

**Basler Studien
zur Rechtswissenschaft**

Reihe A Privatrecht

Band 134

David Grieder
**Die Rechtsnatur der
aktienrechtlichen
Verantwortlichkeitsklage**

Helbing Lichtenhahn Verlag

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft

David Grieder

Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen
Verantwortlichkeitsklage

Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,
Sabine Gless, Felix Hafner, Lukas Handschin, Peter Jung,
Kurt Pärli, Mark Pieth, Markus Schefer, Ingeborg Schwenzer,
Thomas Sutter-Somm, Daniela Thurnherr, Christa Tobler,
Corinne Widmer Lüchinger, Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe A: Privatrecht

Band 134

David Grieder

Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen
Verantwortlichkeitsklage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4239-4

© 2019 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Lukas Handschin danke ich ganz herzlich für die Unterstützung und Betreuung des Dissertationsprojektes und für die Freiheit, die er mir sowohl bei der Themen- und Schwerpunktwahl als auch bei der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation gewährte. Durch seine hervorragende Lehrtätigkeit an der Universität Basel hat er zudem den ausschlaggebenden Anreiz für ein Dissertationsthema im Bereich des Gesellschaftsrechts geschaffen.

Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Herbert Zech für die Durchführung des Doktoratskolloquiums und meinem Zweitbetreuer Prof. Dr. Peter Jung für die zahlreichen Hinweise und Anregungen zum eingereichten Manuskript.

Herzlicher Dank gebührt meiner Familie, allen voran meiner Frau Dr. Lara Grieder für ihre wertvolle Unterstützung und unermessliche Geduld für das Dissertationsprojekt sowie meinen Eltern Hans und Johanna Grieder für ihre ununterbrochene Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung. Dank gilt auch meinen Schwiegereltern Dres. Tibur und Carol Schmidlin-Clarke für die Betreuung unseres Sohnes Benedict in der Schlussphase des Dissertationsprojektes.

Für die grosszügigen Beiträge an die Drucklegung der vorliegenden Arbeit danke ich der Basler Studienstiftung und dem Werenfels-Fonds der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft Basel.

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind grundsätzlich bis Juni 2018 berücksichtigt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde vereinzelt bis Ende August 2018 nachgeführt.

Basel, im Dezember 2018

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
1. Teil Grundlagen	5
§ 1 Begriffe	5
§ 2 Erster Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	11
§ 3 Gesetzliche Grundlagen	19
§ 4 Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	42
§ 5 Anwendbares Recht und Gerichtsstand	46
2. Teil Voraussetzungen und Abgrenzung der Verantwortlichkeitsklage	49
§ 6 Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsanspruchs	50
§ 7 Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen	68
3. Teil Zweiter Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	85
§ 8 Sachlegitimation, Rechtszuständigkeit und Prozessführungsbefugnis . .	86
§ 9 Sachlegitimation im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	114
§ 10 Kritik an der geltenden Rechtsordnung und den übrigen Theorien	170
§ 11 Auslegung der Rechtsnatur	184
4. Teil Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage de lege ferenda . .	203
§ 12 Interessenlage	204
§ 13 Rechtsschutz und Leistungsdestination	210
§ 14 Lösungsansätze de lege ferenda	213
§ 15 Vorschlag de lege ferenda	242
Schlusswort	289
Abkürzungsverzeichnis	291
Literaturverzeichnis	297
Materialienverzeichnis	313
Sachregister	315

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
1. Teil Grundlagen	5
§ 1 Begriffe	5
I. Begriff der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	5
A. Verantwortlichkeit und Haftung	5
B. Privatrechtliche Verantwortlichkeit	6
1. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit	6
2. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit	6
C. Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit	7
D. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	8
II. Begriff der Rechtsnatur	9
A. Im Allgemeinen	9
B. Rechtsnatur im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	10
1. Klageart	10
2. Umstrittene Aspekte der Rechtsnatur	10
§ 2 Erster Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	11
I. Vorbemerkungen zur Rechtsnatur	11
II. Haftung für den Emissionsprospekt	11
III. Gründungshaftung	12
IV. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation	13
A. Einheitliche Rechtsnatur	13
B. Klage der Gesellschaft und der Konkursverwaltung	13
C. Klage des Aktionärs	16
1. Direkter Schaden	16
2. Indirekter Schaden	16
D. Klage des Gläubigers	16
1. Direkter Schaden	16
2. Indirekter Schaden	17
V. Revisionshaftung	17
VI. Praktische Relevanz des ersten Teilaspekts der Rechtsnatur	17
VII. Fazit	18

§ 3	Gesetzliche Grundlagen	19
I.	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit	19
	A. Anspruchsgrundlagen	19
	B. Weitere Bestimmungen (Art. 756 ff. OR)	19
	1. Ansprüche ausser Konkurs	19
	2. Ansprüche im Konkurs	20
	3. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses	20
	a) Traktandierung	20
	b) Beschlussfassung	21
	(1) Allgemeines	21
	(2) Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs	21
	(3) Ausschluss vom Stimmrecht	22
	c) Gegenstand, Zeit, Personen	23
	d) Wirkungskreis des Entlastungsbeschlusses	25
	e) Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses	27
	4. Solidarität und Rückgriff	28
	a) Differenzierte Solidarität im Aussenverhältnis	28
	(1) Allgemeines	28
	(2) Differenzierte Solidarität	29
	(3) Geltendmachung des Gesamtschadens	29
	b) Rückgriff im Innenverhältnis	31
	5. Verjährung	32
II.	Haftung aus unerlaubter Handlung	33
	A. Vorbemerkungen	33
	B. Voraussetzungen	34
	1. Schaden	34
	a) Begriff	34
	b) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	34
	c) Direkter und indirekter Schaden	34
	d) Schadensberechnung	35
	e) Schadenersatzbemessung	36
	2. Widerrechtlichkeit	36
	a) Begriff	36
	b) Grundsatz: Ersatzfähigkeit direkter Schäden	37
	c) Ausnahme: Ersatzfähigkeit indirekter Schäden	37
	3. Kausalität	37
	4. Verschulden	38
III.	Vertragliche Anspruchsgrundlage	39
IV.	Culpa in contrahendo	40
	A. Allgemeines	40
	B. Voraussetzungen	40
	C. Verjährung	41
	D. Rechtsfolgen	41

§ 4	Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	42
I.	Schadensausgleichsfunktion	42
II.	Präventivfunktion	43
III.	Individualschutzfunktion	43
	A. Direkter Schaden	43
	B. Indirekter Schaden	43
IV.	Eintreibungsfunktion	44
V.	Keine Garantiefunktion	45
§ 5	Anwendbares Recht und Gerichtsstand	46
I.	Anwendbares Recht	46
II.	Gerichtsstand	46
	A. IPRG	46
	B. LugÜ	47
	C. ZPO	48
2. Teil Voraussetzungen und Abgrenzung der Verantwortlichkeitsklage		49
§ 6	Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsanspruchs	50
I.	Voraussetzungen	50
II.	Schaden	50
	A. Definition	50
	1. Schadensbegriff	50
	2. Direkter und indirekter Schaden	50
	a) Allgemeines	50
	b) Direkter Schaden	51
	c) Indirekter Schaden	51
	B. Schaden der Gesellschaft	52
	1. Direkter Schaden	52
	a) Allgemeines	52
	b) Fortführungsschaden	52
	2. Indirekter Schaden	53
	3. Schadensberechnung	54
	a) Allgemeines	54
	b) Ersatzfähiger Schaden	54
	c) Berechnung des Fortführungsschadens	54
	4. Schadenersatzbemessung	56
	C. Aktionärsschaden	56
	1. Direkter Schaden	56
	2. Indirekter Schaden	57
	D. Gläubigerschaden	58
	1. X. Corporation-Praxis	58
	2. Aktuelle Praxis	60
	a) Direkter Schaden	60
	b) Indirekter Schaden	61

