingenieuren entwickelten Projekt beitrug oder es ihnen versprochen hatte.

Nachdem sich einer der involvierten Ingenieure im Juni 2010 mit einem Konkurrenzunternehmen der Z. SA im Rahmen einer Geschäftsanbahnung getroffen hatte, informierte dieses die Z. SA über das Konkurrenzprojekt der Ingenieure. Diese erhielten in der Folge von der Z. SA die Kündigung.

Am 13. Juli 2012 reichte die Z. SA Klage gegen X. ein und verlangte von ihm die Herausgabe sämtlicher Einkünfte, die er während der Freistellungsdauer im Rahmen seiner Tätigkeiten für Dritte erzielt hatte im Betrag von CHF 1'964'113.15 plus Zinsen. X. erhob Widerklage auf Bezahlung ausstehender variabler Lohnzahlungen und leitete aus gleichem Grund am 2. August 2012 eine Betreibung gegen die Z. SA ein. Die Z. SA anerkannte im Rahmen des Gerichtsverfahrens die Forderung von X.

Nachdem das erstinstanzliche Gericht die Klage der Z. SA noch abgewiesen und die Widerklage von X. gutgeheissen hatte, verurteilte die zweite Instanz auf Berufung hin X. zur Leistung von CHF 1'904'225.70 an die Z. SA, abzüglich der widerklageweise geforderten Lohnzahlungen. X. erhob gegen den Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz weitestgehend. Es folgte deren Ansicht, wonach Art. 7 der zwischen X. und Z. SA am 6. Mai 2009 abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarung nach Vertrauensprinzip dahingehend auszulegen war, dass die vereinbarte Nichtanrechnung der von X. während der

Freistellung erzielten Dritteinkünfte unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Treuepflicht durch X. stand. Die Verletzung der Treuepflicht hatte mithin rechtlich die Wirkung einer auflösenden Bedingung (Resolutivbedingung): Bei deren Eintritt sollte das vereinbarte Prinzip der Nichtanrechnung der von X. erzielten Dritteinkünfte rückwirkend auf den Tag des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung dahinfallen und somit wieder die gesetzliche Regelung greifen, wonach sich der Arbeitnehmer Dritteinkünfte während der Freistellungsdauer auf den Lohn anrechnen lassen muss (Art. 324 Abs. 2 OR).

Hinsichtlich der Treuepflicht des Arbeitnehmers hielt das Bundesgericht allgemein fest, dass dieser die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR) und alles zu unterlassen habe, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen könnte. Die Treuepflicht ergänze mithin die Arbeitspflicht. In positiver Hinsicht beinhalte die Treuepflicht eine Informations- und Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, die ihn insbesondere verpflichte, die Arbeitgeberin vor allenfalls drohendem Schaden, Störungen in der Arbeitsausführung oder anderen Unregelmässigkeiten bzw. Missständen zu warnen. Der Arbeitnehmer bleibe

auch während der Freistellung zur Einhaltung der Treuepflicht verpflichtet. Bei leitenden Angestellten gelte zudem eine erhöhte Treuepflicht.

Das Bundesgericht führte aus, dass im konkreten Fall der Arbeitnehmer X. verpflichtet gewesen wäre, die Arbeitgeberin Z. SA auf den drohenden wirtschaftlichen Schaden hinzuweisen, nachdem er von der geplanten Konkurrenzierung durch die bei der Z. SA angestellten Ingenieure erfahren habe. Das Verhalten der Ingenieure sei offensichtlich widerrechtlich gewesen und habe eine krasse Verletzung von deren Treuepflicht dargestellt, zumal sie auch einen Teil ihrer Arbeitszeit für die Entwicklung des Konkurrenzprojekts eingesetzt hätten. Das Konkurrenzprojekt sei zudem fortgeschritten gewesen, was X. mitgeteilt worden sei. Durch sein Schweigen während der Kündigungsfrist habe X. deshalb seine Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR verletzt.

Infolgedessen befand das Bundesgericht, dass die von X. während der Freistellungsdauer erzielten Dritteinkünfte auf die Lohn- und Spesenzahlungen der Z. SA anzurechnen und deshalb von X. herauszugeben seien.

