



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rolf Sethe, Peter R. Isler

Verantwortlichkeit
im Unternehmensrecht VII

Schulthess § 2014

Inhaltsübersicht

Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen 7

*Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und
Dr. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs 39

PD Dr. Harald Bärtschi, Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich und Dozent für Finanzmarktrecht an der ZHAW School of Management and Law, Lenz & Staehelin, Zürich

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse 135

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission, Vorstandsmitglied Europa Institut an der Universität Zürich

Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats 165

Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts 203

Prof. Dr. Peter Böckli, Advokat, em. Professor der Universität Basel, Böckli Bodmer & Partner, Basel

**Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen
Verantwortlichkeitsklagen** 247

*Prof. Dr. Felix Dasser, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht,
Internationales Privat- und Zivilprozessrecht sowie Privatrechtsvergleichung,
Partner bei Homburger AG, Zürich, und
David Roth, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Homburger
AG, Zürich*

Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen

Peter R. Isler/Bertrand G. Schott

Inhalt

I.	Einleitung.....	8
II.	Aspekte zur Umsetzung der „Abzockerinitiative“	9
1.	Der zeitliche Fahrplan.....	9
2.	Die Umsetzung im Hinblick auf die ordentliche Generalversammlung im Jahre 2014.....	10
a)	Zwingende Traktanden.....	10
aa)	Wiederwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates.....	11
bb)	Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates	11
cc)	Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses.....	11
dd)	Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.....	11
ee)	Wahl der Revisionsstelle.....	12
b)	Empfohlene Traktanden	12
aa)	Statutenänderungen zufolge der VegüV.....	12
bb)	Allenfalls Genehmigung der Vergütungen für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.....	13
3.	Die Anpassung der bestehenden Arbeitsverträge.....	15
a)	Grundsatz der Nichtrückwirkung	15
b)	Gleichlauf von neuen und alten Arbeitsverträgen.....	16
III.	Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Verletzung der VegüV.....	16
1.	In subjektiver Hinsicht: Wer ist grundsätzlich haftbar?.....	16
a)	Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.....	16
b)	Faktische Organe.....	17
c)	Beirat.....	18
d)	Mitglieder des Vergütungsausschusses	18
aa)	Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen der Aufgaben des Vergütungsausschusses	18
bb)	Kompetenzdelegation an den Vergütungsausschuss	20
cc)	Genehmigungsvorbehalt.....	20
dd)	Blosse Antragskompetenz.....	21
e)	Verantwortlichkeit der Organe für die eigene Entschädigung?	21
aa)	Organ ist Gegenpartei der Gesellschaft	21
bb)	Urteil des Bundesgerichts 4C.402/1998	22

cc) Vergleich mit den Minder-Strafbestimmungen	23
dd) Verhältnis zur Rückerstattungsklage	24
ee) Regelung im Arbeitsvertrag	25
2. Haftungsbegründende Tatbestände (Pflichtwidrigkeit).....	26
a) Ausrichtungen von unzulässigen Vergütungen	26
aa) Abgangsentschädigungen.....	26
bb) Im Voraus ausgerichtete Vergütungen	27
cc) Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen	28
dd) Statutenwidrige oder in den Statuten nicht vorgesehene Entschädigungen	28
b) Verletzung des von der Generalversammlung festgesetzten Vergütungsrahmens	29
c) Verstöße gegen GV-Beschlusskompetenzen	29
d) Haftung für übermässig hohe Vergütungen	29
e) Pflichtenkollision und Vorrang des Gesellschaftsinteresses	30
3. Schaden	31
a) Differenztheorie: Gesamtvermögensvergleich oder Additionsmethode?	31
b) Vorteilsanrechnung	32
4. Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung und Décharge	34
a) Genehmigungsbeschluss	34
b) Décharge	36
IV. Fazit	37

Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs

Harald Bärtschi*

Inhalt

I.	Einleitung.....	41
II.	Rahmenbedingungen unter geltendem Recht.....	47
	1. Überblick.....	47
	2. Informations- und Beweisprobleme.....	49
	a) Allgemeine Informationsrechte des Aktionärs	49
	b) Recht auf Sonderprüfung.....	51
	c) Weitere Informationsquellen	52
	d) Klage auf Gesamtschaden	53
	e) Beweisprobleme	53
	aa) Behauptungs-, Substanziierungs- und Beweislast	53
	bb) Abschätzung des Schadens durch Gericht.....	54
	cc) Abstrakte Schadensberechnung beziehungsweise Anscheinsbeweis.....	55
	dd) Beweis der Pflichtwidrigkeit	56
	ee) Beweis der Kausalität.....	56
	ff) Beweislast beim Verschulden	57
	3. Kostenrisiken.....	57
	a) Kosten der Informationsbeschaffung.....	57
	b) Eigene Anwaltskosten	57
	c) Bemessung der Prozesskosten	58
	d) Kostenvorschuss.....	59
	e) Kriterien für Verteilung der Prozesskosten.....	60
	f) Keine Kostenüberwälzung auf Gesellschaft	62
	g) Einfache Parteientschädigung bei Mehrheit von Beklagten	63
	4. Besondere Klagearten.....	64
	a) Teilklage.....	64
	aa) Umschreibung	64
	bb) Beurteilung.....	65