III.	Pflichtverletzung und Widerrechtlichkeit	62
A.	Vorbemerkungen	62
B.	Pflichtverletzungen und Widerrechtlichkeit im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	63
1.	Prospekthaftung	63
2.	Gründungshaftung	63
3.	Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation	64
4.	Revisionshaftung	64
C.	Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung	65
IV.	Kausalität	65
V.	Verschulden	66
§ 7	Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen	68
I.	Vorbemerkungen	68
II.	Haftung aus unerlaubter Handlung	68
III.	Haftung aus culpa in contrahendo	70
IV.	Rückerstattungsklage	71
V.	Paulianische Anfechtung	72
A.	Allgemeines	72
1.	Zweck	72
2.	Anfechtbare Rechtshandlungen	72
3.	Aktivlegitimation	73
4.	Wirkungen	73
B.	Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	73
1.	Schaden der Konkursgläubiger	73
a)	Identische Schäden	75
b)	Schaden der Konkursgläubiger ohne Gesellschaftsschaden	75
c)	Nicht identische Schäden	76
d)	Schaden des Neugläubigers	76
(1)	Ohne Gesellschaftsschaden	76
(2)	Mit Gesellschaftsschaden	77
2.	Anfechtbare Rechtshandlung und aktienrechtliche Pflichtwidrigkeit	77
a)	Anfechtbare Rechtshandlungen	77
b)	Verhältnis zu aktienrechtlichen Pflichten	78
(1)	Gleichbehandlungs- und Sorgfaltspflicht	78
(2)	Anzeigepflichten	79
c)	Verhältnis zu den Betreibungs- und Konkursdelikten	80
3.	Subsidiarität der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage?	82
C.	Fazit	84

3. Teil Zweiter Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	85
§ 8 Sachlegitimation, Rechtszuständigkeit und Prozessführungsbefugnis	86
I. Rechtszuständigkeit	86
II. Prozessführungsbefugnis	86
III. Sachlegitimation	87
A. Vorbemerkungen	87
B. Sachlegitimation im Sinne von Rechtszuständigkeit	89
1. Allgemeines	89
2. Offenlegungspflicht der Prozesstandschaft?	90
3. Würdigung	91
C. Sachlegitimation als Begriff für die richtigen Parteien	92
1. Gleichsetzung von Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis?	94
2. Sachlegitimation als Oberbegriff	94
D. Lehre und Rechtsprechung	95
1. Rechtsprechung	95
2. Lehre	97
E. Stellungnahme	98
F. Fazit	99
IV. Prozesstandschaft	101
A. Vorbemerkungen	101
B. Begriff	101
C. Gesetzliche und gewillkürte Prozesstandschaft	102
D. Prozessführungsbefugnis	102
E. Verfügungsbefugnis	103
1. Begriff	103
2. Verfügungsbefugnis im ausserprozessualen Verhältnis	103
3. Verfügungsbefugnis im Prozessverhältnis	104
F. Pflichten des Prozesstandschafters	105
G. Einreden und Einwendungen	105
1. Grundsatz	105
2. Verrechnung	106
a) Allgemeines	106
b) Verrechnung im Prozess	106
c) Ausserprozessuale Verrechnung	107
d) Verrechnung im Konkurs	108
H. Widerklage	108
1. Klage gegen den materiell Berechtigten	108
2. Klage gegen den Prozesstandschafter	109
a) Forderung gegen den materiell Berechtigten	109
b) Forderung gegen den Prozesstandschafter	110

3. Zusammenfassung	110
I. Rechtshängigkeit und Rechtskraft	111
1. Parteiidentität bei der materiellen Rechtskraft	112
2. Parteiidentität bei der Rechtshängigkeit	112
V. Stellvertretung im Prozess	112
§ 9 Sachlegitimation im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	114
I. Vorbemerkungen	114
II. Sachlegitimation ausserhalb des Konkurses	114
A. Sachlegitimation der Gesellschaft	114
1. Entstehung des Anspruchs	114
a) Allgemeines	114
b) Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung	114
2. Durchsetzung des Anspruchs	117
a) Beschluss des Verwaltungsrates	117
b) Beschluss der Generalversammlung	117
c) Rechtshängigkeit	119
d) Teilnahme am Verantwortlichkeitsprozess	119
e) Wirkungen von Entscheid und Vergleich	119
B. Sachlegitimation der Gläubiger	122
1. Direkter Schaden	122
2. Indirekter Schaden	122
a) Grundsatz: Keine Sachlegitimation ausserhalb des Konkurses	122
b) Sachlegitimation aus indirektem Schaden der Gläubigergemeinschaft?	123
c) Sachlegitimation aus indirektem Schaden im Rahmen der Rückerstattungsklage de lege ferenda	124
C. Sachlegitimation der Aktionäre und Partizipanten	125
1. Direkter Schaden	125
2. Indirekter Schaden	126
a) Allgemeines	126
b) Theorie des materiellen Forderungsrechts	128
c) Theorie der Prozessstandschaft	131
III. Sachlegitimation im Konkurs	133
A. Ausgangslage	133
1. Rechtsträgerschaft der Gesellschaft	134
2. Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis der Konkursmasse	135
3. Einredeordnung	136
B. Sachlegitimation der Gesellschaft	136
1. Ablösungstheorie	136
2. Raichle-Entscheid (aufgegebene Praxis)	140
3. Biber-Praxis	141

4.	Einredeordnung	142
5.	Wirkungen von Entscheid und Vergleich	144
C.	Sachlegitimation der Gläubiger	145
1.	Direkter Schaden	145
a)	Allgemeines	145
b)	Biber-Praxis	145
(1)	Einschränkung der Aktivlegitimation	145
(2)	Materiellrechtliche Einschränkung	146
(3)	Einschränkung der Klagbarkeit	147
c)	Ausschliessliche Gläubigerschädigung	148
d)	Exklusive Gläubiger- und Aktionärsschutznormen	149
e)	Unerlaubte Handlung	150
f)	Culpa in contrahendo	151
2.	Indirekter Schaden	152
a)	Allgemeines	152
b)	Verhältnis zwischen Art. 757 Abs. 2 und Abs. 3 OR	152
(1)	Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG	153
(2)	Art. 757 Abs. 2 OR	155
(3)	Zwischenfazit	157
c)	Einredeordnung	158
d)	Liquidation der Gesellschaft und Löschung aus dem Handelsregister	159
e)	Wirkungen von Entscheid und Vergleich	162
D.	Sachlegitimation der Aktionäre	162
1.	Direkter Schaden	162
2.	Indirekter Schaden	163
E.	Theorie der Doppelnatur und Theorie der Prozessstandschaft	164
1.	Theorie der Doppelnatur	164
a)	Vorbemerkungen	164
b)	Prozessführungsbefugnis	164
c)	Schaden	165
d)	Einreden und Einwendungen	166
e)	Wirkungen von Rechtshängigkeit sowie Entscheid und Vergleich	167
2.	Theorie der Prozessstandschaft	168
§ 10	Kritik an der geltenden Rechtsordnung und den übrigen Theorien	170
I.	Vorbemerkungen	170
II.	Würdigung der einzelnen Theorien zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage	170
A.	Würdigung der Bundesgerichtspraxis	170
1.	Kritik der Lehre an der Raschein-Praxis	170
a)	Fehlende gesetzliche Grundlage	170