## KOMMENTAR

Das Urteil bestätigt den anerkannten Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis auch nach erfolgter Freistellung nicht von seiner Treuepflicht befreit ist. Deren Umfang geht bei leitenden Angestellten deutlich weiter als bei Arbeitnehmern in untergeordneter Stellung. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Mitteilungspflicht: Eine solche wird bei leitenden Angestellten stets bejaht, wenn sie Missstände im Betrieb feststellen oder die Namen von fehlbaren Mitarbeitern kennen. Bei Arbeitnehmern in untergeordneter Stellung besteht eine Meldepflicht hingegen nur in schwerwiegenden Fällen, insbesondere wenn der eingetretene oder drohende Schaden unverhältnismässig hoch ist.

Die Bejahung einer Treuepflichtverletzung im vorliegenden Fall ist vor diesem Hintergrund angesichts der vormaligen Funktion des Arbeitnehmers als Generaldirektor nachvollziehbar, obwohl er selbst nicht aktiv an der Vorbereitung des Konkurrenzprojekts mitgewirkt hat. Ob das Bundesgericht im Falle eines Arbeitnehmers in untergeordneter Stellung gleich entschieden hätte, ist unklar, aber angesichts des dreisten Vorgehens der involvierten Ingenieure und des Schadenspotentials ihres Vorgehens nicht auszuschliessen.

Arbeitsrecht

## Fristlose Kündigung bei Straftaten im Rahmen der Arbeitstätigkeit

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, die rechtlichen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung, ausgesprochen als Folge einer vom Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitstätigkeit begangenen Straftat, zu prüfen.

Das Bundesgericht hat sich in einem am 9. März 2017 ergangenen Entscheid (4A\_625/2016) mit der Frage beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen eine Straftat, welche ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit zulasten Dritter begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden kann. Im beurteilten Fall war der Arbeitnehmer als Lastwagenchauffeur angestellt. Im Rahmen einer Arbeitsfahrt fuhr der Arbeitnehmer mit dem Lastwagen seines Arbeitgebers mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h über ein Stoppsignal hinaus auf die Strasse und kollidierte mit einem korrekt fahrenden Personewagen. Der Lenker des Personewagens wurde verletzt und musste in Spitalpflege verbracht werden. Nach dem Unfall kümmerte sich der Lastwagenchauffeur um den verletzten Lenker des Personewagens und rief sowohl die Polizei wie die Ambulanz. Anschliessend informierte er seinen Arbeitgeber. Die gerufene Polizei entzog dem Lastwagenchauffeur vor Ort den Führerausweis. Noch am selben Tag kündigte der Arbeitgeber dem Lastwagenchauffeur fristlos.

Sieben Tage nach dem Unfall erhielt der Lastwagenchauffeur von der zuständigen Administrativbehörde seinen von der Polizei entzogenen Führerausweis provisorisch zurück. Von der zuständigen Staatsanwaltschaft wurde er rund ein Jahr später wegen grober Verkehrsregelverletzung schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe sowie zu einer Busse verurteilt. Gestützt auf diesen Entscheid verfügte die zuständige Administrativbehörde einen Führerausweisentzug von drei Monaten.

In der Folge klagte der Lastwagenchauffeur gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber unter anderem auf Zahlung seines Lohnes bis zum Ablauf der ordentlichen (hypothetischen) Kündigungsfrist sowie auf Auszahlung einer Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das erstinstanzliche Gericht kam zum Schluss, dass die ausgesprochene fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt gewesen sei und sprach dem Lastwagenchauffeur Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen (hypothetischen) Kündigungsfrist zu, verweigerte aber

die Zusprechung einer Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung. In der Folge gelangten beide Parteien an die nächsthöhere Gerichtsstanz. Diese hielt fest, dass ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliege, mit der Folge, dass dem Lastwagenchauffeur zweitinstanzlich weder Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen (hypothetischen) Kündigungsfrist noch eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zugesprochen wurde. Gegen diesen Entscheid erhob der Lastwagenchauffeur Beschwerde an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht erinnerte in seinem Entscheid daran, dass eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Bei weniger schwerwiegenden Verfehlungen ist für eine fristlose Kündigung vorausgesetzt, dass sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind. Zu berücksichtigen ist ferner auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen.