b)	Unbezahlte Forderungsklage	65
aa)	Umschreibung	65
bb)	Beurteilung	67
c)	Stufenklage	67
aa)	Umschreibung	67
bb)	Beurteilung	68
d)	Feststellungsklage	69
e)	Streitverkündungsklage	69
aa)	Umschreibung	69
bb)	Beurteilung	70
f)	Adhäsionsweise Zivilklage im Strafverfahren	70
aa)	Umschreibung	70
bb)	Beurteilung	71
5.	Aktivlegitimation	72
a)	Geltendmachung des Gesellschaftsschadens	72
b)	Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens	72
6.	Besonderheiten der Geltendmachung	73
a)	Aufrecht stehende Gesellschaft	73
aa)	Geltendmachung des Gesellschaftsschadens	73
bb)	Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens	73
b)	Im Konkurs der Gesellschaft	73
aa)	Geltendmachung des Gesellschaftsschadens	74
bb)	Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens	75
7.	Zuständigkeit	77
a)	Örtliche Zuständigkeit	77
aa)	Gesetzliche Regelung	77
bb)	Gerichtsstandsvereinbarung	78
b)	Sachliche Zuständigkeit	79
8.	Verfahrensdauer	79
9.	Folgerungen	80
III.	Erleichterung der Verantwortlichkeitsklage	81
1.	Überblick	81
2.	Ausbau der Informationsrechte	81
a)	Hintergrund	81
b)	Informationsrechte gemäss Aktienrechtsrevision	82
c)	Weitere Instrumente	83
3.	Reduktion der Kostenrisiken	86
a)	Anpassung der Streitwertberechnung	86
b)	Aufhebung der Vorschusspflicht	86
c)	Kostenübernahme durch Gesellschaft	87
d)	Vorprüfungsverfahren	91
aa)	Bestehende Regelungen im Schweizer Recht	91
bb)	Neue Vorschläge zum Schweizer Recht	92
cc)	Vorprüfungsverfahren im ausländischen Recht	94
dd)	Beurteilung	97
e)	Kostenübernahme durch Staat	98
f)	Parteientschädigung	98
g)	Begleichung der Prozesskosten aus Erlös	99
h)	Beteiligung des Klägers am Prozesserrlös	99

i) Prozessfinanzierung.....	101
j) Anwaltliches Erfolgshonorar.....	102
4. Kollektiver Rechtsschutz und Sammelklage.....	103
a) Reformbedarf.....	103
b) Nachteile der Sammelklage.....	105
c) Heutiger Standpunkt des Bundesrates.....	106
d) Beurteilung.....	107
5. Aktivlegitimation.....	108
6. Besonderheiten der Geltendmachung.....	112
a) Geltendmachung durch Gesellschaft.....	112
b) Rückerstattungsklage der Gesellschaft.....	112
c) Geltendmachung eines Schadens durch Mehrzahl von Aktionären.....	112
7. Schlichtungsverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit.....	113
8. Verfahrensdauer.....	114
9. Folgerungen.....	114
IV. Erschwerung der Verantwortlichkeitsklage.....	116
1. Überblick.....	116
2. Rezeption der Business Judgment Rule.....	117
3. Milderung der Haftung der Revisionsstelle.....	119
4. Geltendmachung im Konkurs der Gesellschaft.....	121
5. Folgerungen.....	123
V. Fazit.....	124
Materialienverzeichnis.....	126
Literaturverzeichnis.....	127