b)	Ausweitung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung	171
c)	Beschränkte Wirkung	171
d)	Dogmatische Probleme der Gläubigergesamtheit	171
2.	Kritik der Lehre an der Biber-Praxis	172
a)	Fehlende gesetzliche Grundlage	173
b)	Kein Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat	173
c)	Beschränkte Wirkungen	174
d)	Uneinheitliche Anforderungen an die Widerrechtlichkeit	174
e)	Uneinbringlichkeit als Prämisse	174
f)	Umverteilung der Schadenersatzleistung	174
(1)	Ausgangslage	175
(2)	Identische Forderungen	175
(3)	Nicht identische Forderungen	175
(4)	Fazit	176
3.	Befürwortende Stimmen in der Lehre	177
4.	Würdigung	178
B.	Würdigung der Theorie der Prozessstandschaft	178
C.	Würdigung der Theorie des materiellen Forderungsrechts/Theorie der Doppelnatur	179
III.	Zusammenfassung der Problembereiche	180
A.	Kosten	180
B.	Uneinbringlichkeit der Schadenersatzforderungen?	181
C.	Einredeordnung	182
D.	Mehrfache Klagen und widersprüchliche Entscheide	183
§ 11	Auslegung der Rechtsnatur	184
I.	Vorbemerkungen	184
II.	Auslegungsmethodik	184
III.	Grammatikalische Auslegung	185
IV.	Historische Auslegung	186
V.	Systematische Auslegung	187
VI.	Teleologische Auslegung	188
A.	Ausserhalb des Konkurses	188
B.	Im Konkurs	189
C.	Zwischenfazit	190
VII.	Vergleichbare Klagen des Privatrechts	190
A.	Actio pro socio	190
1.	Allgemeines	190
2.	Rechtsnatur	191
3.	Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?	193
B.	Rückerstattungsklage	194

1.	Allgemeines	194
2.	Rechtsnatur	194
a)	Doktrin	194
b)	Hinweise aus der Gesetzgebung	195
(1)	Botschaft zum geltenden Recht	195
(2)	Materialien zur laufenden Aktienrechtsrevision	196
3.	Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?	196
C.	Ausgewählte Klagen des FusG	196
1.	Klage auf angemessene Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG	196
a)	Allgemeines	196
b)	Rechtshängigkeit und Rechtskraft	197
c)	Kosten	197
d)	Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?	198
2.	Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG	198
D.	Ausgewählte Klagen des KAG	198
1.	Rückerstattungsklage gemäss Art. 85 KAG	198
2.	Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 145 KAG	199
E.	Paulianische Anfechtung	200
F.	Vertrag zugunsten eines Dritten	200
VIII.	Würdigung	201
4. Teil	Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage de lege ferenda	203
§ 12	Interessenlage	204
I.	Vorbemerkungen	204
II.	Interessen der Gesellschaft	205
III.	Interessen der Aktionäre	206
A.	Allgemeines	206
B.	Interessen der klagewilligen Minderheitsaktionäre	207
C.	Interessen der nicht klagewilligen Minderheitsaktionäre	207
IV.	Interessen der Gesellschaftsgläubiger	207
A.	Interessen der indirekt geschädigten Gläubiger	207
B.	Interessen der direkt geschädigten Gläubiger	208
V.	Interessen der Verantwortlichen	208
VI.	Interessen der Allgemeinheit	208
VII.	Fazit	209
§ 13	Rechtsschutz und Leistungsdestination	210
I.	Vorbemerkungen	210
II.	Rechtsschutz	210
III.	Leistungsdestination	210

IV.	Verhältnis von Rechtsschutz und Leistungsdestination	212
V.	Fazit	212
§ 14	Lösungsansätze de lege ferenda	213
I.	Vorbemerkungen	213
II.	Vorschläge zur Beseitigung der Kostenproblematik	213
	A. Vorentwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung	213
	B. Übertragung der Kosten auf die Gesellschaft	214
	1. Kostenverteilung nach Ermessen des Gerichts	214
	2. Kostenanlastungsverfahren	215
	C. Anteilige Kostenverteilung	218
	1. Allgemeines	218
	2. Kollektive Leistungsdestination	218
	3. Individuelle Leistungsdestination	219
	D. Kostenübernahme durch den Staat	219
	1. Unentgeltliches Verfahren	219
	2. Kostenübernahme im Einzelfall	220
	3. Zwischenfazit	221
	E. Fazit	221
III.	Abschaffung der Aktionärsklage	222
IV.	Stärkung der Aktionärsrechte	222
	A. Vorbemerkungen	222
	B. Quorum für den Beschluss betreffend die Entlastung und die Klageanhebung	223
	C. Einseitige Rechtskrafterstreckung	224
	1. Allgemeines	224
	2. Vor- und Nachteile der Rechtskrafterstreckung	225
	3. Fazit	226
	D. Vorabbefriedigungsrecht	226
	1. Allgemeines	226
	2. Bedenken betreffend Kapitalschutz und Aktionärsgleichbehandlung	227
	3. Zweistufiges Verfahren	227
	4. Vorabbefriedigungsrecht in der Aktienrechtsreform	228
	5. Fazit	228
V.	Verfahrenskoordination	229
	A. Vorbemerkungen	229
	B. Zivilprozessuale Lösungen	229
	1. Kollektiver Rechtsschutz	229
	a) Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz	229
	b) Vorentwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung	231
	(1) Gruppenvergleichsverfahren	231
	(2) Reparatatorische Verbandsklage	232

(3) Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage	233
(4) Anpassungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage	235
2. Klagezulassungsverfahren	236
C. Materiellrechtliche Verfahrenskoordination	238
VI. Kodifikation der Bundesgerichtspraxis	239
VII. Fazit	240
§ 15 Vorschlag de lege ferenda	242
I. Vorbemerkungen	242
II. Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination	242
A. Allgemeines	242
B. Ausserhalb des Konkurses	243
1. Ansprüche aus bekannten Tatsachen	243
2. Ansprüche aus unbekanntem Tatsachen	244
a) Allgemeines	244
b) Ablösung des Gesellschaftsanspruchs durch Verwirkung	244
c) Ablösung des Gesellschaftsanspruchs durch Entlastung	244
C. Im Konkurs	246
1. Allgemeines	246
2. Ansprüche der Aktionäre im Konkurs?	246
3. Zeitpunkt der Ablösung des Gesellschaftsanspruchs	247
a) Ablösung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung	247
b) Ablösung im Zeitpunkt des Verzichts	248
c) Fazit	248
4. Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung rechtshängige Verfahren	249
D. Verfahrenskoordination	249
1. Sistierung, Verfahrensüberweisung und -vereinigung	249
a) Allgemeines	249
b) Überweisung der Verfahren	250
c) Vereinigung der Verfahren	251
d) Sistierung der Verfahren	251
2. Streitgenossenschaft	252
a) Allgemeines	252
b) Notwendige Streitgenossenschaft?	252
c) Einfache Streitgenossenschaft?	252
d) Zwischenfazit	253
e) Uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft	253
f) Keine Solidarhaftung für Prozesskosten	254
g) Fazit	254
3. Schlichtungsverfahren	254