In der Folge bestätigte das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz, dass das Überfahren eines Stoppsignals mit einem Lastwagen im konkreten Fall eine grobe Verletzung der Verkehrsregeln darstelle, was zu einer Verletzung der aus dem Arbeitsvertrag fließenden Pflichten geführt habe. Im vorliegenden Fall habe der Lastwagenchauffeur das Stoppsignal wissentlich und willentlich und damit vorsätzlich überfahren, weshalb ein schweres Verschulden zu bejahen sei. Diese Verfehlung sei nicht nur im strafrechtlichen Sinne, sondern auch in Bezug auf die Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten als schwer einzustufen:

Nach dem Unfall sei umgehend ein Führerausweisentzug durch die Polizei erfolgt. Dies habe dazu geführt, dass der Lastwagenchauffeur auf der Stelle kein Fahrzeug der betreffenden Kategorie mehr habe führen dürfen. Dies wiederum habe zur Folge gehabt, dass ihm die Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht, nämlich die Leistung der Arbeit im Sinne von Art. 321 OR, selbstverschuldet unmöglich geworden sei. Unter diesen Umständen sei eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses objektiv nicht mehr zumutbar gewesen. Da der Arbeitsvertrag eine Klausel enthalte, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne, erscheine eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch in subjektiver Hinsicht als nicht mehr zumutbar.

Der Lastwagenchauffeur erhob den Einwand, eine fristlose Kündigung sei unberechtigt, wenn sich ein inhärentes Berufsrisiko verwirkliche. Dieses Argument verwarf das Bundesgericht und erinnerte daran, dass bei Berufen mit einem erhöhten Risiko besonders strenge Anforderungen an das Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer gestellt werden dürften.

Ebenso kein Gehör hatte das Bundesgericht für den Einwand des Chauffeurs, die Pflichtverletzung sei nicht so schwer, dass sie eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde. Insbesondere verwarf es den Einwand, der Arbeitsvertrag habe eine ordentliche Kündigungsfrist von einem Monat vorgesehen, weshalb eine fristlose Kündigung unverhältnismässig erscheine. Die Verfehlung des Lastwagenchauffeurs sei gewichtig genug, dass es für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ge-

wesen sei, ihn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu beschäftigen. Ferner sei es zwar lobenswert, dass er sich nach dem Unfall korrekt verhalten habe. Auch dies, so das Bundesgericht weiter, vermöge aber am genannten Ergebnis nichts zu ändern, denn das für den Kündigungsgrund massgebende Verhalten habe sich bereits vorher manifestiert und habe durch das spätere, vorbildliche Verhalten des Lastwagenchauffeurs nicht mehr aufgewogen werden können.

Schliesslich schlug auch der Einwand des Chauffeurs fehl, die Vorinstanz habe im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu Unrecht die im Arbeitsvertrag enthaltene Klausel berücksichtigt, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne. Wohl treffe es zu, dass Art. 337 OR die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung absolut zwingend festlege. An vertragliche Klauseln, welche den wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung konkretisierten, sei das Gericht dementsprechend nicht gebunden; indes könnten solche Klauseln dem Gericht gleichwohl immerhin bei der Beurteilung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls helfen, welche Vorkommnisse aus Sicht der Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar oder unzumutbar erscheinen lassen.

Aus all den genannten Gründen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und bestätigte dementsprechend die Rechtmässigkeit der ausgesprochenen fristlosen Kündigung.

## KOMMENTAR

Der Bundesgerichtsentscheid bestätigt, dass Straftaten, welche ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten des Arbeitgebers oder Dritter begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es massgeblich auf die konkreten Umstände und insbesondere auf die Schwere der Straftat an. Je schwerer eine Straftat zu gewichten ist und je mehr das fragliche Verhalten gleichzeitig als schwere Verletzung von arbeitsrechtlichen Pflichten einzustufen ist bzw. zu einer (schweren) Verletzung von arbeitsrechtlichen Pflichten führt, desto eher ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt.

Gesellschaftsrecht

## Stichentscheid bei Pattsituationen in der Generalversammlung

Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses mit der Zulässigkeit und den Schranken des Stichentscheides in der Generalversammlung sowie mit dem Gebot der schonenden Rechtsausübung bei Statutenänderungen auseinandergesetzt.

In einem Entscheid vom 28. Februar 2017 (4A\_579/2016) musste sich das Bundesgericht einerseits mit der Frage der Anwendbarkeit des Stichentscheides in der Generalversammlung für die Wahl einer Revisionsstelle und andererseits mit der Zulässigkeit der nachträglichen statutarischen Einführung eines Stichentscheides befassen.