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse

Andreas Heinemann

Inhalt

I.	Einführung.....	136
II.	Fallbeispiel.....	137
	1. Aktivlegitimation.....	138
	2. Passivlegitimation.....	139
	3. Widerrechtlichkeit.....	140
	4. Schaden.....	141
	5. Kausalität.....	142
	6. Verschulden.....	142
	7. Fazit.....	143
III.	Kollektive Klagerechte.....	143
	1. Ausbau der Aktivlegitimation.....	143
	2. Die Notwendigkeit kollektiver Durchsetzungsmechanismen.....	144
	3. Ablehnung in der Botschaft.....	145
	4. Öffnung im Bericht des Bundesrats über kollektiven Rechtsschutz.....	146
	5. Fazit.....	147
IV.	Passivlegitimation.....	147
	1. Haftung der verantwortlichen Individuen.....	147
	a) Normadressat.....	147
	b) Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.....	148
	c) Einwand des passing on?.....	150
	d) Pflicht zur Geltendmachung?.....	151
	2. Haftung der Konzernmutter.....	153
	a) Zivilrechtliche Sichtweise.....	153
	b) Kartellrechtliche Sichtweise.....	153
	c) Diskussion.....	154
	d) Fazit.....	155
V.	Formulierung des Kartellverbots.....	156
VI.	Art und Höhe des Schadenersatzes.....	158
	1. Quantifizierung.....	158
	2. Strafschadenersatz?.....	159
	3. Anrechnung des Schadenersatzes auf die Verwaltungssanktion?.....	159

VII. Verjährung.....	160
1. Verjährungsfrist.....	160
2. Ruhen der Verjährung.....	160
VIII. Prozessuale Verbesserungen.....	161
IX. Aktuelle Entwicklungen.....	162

Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Rolf Sethe*

Inhalt

I.	Einleitung.....	166
II.	Die richterliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden.....	168
1.	Gründe für die Business Judgement Rule.....	168
2.	Der Streit um die Geltung der Business Judgement Rule.....	170
3.	Business Judgement Rule Schweizer Prägung.....	173
a)	Der Begriff des Geschäftsentscheids.....	173
aa)	Definition des Geschäftsentscheids.....	173
bb)	Fallbeispiele.....	174
cc)	Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule.....	175
b)	Ordnungsgemässes Verfahren.....	176
aa)	Auf Grundlage angemessener Informationen.....	176
bb)	Abwägung, formeller Entscheid und Protokoll.....	177
cc)	Frei von Interessenkonflikten.....	178
dd)	Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule.....	179
c)	Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit.....	179
d)	Ordnungsgemässe Umsetzung.....	181
e)	Zwischenfazit.....	181
4.	Schwächen der Business Judgement Rule.....	182
III.	Die Exkulpation durch Beiziehung von Experten.....	185
1.	Vorüberlegungen.....	185
2.	Recht und Pflicht zur Beiziehung von externen Experten.....	187
3.	Rechtsfolgen der Beiziehung eines Experten.....	188
4.	Voraussetzung für eine Exkulpation.....	192
a)	Meinungsstand.....	192
b)	Befugnis zur Einschaltung des Experten.....	193
c)	Auswahl des Experten.....	194
d)	Instruktion des Experten.....	196
e)	Überwachung des Experten.....	198
5.	Alibigutachten.....	199
IV.	Schluss.....	200

Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts

Peter Böckli*

Inhalt

I.	Einleitung.....	205
1.	Zwei Themen in einem	205
2.	Keine Kapitulation vor der Schwierigkeit eines normativen Ansatzes	206
3.	Drei Vorbemerkungen	207
a)	Nomenklatur.....	207
b)	Konzentration auf den klassischen Konzern.....	207
c)	Warnung vor einer Verwechslung des gesellschaftsrechtlichen Konzerns mit dem zur konsolidierten Rechnung führenden Begriff der „kontrollierten Unternehmen“ des Art. 963 OR	208
II.	Rechtliches Verständnis des Konzerns im Konzept der Einordnung der Untergesellschaften in die Unternehmensgruppe.....	210
1.	Der Konzern als Gruppe von Kapitalgesellschaften mit gepooltem Anteilseignerkreis und getrennten Gläubigerkreisen	210
2.	Das Kernelement des Konzerns: Einordnung durch Kompetenzattraktion.....	212
a)	Die Kompetenzattraktion der Obergesellschaft gegenüber den zu 100% beherrschten Untergesellschaften	212
b)	Ist die Kompetenzattraktion vollzogen, ist die Obergesellschaft zur sorgfältigen Ausübung der Konzernleitungsfunktion verpflichtet.....	213
c)	Durch Ausübung der einheitlichen Leitung wird die Obergesellschaft zum faktischen Organ der Untergesellschaften	213
d)	Die Obergesellschaft erteilt die nötigen Konzernweisungen, welche von der in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft umzusetzen sind.....	214
e)	Durch die Einordnung in den Konzern wird die Eigenwirtschaftlichkeit der Untergesellschaft reduziert.....	214