III.	Vorschlag Gesetzestext	255
	A. Gesetzestext	255
	B. Erläuterungen	257
	1. Vorbemerkungen	257
	2. Art. 756 V-OR: Anspruch der Gesellschaft ausserhalb des Konkurses	257
	a) Abs. 1: Frist zur Beschlussfassung über die Entlastung	257
	b) Abs. 2: Verwirkung des Gesellschaftsanspruchs	258
	c) Abs. 3: Wirkung der Entlastung nur für bekanntgegebene Tatsachen	258
	d) Abs. 4: Frist zum Beschluss über die Klageanhebung	259
	3. Art. 757 V-OR: Ansprüche der Aktionäre ausserhalb des Konkurses	260
	a) Abs. 1: Entstehung der anteiligen Ansprüche der Aktionäre	260
	b) Abs. 2: Frist zur Prozesseinleitung	261
	c) Einwilligung und Vergleich	262
	4. Art. 758 V-OR: Ansprüche im Konkurs	263
	a) Abs. 1: Verwirkung der Gesellschaftsansprüche	263
	b) Abs. 2: Entstehung der anteiligen Ansprüche der Gläubiger	263
	c) Abs. 3: Aktivlegitimation der Konkursmasse	264
	d) Abs. 4: Verzicht durch die Konkursverwaltung	265
	e) Abs. 5: Frist zur Prozesseinleitung	266
	5. Verjährung	267
IV.	Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Lösung	268
	A. Vorbemerkungen	268
	B. Vorteile	269
	1. Übereinstimmung der Interessen	269
	2. Senkung der Kostenrisiken	270
	3. Einreedeordnung	270
	a) Ausserhalb des Konkurses	270
	b) Im Konkurs	271
	4. Verfahrenskoordination	271
	5. Kollektiver Rechtsschutz de lege ferenda	272
	6. Weitere Vorteile	273
	C. Nachteile und Risiken	273
	1. Präventivfunktion	273
	2. Einzelne Probleme im Konkurs der Gesellschaft	274
	a) Verzicht der Gläubigergesamtheit als Voraussetzung	274
	b) Neue Tatsachen ohne Konkursverfahren	275
	c) Keine Klage auf Ersatz des Gesamtschadens	275

3.	Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr	276
a)	Bedenken der Lehre und Rechtsprechung zur individuellen Leistungsdestination	276
b)	Verbot der Einlagerückgewähr	277
c)	Keine verbotene Einlagerückgewähr bei Deckung des geschützten Gesellschaftsvermögens	277
d)	Schadenersatzzahlung an die Aktionäre als verbotene Einlagerückgewähr	279
e)	Umgehung der verbotenen Einlagerückgewähr	279
f)	Fazit	281
4.	Ungewollte steuerrechtliche Anreize	281
5.	Missbräuchliche Klagen	283
6.	Verfahrensrechtliche Probleme	283
V.	Zusammenfassung	284
A.	Einzelne Lösungsansätze	284
B.	Vorschlag de lege ferenda	285
1.	Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination	285
2.	Zeitpunkt des Übergangs und Klagefrist	285
3.	Einredeordnung und Kostenrisiko	286
4.	Verfahrenskoordination	286
C.	Vor- und Nachteile	286
	Schlusswort	289
	Abkürzungsverzeichnis	291
	Literaturverzeichnis	297
	Materialienverzeichnis	313
	Sachregister	315

Einleitung

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage und der ihr zugrunde liegende Verantwortlichkeitsanspruch zeichnen sich durch materiellrechtliche und prozessrechtliche Besonderheiten aus, welche kaum mit anderen Klagen und Ansprüchen des Privatrechts vergleichbar sind.

Gemäss Art. 756 Abs. 1 OR sind die Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft. Auch im Konkurs der Gesellschaft sind die Aktionäre und Gläubiger berechtigt, die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend zu machen, sofern die Konkursverwaltung darauf verzichtet. Die klagenden Gläubiger dürfen das Ergebnis vorab zur Deckung ihrer Forderungen verwenden. Die klagenden Aktionäre nehmen im Ausmass ihrer Beteiligung am Überschuss teil. Der Rest fällt in die Konkursmasse.

Die Frage der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage beschäftigt sich mit zwei Teilaspekten. Zum einen geht es um die Frage, ob die einzelnen Ansprüche deliktische, vertragliche oder eigenständige Haftungsnormen ex lege darstellen. Der zweite Aspekt und Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist die Frage, ob sich die Klage der Aktionäre und Gläubiger aus Art. 756 f. OR auf ein materielles Forderungsrecht oder auf eine Prozessstandschaft stützt. Klagen die Aktionäre und Gläubiger also eigene materielle Ansprüche ein oder steht ihnen lediglich die Prozessführungsbefugnis zur Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs zu?

Diese Frage war in Lehre und Rechtsprechung lange Zeit umstritten. Zunehmend gefestigt war die Rechtsprechung Ende der 80er Jahre. Sie hatte sich der Theorie des materiellen Forderungsrecht bzw. der Doppelnatur der Klage im Konkurs angeschlossen, wonach den Aktionären und Gläubigern eigene materielle Forderungsrechte zustehen. Die Konkursverwaltung konnte ihre Klage sowohl auf den Anspruch der Gesellschaft als auch auf die einzelnen Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger stützen, was zu einer erheblichen Einschränkung der zulässigen Einreden und Einwendungen seitens der Verantwortlichen führte. Die Konkursgläubiger waren damit vor Einreden und Einwendungen geschützt, welche die Organe der Gesellschaft zulasten der Gläubiger begründet hatten.

Mit einem Entscheid aus dem Jahr 1991 hat das Bundesgericht die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage im Konkurs apodiktisch festgestellt und sich damit von der früheren Rechtsprechung, den beiden etablierten Theorien sowie teilweise auch vom Wortlaut des Gesetzes losgesagt. Mit der *Raschein-Praxis* bzw. der *Ablösungstheorie* stützt sich die Klage der Konkursverwaltung und

der Gesellschaftsgläubiger fortan auf einen *einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit*, welche eine differenzierte Einredeordnung erlaubt. Weitere Leitentscheide haben zwischenzeitlich zu einer etablierten Praxis geführt, welche trotz der dogmatischen Bedenken vermehrt Zuspruch in der Lehre erhalten hat und inzwischen als geltendes Richterrecht akzeptiert wird.

Es ist jedoch festzustellen, dass sämtliche Theorien mit zahlreichen Problemen behaftet sind, welche auf das komplexe Zusammenspiel zwischen Aktienrecht, Zivilprozessrecht sowie Konkurs- und Konkursverfahrensrecht zurückzuführen sind. Die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage wird zudem durch eine äusserst uneinheitliche Verwendung des Begriffs *Sachlegitimation* und der damit verbundenen Begriffe *Prozessführungsbefugnis*, *Rechtszuständigkeit* und *Prozessstandschaft* erschwert.

Nebst der Beschreibung der Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der eigentlichen Untersuchung der Rechtsnatur legt die vorliegende Arbeit Gewicht auf die Zusammenfassung der Schwachstellen und Problembereiche der einzelnen Theorien zur Rechtsnatur und auf die möglichen Lösungsansätze *de lege ferenda*.

Die Arbeit gliedert sich zu diesem Zweck in vier Teile. Zur Eingrenzung der Frage nach der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage befasst sie sich im 1. Teil zunächst mit den Begriffen *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* und *Rechtsnatur* (1. Teil, § 1). In diesem Zusammenhang wird die hier interessierende zivilrechtliche Verantwortlichkeit von der öffentlich-rechtlichen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit abgegrenzt. Anschliessend werden die einzelnen Anspruchsgrundlagen bereits dahingehend untersucht, ob es sich dabei um vertragliche, ausservertragliche oder eigenständige gesetzliche Ansprüche handelt (1. Teil, § 2). Darauf folgend werden die gesetzlichen Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sowie verwandte Haftungsgrundlagen wie die Haftung aus unerlaubter Handlung, die vertragliche Haftung und die Haftung aus culpa in contrahendo aufgezeigt (1. Teil, § 3). Weiter wird ein Überblick über die durch das Verantwortlichkeitsrecht zu erfüllenden Funktionen (1. Teil, § 4) gegeben. Diese sind namentlich für die Auslegung der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage (§ 11) und deren mögliche Ausgestaltung *de lege ferenda* (4. Teil) von grosser Bedeutung. Schliesslich werden das anwendbare Recht und der Gerichtsstand (1. Teil, § 5) beschrieben. Im 2. Teil werden die spezifischen Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (2. Teil, § 6) aufgezeigt und der Verantwortlichkeitsanspruch von anderen Anspruchsgrundlagen abgegrenzt (2. Teil, § 7).