Im fraglichen Fall verfügte die X. AG über ein Aktienkapital von CHF 500'000, welches in 380 Stammaktien zu CHF 1'000 und 1'200 Stimmrechtsaktien zu CHF 100 eingeteilt war. Davon hielten A. und B. je 65 Stammaktien und 600 Stimmrechtsaktien, zusammen also eine Kapitalbeteiligung von CHF 250'000 und eine Stimmkraft von 1'330 Stimmen, während C. über die restlichen 250 Stammaktien verfügte, also eine Kapitalbeteiligung von ebenfalls CHF 250'000 und eine Stimmkraft von 250 Stimmen. Zudem sahen die Statuten der X. AG vor, dass bei Stimmgleichheit bei Wahlen das Los und bei Sachentscheiden der Stichentscheid des Präsidenten entscheiden sollte. An einer ersten Generalversammlung lehnte C. den Antrag auf Wiederwahl der Revisionsstelle ab, so dass keine Revisionsstelle gewählt werden konnte. Daraufhin beriefen A. und B. eine zweite Generalversammlung ein und änderten die Statuten dahingehend, dass auch bei Wahlen der Stichentscheid gelten sollte, worauf gleich anschliessend die Wiederwahl der Revisionsstelle mit Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten zustande kam. Beide Generalversammlungsbeschlüsse wurden von C. angefochten und sowohl von der Vorinstanz als auch vom Bundesgericht als rechtswidrig erklärt.

Gemäss Art. 706 OR können der Verwaltungsrat und jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung u.a. dann anfechten, wenn sie die Rechte von Aktionären unter Verletzung von Gesetz oder Statuten oder in unsachlicher Weise entziehen oder beschränken.

Das Bundesgericht bestätigte zunächst den Entscheid der Vorinstanz, welcher die durch Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten zustande gekommene

Wahl der Revisionsstelle unter Berufung auf Art. 693 OR für rechtswidrig erklärt hatte.

Nach Art. 693 OR können die Statuten zwar Stimmrechtsaktien mit – maximal um das Zehnfache - erhöhter Stimmkraft vorsehen; gemäss Art. 693 Abs. 3 OR ist die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien jedoch für bestimmte Geschäfte – u.a. die Wahl der Revisionsstelle - nicht anwendbar, sondern richtet sich zwingend nach dem Nominalwert der Aktien und mithin nach der Kapitalmehrheit.

Das Bundesgericht bestätigte seine frühere Rechtsprechung, wonach die Statuten dem Vorsitzenden der Generalversammlung für den Fall der Stimmgleichheit den Stichentscheid verleihen können, um die Beschlussfähigkeit zu ermöglichen. Es stellte aber klar, dass im Anwendungsbereich von Art. 693 Abs. 3 OR die Kapitalmehrheit zwingend ist und ein durch Stichentscheid – und damit durch die Mehrheit der Aktienstimmen – erfolgter Beschluss der Generalversammlung mit der letztgenannten Bestimmung nicht vereinbar ist.

Ebenfalls bestätigt wurde vom Bundesgericht der Entscheid der Vorinstanz, welche die Statutenänderung als rechtswidrig und unzulässig erklärt hatte. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass der bisherige Losentscheid bei Stimmgleichheit für Wahlen offensichtlich nur deshalb durch den Stichentscheid des Präsidenten ersetzt werden sollte, um die an der vorangegangenen Generalversammlung bestehende Opposition gegen die Wiederwahl der Revisionsstelle zu beenden.

Das Bundesgericht führte in seinen Erwägungen aus, dass Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar sind, wenn sie gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen und insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachten. Dabei sind statutarische Einschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären unzulässig, wenn diese zur Erreichung der angestrebten gesellschafts-



rechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder mit weniger einschneidenden Mitteln ebenfalls erreicht werden können.

Weil einerseits der Stichentscheid im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht besser zu gewährleisten vermochte als der in den Statuten bereits vorgesehene Losentscheid, und andererseits die angefochtene Statutenänderung nur vorgenommen wurde, um die gewünschte Wahl der Revisionsstelle vornehmen zu können, erachtete das Bundesgericht die Statutenänderung als rechtswidrig, weil sie gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung versties.

Ausdrücklich offenlassen konnte das Bundesgericht damit die Frage, ob an der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines statutarischen Stichentscheides festgehalten werden kann oder ob – wie von der Vorinstanz - zusätzlich verlangt werden müsste, dass die Statuten für die Beschlussfassung nur das relative Mehr verlangen dürfen, wenn sie einen Stichentscheid vorsehen. Dies weil das absolute Mehr definitionsgemäss erfordert, dass mindestens die Hälfte der Stimmen plus eine erreicht wird und eine Stimmgleichheit deshalb nur beim Erfordernis des relativen Mehrs zu einer Pattsituation führen kann, die mit einem Stichentscheid behoben werden kann.