f)	Keine Aufhebung der Gewinnstrebigkeit	215
g)	Die Obergesellschaft muss den Organen der eingeordneten Untergesellschaft eine residuelle Geschäftsführung unter Einhaltung der Rechtsordnung ermöglichen	215
3.	Auswirkung auf die in den Konzern eingeordneten Untergesellschaften	216
a)	Der Verwaltungsrat der eingeordneten Untergesellschaft verliert zufolge der Kompetenzattraktion der Obergesellschaft die mit der Oberleitung verbundenen Kompetenzen	216
b)	Die Residualaufgaben des Verwaltungsrates einer in einen Konzern eingeordneten Untergesellschaft.....	218
III.	Rechtmässigkeit des Konzerns.....	220
1.	Grundsätzliche Rechtmässigkeit des Konzerns und Konzernrealität	220
2.	Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit eines klassischen Konzerns mit einheitlicher Leitung und eingeordneten Untergesellschaften	222
3.	Keine rechtmässige Kompetenzattraktion gegenüber einer Untergesellschaft mit aussenstehenden Aktionären.....	225
IV.	Konzerninteresse versus Einzelgesellschaftsinteresse.....	226
1.	Blick auf die Literatur.....	227
a)	Bejahung eines vorrangigen „Konzerninteresses“.....	227
b)	Verneinung eines übergeordneten „Konzerninteresses“	228
c)	Fazit.....	230
2.	Blick auf die Rechtsprechung	231
3.	Entwicklungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Anerkennung des Begriffs „Gruppeninteresse“?	232
V.	Eigene Sicht in der Frage des „Konzerninteresses“	233
1.	Einschränkung des Klägerkreises: Praktisch nur Gläubiger von konkursiten Ober- oder Untergesellschaften	234
2.	Die Situation in der Obergesellschaft	235
a)	Kapitalzuführung an eine finanziell aufrecht stehende Untergesellschaft	235
b)	Kapitalzuführung an eine überschuldete Untergesellschaft	236
c)	Fazit.....	237
3.	Die Situation in der Untergesellschaft	237
a)	In der finanziell aufrecht stehenden Untergesellschaft	237
b)	In der überschuldeten Untergesellschaft.....	239
c)	Fazit.....	239
VI.	Schlussfolgerung: das vom Konzern geprägte Eigeninteresse der Ober- und der Untergesellschaft	240
	Literaturhinweise.....	242

Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen

Felix Dasser/David Roth

Inhalt

I.	Einleitung.....	248
II.	Materiellrechtliche Ausgangslage.....	251
	1. Rechtsnatur.....	251
	2. Klagelegitimation.....	252
	a) Mittelbarer/Unmittelbarer Schaden.....	252
	b) Die „grosse Gabelung“.....	254
	c) Schematische Darstellung.....	254
III.	Örtliche Zuständigkeiten.....	255
	1. Am Anfang ist der Ort.....	255
	2. Binnenverhältnis.....	256
	a) Art. 40 ZPO.....	256
	b) Gerichtsstand der Streitgenossenschaft.....	258
	c) Gerichtsstandsvereinbarungen.....	258
	d) Ergebnis.....	258
	3. Lugano-Übereinkommen 2007.....	259
	a) Anwendbarkeit.....	259
	b) Zwingende Gerichtsstände.....	261
	c) Vertragsgerichtsstand.....	262
	d) Deliktsgerichtsstand.....	262
	e) Annexgerichtsstand.....	264
	f) Gerichtsstand des Sachzusammenhangs.....	264
	g) Ergebnis.....	266
	4. Übriges internationales Verhältnis.....	267
	a) Lugano-Übereinkommen.....	267
	b) Subsidiär IPR-Gesetz.....	267
	5. Insbesondere Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen.....	269
	a) Binnenverhältnis.....	269
	b) Lugano-Übereinkommen 2007.....	271
	c) Übriges internationales Verhältnis.....	272
	d) Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit im Besonderen.....	273

IV. Handelsgerichtsbarkeit.....	274
1. Sachliche Zuständigkeit.....	274
2. Entfall des Schlichtungsverfahrens.....	275
3. Einfache passive Streitgenossenschaft.....	275
V. Defensivtaktiken.....	276
1. Streitverkündungsklage.....	277
a) Grundsatz.....	277
b) Örtliche Zuständigkeit.....	277
c) Streitverkündungswirkungen.....	278
d) Würdigung.....	279
2. Forum running.....	280
a) Begriff und Zweck.....	280
b) Feststellungsinteresse.....	282
c) Voraussetzungen einer Sperrwirkung.....	283
VI. Verfahrenskosten.....	286
1. Kostenfaktor.....	286
2. Minderung der Kostenrisiken.....	289
a) Klage auf den Gesamtschaden.....	289
b) Kostenverlegung nach Ermessen des Gerichts?.....	289
c) Teilklage.....	290
d) Klage im Ausland.....	292
VII. Zukunftsmusik.....	292
Literaturverzeichnis.....	294