Besonderes Gewicht kommt der Untersuchung der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zu, mit welcher sich der 3. Teil befasst. Da-

bei werden zunächst die Sachlegitimation, die Rechtszuständigkeit und die Prozessführungsbefugnis im Allgemeinen untersucht (3. Teil, § 8). Im Anschluss wird die Sachlegitimation im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage beschrieben, wobei zwischen der Situation ausserhalb des Konkurses und im Konkurs zu differenzieren ist (3. Teil, § 9). Separat aufgezeigt und zusammengefasst werden die einzelnen Kritikpunkte und Probleme, welche sich aus der Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und den übrigen Theorien ergeben (3. Teil, § 10). Schliesslich wird die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage durch Auslegung der einschlägigen Bestimmungen ermittelt (3. Teil, § 11).

Der 4. Teil dieser Arbeit befasst sich mit der möglichen Ausgestaltung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage *de lege ferenda*. Dazu werden zunächst die Interessen der potentiell beteiligten oder anderweitig betroffenen Personen bzw. Personengruppen aufgezeigt (4. Teil, § 12). Ebenso sind vorab die Begriffe *Rechtsschutz* und *Leistungsdestination* zu erläutern, welche *de lege ferenda* von grosser Bedeutung sein können (4. Teil, § 13). Anschliessend werden einzelne Lösungsansätze aufgezeigt, welche z. T. bereits in der Lehre, der Rechtsprechung oder im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen wurden (4. Teil, § 14). Zum Abschluss wird basierend auf den vorangehenden Ergebnissen der Versuch gewagt, einen ausformulierten Gesetzestext als Lösungsvorschlag zu präsentieren (4. Teil, § 15).

1. Teil Grundlagen

§ 1 Begriffe

I. Begriff der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

A. Verantwortlichkeit und Haftung

In der älteren Lehre wurde zwischen den Begriffen *Haftung* und *Verantwortlichkeit* differenziert. Der Begriff *Haftung* ist allgemeiner und bedeutet, dass eine Person für eigenes oder fremdes Verhalten einzustehen hat.¹ Sie ist die Verpflichtung zur Wiedergutmachung des erlittenen Schadens mittels Vermögenswerten.² Verantwortlichkeit bedeutet, dass eine Person für ihre Handlungen und die sich daraus ergebenden Folgen einstehen muss.³ Die neuere Lehre unterscheidet nicht mehr zwischen Verantwortlichkeit und Haftung.⁴ Auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird keine Differenzierung zwischen den beiden Begriffen vorgenommen.

Im engeren Sinn stellt die aktienrechtliche Verantwortlichkeit Haftpflichtrecht dar.⁵ Das Verhalten der verantwortlichen Person kann allerdings auch Folgen haben, die über die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht hinausgehen. Die Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht kann nämlich zugleich auch eine öffentlich-rechtliche oder strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.⁶

Im Sinne eines Überblicks wird im Folgenden auf die privatrechtliche, die öffentlich-rechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit kurz eingegangen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit steht die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Zentrum. Einzelne Verantwortlichkeitstatbestände ausserhalb des Aktienrechts werden hinten zur rechtsvergleichenden Auslegung der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit herangezogen und näher beschrieben.⁷

¹ BÜHLER, Kausalität, 79; HASENBÖHLER, 9 f.; SCHIESS, 2.

² HASENBÖHLER, 10; SCHIESS, 1.

³ SCHIESS, 1.

⁴ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 6.

⁵ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 5. Zur privatrechtlichen Verantwortlichkeit sogleich hinten N 4 ff.

⁶ Zur öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit hinten N 11 ff. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit hinten N 14 ff.

⁷ Hinten N 648 ff.

B. Privatrechtliche Verantwortlichkeit

1. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit

- 4 Das Gesellschaftsrecht kennt diverse Vorschriften, welche eine Verantwortlichkeit bestimmter Personen vorsehen. So regeln Art. 536–538 OR die Verantwortlichkeit der Gesellschafter im Innenverhältnis der einfachen Gesellschaft.⁸ Art. 769 OR beschäftigt sich mit der Verantwortlichkeitsklage der Aufsichtsstelle der Kommanditaktiengesellschaft. Art. 827 OR verweist hinsichtlich der Verantwortlichkeit im Rahmen der GmbH auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Art. 916–920 OR regeln schliesslich die Verantwortlichkeit im Rahmen der Genossenschaft, wobei Art. 920 OR betreffend die Kreditgenossenschaften und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften direkt auf die Bestimmungen des Aktienrechts verweist.
- 5 Weitere Verantwortlichkeitstatbestände sind in anderen Gesetzen enthalten. So regeln Art. 108 FusG die Verantwortlichkeit im Rahmen einer Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung und Art. 145 KAG die Verantwortlichkeit bei den kollektiven Kapitalanlagen.⁹ Auch hinsichtlich der mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie der Experten für berufliche Vorsorge existiert mit Art. 52 BVG ein spezialgesetzlicher Verantwortlichkeitstatbestand.¹⁰ Art. 39 BankG verweist betreffend die Verantwortlichkeit der Gründer einer Bank,¹¹ der Organe für die Geschäftsführung, Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie der von der Bank ernannten Liquidatoren auf die Bestimmungen des Aktienrechts.

2. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

- 6 Unter dem Begriff der *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit* wird die persönliche Haftung von Personen verstanden, welche in bestimmter Art und Weise für die Aktiengesellschaft tätig werden.¹² Sie trifft die handelnden natürlichen oder juristischen Personen, nicht jedoch das Organ, in welchen sie tätig sind.¹³
- 7 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist im sechsten Abschnitt des Aktienrechts (Art. 752–761 OR) geregelt, wobei die eigentlichen Haftungstatbestände bzw. Anspruchsgrundlagen in Art. 752–755 OR unter A. *Haftung* be-

⁸ Zur *actio pro socio*, welche nicht im Gesetz erwähnt wird, hinten N 649 ff.

⁹ Zu Art. 108 FusG hinten N 679. Zu Art. 145 KAG hinten N 683 ff.

¹⁰ Zur privatrechtlichen Qualifikation von Art. 52 BVG FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 1114 in fine.

¹¹ Ausgenommen sind die Privatbankiers, deren zivilrechtliche Verantwortlichkeit sich gemäss Art. 38 Abs. 1 BankG nach den Vorschriften des OR richtet.

¹² WEBER, *Stolpersteine*, 165; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 3 und N 5.

¹³ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 68; FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 6 m.w.H.

geschrieben werden. Im Anschluss folgen die Vorschriften zum Schaden der Gesellschaft sowie zu den Modalitäten der Geltendmachung (Art. 756–760 OR).