## KOMMENTAR

Das vorliegende Urteil des Bundesgerichts ist aus verschiedenen Gründen interessant:

Zunächst stellt der Entscheid klar, dass ein statutarischer Stichentscheid in der Generalversammlung nicht anwendbar ist, soweit gesetzlich zwingend ein Beschluss der Kapitalmehrheit verlangt wird. Dies betrifft nicht nur die Wahl der Revisionsstelle, sondern zudem auch die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung, die Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung und die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage.

Sodann bietet der Entscheid auch ein gutes Anschauungsbeispiel für den Fall einer Statutenänderung, welche gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstösst.

Und schliesslich wird – auch wenn die Frage offengelassen wird – die bisherige, teilweise umstrittene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zulässigkeit eines Stichentscheides in dem Sinne relativiert, als allenfalls verlangt werden müsste, dass die Statuten nur das relative Mehr der Stimmen verlangen dürften, wenn sie einen Stichentscheid vorsehen.

Abschliessend ist zu bemerken, dass ein Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung – vor allem bei paritätischen Zweimanngesellschaften oder wenn sich paritätische Aktionärsgruppen gegenüberstehen – regelmässig problematisch ist. Die statutarische Einführung eines Stichentscheides muss deshalb sehr gut überlegt werden bzw. ist in der Regel nicht empfehlenswert.

Gesellschaftsrecht, Konkursrecht

## Verantwortlichkeitsklage bei Konkurseinstellung mangels Aktiven

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass nach einer Konkurseinstellung mangels Aktiven eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Verwaltungsräte nur möglich ist, wenn die Gläubiger die Wiedereintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister verlangen.

In einem Entscheid vom 1. Februar 2017 (4A\_384/2016) befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gläubiger einer Gesellschaft, die infolge Konkurseinstellung mangels Aktiven im Handelsregister gelöscht worden ist, legitimiert sind, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen einen ehemaligen Verwaltungsrat zu klagen.

Gemäss Art. 754 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Nach der Konkurseröffnung ist gemäss Art. 757 OR in erster Linie die Konkursverwaltung zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt, während Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger die verantwortlichen Organe nur dann einklagen können, wenn die Konkursverwaltung darauf verzichtet hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um einen Anspruch der Gläubigersamtheit, welchen der klagende Gläubiger als sog. Prozessstandschafter im eigenen Namen geltend

macht; Rechtsträgerin bleibt aber die Konkursmasse. Das Bundesgericht hatte bereits früher entschieden, dass sich die Gläubiger nach einer Konkurseinstellung mangels Aktiven einerseits weiterhin auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen können, und dass sie andererseits die Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister verlangen können. Dies, weil damit die konkursite Gesellschaft als Rechtsträgerin des Anspruchs wieder konstituiert wird und es zudem dem Gläubiger ermöglicht wird, die notwendige Kollokation seiner Forderung und die Abtretung des Prozessführungsrechts gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht nun auch klar gestellt, dass die Gläubiger nach einer Konkurseinstellung mangels Aktiven ohne vorherige Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister nicht zu einer Verantwortlichkeitsklage legitimiert sind. Denn nur so kann auch ein Konkursverfahren eröffnet werden, in welchem die Gläubiger ihre Forderungen kollozieren und sich den Verantwortlichkeitsanspruch von der Konkursverwaltung abtreten lassen können.

### KOMMENTAR

Mit dem Entscheid hat das Bundesgericht klargestellt, dass Verantwortlichkeitsklagen gegen ehemalige Verwaltungsräte nach einer Konkurseinstellung mangels Aktiven nur nach einer Wiedereintragung der gelöschten Gesellschaft im Handelsregister möglich sind. Damit ist Gläubigern, welche sich nach einem Konkurs die Möglichkeit vorbehalten wollen, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen ehemalige Organe vorzugehen, bei einer Konkurseinstellung mangels Aktiven zu empfehlen, den Kostenvorschuss für die Durchführung eines summarischen Konkursverfahrens zu leisten. Nur so kann gewährleistet werden, dass vor der Löschung der Gesellschaft ein formelles Konkursverfahren durchgeführt wird, in welchem die Forderung des Gläubigers kolloziert wird und sich der Gläubiger entsprechende Verantwortlichkeitsansprüche abtreten lassen kann.



Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)



**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)



**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Senior Associate

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)

---

**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)