Die gesetzliche Ordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist grundsätzlich zwingender Natur und kann deshalb weder statutarisch noch vertraglich zugunsten der Verantwortlichen abgeändert werden.¹⁴

Nicht zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gehört die Haftung aus Art. 722 OR, obwohl diese im (ausschliesslich deutschsprachigen)¹⁵ Randtitel als *VI. Haftung der Organe*¹⁶ bezeichnet wird. Art. 722 OR regelt vielmehr als aktienrechtliche Spezialnorm zu Art. 55 Abs. 2 ZGB¹⁷ die Haftung der Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubter Handlung ihrer Organe. In der laufenden Aktienrechtsrevision ist vorgesehen, dass der Randtitel künftig *VII. Haftung für Organe* lautet.¹⁸

Sofern im Rahmen der vorliegenden Arbeit von *Verantwortlichkeit*, *Verantwortlichkeitsanspruch* und *-klage* gesprochen wird, ist darunter jeweils die vorne beschriebene *aktienrechtliche* Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 752–760 OR zu verstehen. Des Weiteren werden im Rahmen dieser Arbeit sämtliche Personen, die potentiell der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen als *Verantwortliche* bezeichnet bzw. zusammengefasst.¹⁹

C. Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit

Neben der privatrechtlichen Verantwortlichkeit kann sich eine persönliche Haftung auch aus dem öffentlichen Recht ergeben. Dabei stehen v.a. Haftungsgrundlagen aus dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht im Vordergrund.

So sehen Art. 55 DBG, Art. 15 VStG, Art. 15 MWSTG sowie Art. 8 TStG in bestimmten Situationen eine solidarische Mithaftung der Verantwortlichen vor, wobei kein Verschulden vorausgesetzt ist. Die Verantwortlichen können sich exkulpieren: «[...] soweit sie nachweisen, dass sie alles ihnen Zumutbare zur Fest-

¹⁴ BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, 65; FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 593. Eine Verschärfung durch Auferlegung zusätzlicher Pflichten ist zulässig. Dazu BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit*, 66; FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 593a m.w.H.

¹⁵ Der französische Randtitel lautet: *VI. Responsabilité pour les organes*. Noch präziser lautet der italienische Randtitel: *VI. Responsabilità per il fatto degli organi*.

¹⁶ Vor Inkrafttreten der Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) am 1. Januar 2008 noch als *VI. Organhaftung* betitelt.

¹⁷ KUKO OR-SUNARIC, Art. 722, N 1.

¹⁸ Art. 722 E-OR 2016; Botschaft 2016, 573.

¹⁹ Zum Kreis der möglichen Verantwortlichen FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 6 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 6 ff.; FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 7; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 291 f.

stellung und Erfüllung der Steuerforderung getan [...]»²⁰ bzw. «[...] alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet [haben].»²¹ Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht sind jedoch relativ hoch.²²

- 13 Drastischer erscheint die Haftung für Sozialversicherungsabgaben. Die Haftungsgrundlage in Art. 52 AHVG ist sinngemäss auf die meisten anderen Sozialversicherungsabgaben anwendbar.²³ Danach hat ein Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen, den er durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung verursacht hat. Bei juristischen Personen als Arbeitgeber haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen.²⁴ Trotz der Beschränkung des Verschuldens auf Absicht oder Grobfahrlässigkeit wird diese Bestimmung durch die Rechtsprechung faktisch zu einer Kausalhaftung.²⁵

D. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

- 14 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit unterscheidet sich wesentlich von der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit.
- 15 Die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitstatbestände enthalten zum einen keine pönalen Elemente, sondern sind v.a. auf den Schadensausgleich und eine präventive Wirkung ausgerichtet.²⁶ Die Strafbarkeit einer Handlung eines präsumtiv Verantwortlichen setzt eine qualifizierte Pflichtverletzung voraus, die i.d.R. höhere Anforderungen an die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen muss als bei den privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen. Dementsprechend begründet nicht jedes pflichtwidrige Verhalten eine strafrechtliche Verantwortlichkeit.²⁷ Umgekehrt wird i.d.R. eine privatrechtliche und/oder öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit gegeben sein, wenn eine strafbare Handlung zu einem Schaden geführt hat. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ohne zivilrechtliche Schadenersatzfolgen kann sich bei

²⁰ Art. 15 Abs. 2 VStG; Art. 8 Abs. 2 TStG; Art. 15 Abs. 2 MWSTG. Vgl. die Ausführungen bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 372 ff.

²¹ Art. 55 Abs. 1 DBG.

²² Vgl. Urteil des BGer 2C_472/2015 vom 14. September 2016, E. 3.4.

²³ Verweise finden sich namentlich in Art. 66 IVG, Art. 21 Abs. 2 EOG, Art. 25 lit. c FamZG sowie Art. 25 Abs. 3 FLG.

²⁴ Art. 52 Abs. 2 AHVG.

²⁵ Urteil des BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016, E. 5.4 f.; BGE 119 V 401, 408, E. 4d) (= Pra 84 [1995] Nr. 90); BGE 108 V 199, 202 f., E. 3a); FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 229 f.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 284; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 85 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 38, N 11 ff.; FORSTMOSER, Alter Wein, 32, insb. FN 136; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1081 ff.

²⁶ Zu den einzelnen Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hinten N 125 ff.

²⁷ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 342.

blossen Tätigkeitsdelikten ergeben oder, wenn bereits der Versuch eines Deliktes zu Sanktionen führt,²⁸ ohne dass dadurch ein Schaden eingetreten ist.

Zum anderen lässt sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit kaum vom übrigen Strafrecht abgrenzen. Im Grunde genommen kann sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit aus einer beliebigen strafrechtlichen Bestimmung ergeben.²⁹

Im Vordergrund stehen jedoch *strafbare Handlungen gegen das Vermögen*³⁰ und *Urkundenfälschung*,³¹ was damit zusammenhängt, dass sich auch die privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit i.d.R. aus reinen Vermögensschäden ergeben. Es kann diesbezüglich auf die Auflistungen wichtiger Tatbestände in der Lehre verwiesen werden.³²

Des Weiteren sind spezialgesetzliche Tatbestände des Steuerrechts³³ und des Verwaltungsstrafrechts³⁴ zu berücksichtigen.

Vorgängig zur Eröffnung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens werden schliesslich die Konkursdelikte³⁵ aktuell. Auf diese wird hinten bei der Abgrenzung zur paulianischen Anfechtung zurückzukommen sein.³⁶

II. Begriff der Rechtsnatur

A. Im Allgemeinen

Unter dem Begriff *Rechtsnatur* sind bestimmte *Eigenschaften* eines Rechtsinstituts zu verstehen.³⁷ Die Rechtsnatur eines Vertrages kann sich namentlich auf die Frage beziehen, ob dieser gesetzlich geregelt ist (Nominat- oder Innominatvertrag) oder einseitig, zweiseitig oder mehrseitig ist. Bei der Rechtsnatur von Ansprüchen können negatorische und reparatorische Ansprüche unterschieden werden, wobei letztere wiederum in vertragliche, vertragsähnliche und deliktische Ansprüche unterteilt werden können. Bei der Rechtsnatur einer Klage geht

²⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 342.

²⁹ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1020 in fine.

³⁰ Art. 137 ff. StGB.

³¹ Art. 251 ff. StGB.

³² Bsp. für solche Auflistungen bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 398 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 156c; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 279; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 89 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1019 ff.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 4; MEIER-WEHRLI, 64 f.

³³ Vgl. bspw. Art. 174 ff., insb. Art. 181 Abs. 3 und Art. 177 DBG; Art. 61 ff. VStG; Art. 34 ff. TStG; Art. 96 ff. MWSTG.

³⁴ Namentlich Art. 6, Art. 12 und Art. 14 ff. VStrR.

³⁵ Art. 163 ff. StGB.

³⁶ Hinten N 275 ff.

³⁷ Vgl. KUNZ, Klagen, 97 (Aspekte von Klagen).

es in der Regel um die Klageart, d.h. um die Unterscheidung zwischen Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklage.

B. Rechtsnatur im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1. Klageart

- 21 Da der Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Leistung von Schadenersatz zum Inhalt hat, wird es sich hinsichtlich der Klageart in der Regel um eine Leistungsklage handeln.³⁸ U.U. kann der Anspruch auch Gegenstand einer (negativen) Feststellungsklage sein. Dieser Teilaspekt der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage ist nicht umstritten und wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter untersucht.

2. Umstrittene Aspekte der Rechtsnatur

- 22 Wie bereits einleitend erwähnt, werden in der Lehre mit der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage in der Regel zwei umstrittene Teilaspekte assoziiert.
- 23 Zum einen geht es um die Grundlage des Verantwortlichkeitsanspruchs, d.h. ob es sich um einen vertraglichen, ausservertraglichen oder einen eigenständigen Anspruch ex lege handelt.³⁹ Dieser Teilbereich wird nachfolgend zu untersuchen sein.⁴⁰
- 24 Zum anderen geht es um die Frage, ob der Klage eines Aktionärs nach Art. 756 Abs. 1 OR auf Leistung an die Gesellschaft ein eigenständiges Forderungsrecht zugrunde liegt oder lediglich eine Prozessstandschaft.⁴¹ Diese Frage lässt sich freilich auch auf die Situation im Konkurs der Gesellschaft gemäss Art. 757 OR übertragen. Gerade im Konkurs- oder Nachlassverfahren der Gesellschaft erhält die Frage, wer wessen Anspruch geltend zu machen berechtigt ist, zusätzliche Komplexität, zumal die Konkurs- bzw. Nachlassverwaltung und die Gesellschaftsgläubiger als mögliche Kläger aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hinzutreten. Dieser Teilbereich, auf welchem der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt, wird im 3. Teil untersucht.⁴²

³⁸ KUNZ, Klagen, 105.

³⁹ KUNZ, Klagen, 97; KUNZ, Rechtsnatur, 11 ff.

⁴⁰ Sogleich hinten N 25 ff.

⁴¹ KUNZ, Klagen, 97 ff.; KUNZ, Rechtsnatur, 28 ff.

⁴² Hinten N 291 ff.

§ 2 Erster Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage

I. Vorbemerkungen zur Rechtsnatur

Im Folgenden werden die einzelnen Anspruchsgrundlagen (Art. 752–755 OR) 25
im Hinblick auf den ersten Teilaspekt der Rechtsnatur untersucht. Dieser betrifft
die Frage, ob es sich bei den Anspruchsgrundlagen nach Art. 752 ff. OR um de-
liktsche, vertragliche oder eigenständige Haftungsnormen ex lege handelt. Die
in der Lehre vertretenen Meinungen lassen sich in vier Gruppen einordnen.⁴³

Die erste Gruppe vertritt die Ansicht, die Rechtsnatur der Ansprüche aus ak- 26
tienrechtlicher Verantwortlichkeit sei ausservertraglich bzw. deliktisch.⁴⁴ Die
zweite Gruppe hält die Rechtsnatur für vertraglich oder zumindest vertragsähn-
lich.⁴⁵ Der dritten Ansicht zufolge handelt es sich um eine eigenständige Haf-
tung ex lege.⁴⁶ Schliesslich wird als vierte Ansicht vertreten, dass die Rechts-
natur jeder Anspruchsgrundlage gesondert zu qualifizieren sei.⁴⁷

Vorwegzunehmen ist, dass sich die praktische Relevanz der Rechtsnatur der 27
einzelnen Anspruchsgrundlagen in engen Grenzen hält und überwiegend von
theoretischem Interesse ist.⁴⁸ Teilweise wird die Frage nach der Rechtsnatur ge-
rade aufgrund der geringen praktischen Bedeutung offengelassen.⁴⁹ Im Folgen-
den werden die einzelnen Anspruchsgrundlagen einzeln auf ihre Rechtsnatur
hin untersucht.

II. Haftung für den Emissionsprospekt

Die Rechtsnatur der Haftung für den Emissionsprospekt (auch *Prospekthaftung*) 28
wird vom Bundesgericht und von der h.L. als deliktisch qualifiziert.⁵⁰ Zwischen

⁴³ KÄLIN, AJP 2016, 136 f.

⁴⁴ CHK-BINDER/ROBERTO, Vor Art. 752–763 OR, N 3; KÄLIN, AJP 2016, 139.

⁴⁵ DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 14 f.; vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlich-
keit, 195 ff., wonach nur die Prospekthaftung und die Klagen der Aktionäre und Gläubi-
ger aus direktem Schaden deliktischer Natur seien.

⁴⁶ ISLER, Übernahmeverschulden, 17 f.; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 9 ff., insb. N 21.

⁴⁷ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 198 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36,
N 35 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 131 und 136 ff.

⁴⁸ Hinten N 45 f.

⁴⁹ Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 108, wobei die Rechts-
natur bei internationalen Sachverhalten relevant wird (a.a.O., FN 367) und die Organhaf-
tung nach Art. 754 f. OR als Haftung ex lege qualifiziert wird (a.a.O., N 110); LUTER-
BACHER, Schadenminderungspflicht, N 19; HASENBÖHLER, 12 f.

⁵⁰ BGE 129 III 71, 75, E. 2.5 (= Pra 92 [2003] Nr. 70); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752
OR, N 9; KÄLIN, AJP 2016, 137; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 203, m.w.H.; FORST-
MOSER, Verantwortlichkeit, N 147.

den Erwerbem der Titel und den aus Art. 752 OR verantwortlichen Personen existiert i.d.R. kein vertragliches Verhältnis.⁵¹ Eine andere Lehrmeinung befürwortet hingegen die gesetzliche Rechtsnatur der Prospekthaftung, wobei diese als *eigenständige Haftung für Verletzungen von Informationspflichten gegenüber dem Kapitalmarkt* oder als *kapitalmarktrechtliche Vertrauenshaftung* bezeichnet wird.⁵²

- 29 M.E. ist der h.L. und Rechtsprechung zu folgen, wonach die Prospekthaftung deliktische Natur aufweist. Besteht ausnahmsweise zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten eine vertragliche Beziehung, kann sich jedoch auch die vertragliche Qualifikation der Haftung rechtfertigen.⁵³

III. Gründungshaftung

- 30 Die h.L. und Rechtsprechung gehen von der deliktischen Natur der Gründungshaftung aus.⁵⁴ Zwischen den aus Art. 753 OR aktiv- und passivlegitimierten Personengruppen besteht häufig kein vertragliches Verhältnis. Von den Vertretern der vertraglichen oder vertragsähnlichen Rechtsnatur wird lediglich auf das Verhältnis zwischen den Verantwortlichen und der Gesellschaft abgestellt. Die Aktionäre und Gläubiger werden hingegen ausser Acht gelassen.⁵⁵
- 31 Nach hier vertretener Ansicht ist entsprechend dem Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten zu differenzieren. Besteht zwischen diesen bereits eine einschlägige vertragliche Beziehung, was zwischen der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung in der Regel gegeben ist,⁵⁶ ist die Gründungshaftung als vertraglich zu qualifizieren. Ohne vertragliches Rechtsverhältnis ist die Gründungshaftung als deliktisch zu qualifizieren, was in der Regel bei einer Gläubigerschädigung zutrifft.⁵⁷

⁵¹ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 203; vgl. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 18 (im Ergebnis jedoch für eine eigenständige gesetzliche Haftung).

⁵² BSK OR II-WATTER, Art. 752, N 2 m.w.H.; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 19.

⁵³ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 203; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 18.

⁵⁴ Unter aOR BGE 76 II 307, 320, E. 7; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 146; ZKBÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 9 f.

⁵⁵ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 202 f.

⁵⁶ Dazu sogleich hinten N 33 ff.

⁵⁷ Ähnlich BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 20.

IV. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation

A. Einheitliche Rechtsnatur

Teile der Lehre sprechen sich für eine einheitliche Rechtsnatur des Anspruchs aus Art. 754 OR aus, unabhängig davon, wer den Anspruch geltend macht. So kann vorweggenommen werden, dass BÖCKLI, ISLER und BERTSCHINGER durchgehend von einer Haftung *ex lege* ausgehen.⁵⁸ Eine andere Lehrmeinung qualifiziert die Ansprüche als vertraglich.⁵⁹ KÄLIN und SARASIN sprechen sich hingegen für die deliktische Natur der Ansprüche aus.⁶⁰ 32

B. Klage der Gesellschaft und der Konkursverwaltung

Die Frage der Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs der Gesellschaft hängt eng mit der Frage zusammen, wie das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Organmitglied qualifiziert wird.⁶¹ Zum einen weist das Verhältnis organschaftliche Komponenten auf, zum anderen sind auch schuldvertragliche Elemente vorhanden, welche auf ein Arbeitsverhältnis, Auftragsverhältnis oder ein Schuldverhältnis *sui generis* schliessen lassen.⁶² Die h.L. folgert daraus eine vertragliche oder zumindest vertragsähnliche Natur der Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft.⁶³ 33

Das Bundesgericht hat sich zum Rechtsverhältnis unterschiedlich geäußert. Tendenziell qualifiziert es Direktoren als Arbeitnehmer und Verwaltungsräte als Beauftragte.⁶⁴ Das schuldrechtliche Verhältnis zu Verwaltungsräten hat es zum einen als mandatähnlichen Vertrag qualifiziert,⁶⁵ zum anderen aber auch ein Ar- 34

⁵⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 433 ff.; ISLER, Übernahmeverschulden, 17 f.; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 11 in fine (Gesellschaft), N 13 in fine (Aktionäre) und N 14 in fine (Gläubiger).

⁵⁹ DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 14 f., wobei auf die *Sonderverbindung zur Gesellschaft* und *Verletzungen von Pflichten gegenüber der Gesellschaft* abzustellen sei, weshalb unklar bleibt, ob auch direkte Gläubigerschäden umfasst sein sollen.

⁶⁰ KÄLIN, AJP 2016, 139; SARASIN, 14 f.

⁶¹ Hierzu ausführlich SCHMIDTMADEL, 33 ff.

⁶² SCHMIDTMADEL, 60 f. m.w.H.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 195 ff.

⁶³ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 35; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 14 f. (vertraglich); BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 198 (vertraglich oder vertragsähnlich); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 36 (vertraglich oder vertragsähnlich); MEIER-WEHRLI, 68 (vertraglich).

⁶⁴ BGE 128 III 129, 131 f., E. 1a/aa; BGE 90 II 483, 485 f., E. 1; BGE 53 II 408, 411 f., E. 3a; vgl. auch Urteile des BGer 4A_293/2015 und 4A_295/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 5.

⁶⁵ BGE 125 III 78, 81, E. 4: «[...] un contratto innominato simile al mandato [...]»

beitsverhältnis für möglich erklärt.⁶⁶ «Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Beurteilung, in welchem schuldrechtlichen Verhältnis ein Organwarter zur Gesellschaft steht, aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls zu erfolgen [...].^{67]} Entscheidend ist dabei, ob die betroffene Person in dem Sinne in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, dass sie Weisungen empfängt. Ist dies zu bejahen, liegt ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor [...].^{68]} Zum einen handelt es sich um eine vom Gesellschaftsrecht beherrschte Organstellung, zum andern um eine vertragliche Bindung. Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen [...].»⁶⁹

35 Die vertragliche Rechtsnatur wird dahingehend kritisiert, dass sich der Anspruch auch gegen faktische Organe richten kann und das vertragliche Element dementsprechend weniger dominierend sei.⁷⁰ Ebenso gehe es bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht um eine Haftung für Nicht- bzw. Schlechterfüllung im Umfang des positiven Interesses nach Art. 97 OR.⁷¹ Schliesslich wird auch darauf hingewiesen, dass die Generalversammlung kein Vertretungsorgan der Gesellschaft sei und die Gesellschaftsorgane *gewählt* werden müssen.⁷²

36 Vornehmlich aus diesen Gründen erhalten die Befürworter, welche in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eine eigenständige Haftung ex lege sehen, vermehrten Zuspruch.⁷³ Eine Mindermeinung vertritt hingegen die Ansicht, dass der Anspruch der Gesellschaft rein deliktrechtliche Natur aufweist.⁷⁴ Dagegen spricht v.a., dass sich die Haftung auch durch die Verletzung von Pflichten aus Statuten und Reglementen ergeben kann.⁷⁵

37 Abzulehnen ist m.E. die *vertragsähnliche* Qualifikation des Verantwortlichkeitsanspruchs. Diese stützt sich auf die Begründung, dass eine vollkommen vertragliche Haftung deshalb ausscheide, weil die Pflichten nicht vertraglich,

⁶⁶ BGE 75 II 149, 158, E. 2a); vgl. auch BGE 140 III 602, 603, E. 4, wonach die Rechtsgrundlage einer Entschädigung an ein Mitglied des Verwaltungsrates u.a. ein Arbeitsvertrag oder ein Auftrag sein kann.

⁶⁷ Urteil des BGER 4A_452/2013 vom 31. März 2014, E. 7.2; BGE 130 III 213, 216, E. 2.1; BGE 128 III 129, 132, E. 1a/aa).

⁶⁸ BGE 130 III 213, 216, E. 2.1 m.w.H.; BGE 128 III 129, 131 f., E. 1a/aa); betreffend die Geschäftsführer vgl. auch BGE 140 III 409, 412, E. 3.1.

⁶⁹ BGE 130 III 213, 216 f., E. 2.1; BGE 128 III 129, 132, E. 1a/aa). Zu den unterschiedlichen Folgen der Beendigung FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28, N 15.

⁷⁰ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 196; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 10.

⁷¹ JENNY, N 57; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 434; ISLER, Übernahmeverschulden, 18.

⁷² BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 196 f.

⁷³ JENNY, N 57; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 9 ff., insb. N 21.

⁷⁴ KÄLIN, AJP 2016, 139; SARASIN, 14.

⁷⁵ JENNY, N 57; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 235.

sondern v.a. gesetzlich geregelt sind.⁷⁶ Das Gesetz umschreibt jedoch auch in anderen Vertragsverhältnissen die Pflichten der Vertragsparteien, welche zwingend oder subsidiär zur Anwendung gelangen. So kann eine Sorgfaltspflichtverletzung des Auftragnehmers zu einer Schadenersatzforderung führen, auch wenn die aufzubringende Sorgfalt nicht explizit vertraglich geregelt ist. Der Schadenersatzanspruch ist jedoch unzweifelhaft vertraglicher Natur, auch wenn sich die Pflichten und die Anspruchsgrundlage aus dem Gesetz ergeben. Zudem können auch Rechte und Pflichten, welche sich aus den Statuten ergeben, integraler Vertragsbestandteil sein.⁷⁷

Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich beim Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft folglich um einen vertraglichen Anspruch, da die Parteien überwiegend in einem schuldrechtlichen Austauschverhältnis stehen.⁷⁸ Die Organstellung basiert auf einem Konsens zwischen Gesellschaft und dem einzelnen Organmitglied. Die Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle gehört in den Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung, weshalb ihr in diesen Bereichen auch die Vertretungsbefugnis nach aussen zukommt.⁷⁹ Die vertragliche Rechtsnatur lässt sich auch auf faktische Organe anwenden, zumal die meisten faktischen Organe als Mitarbeiter oder externe Berater bereits in einer vertraglichen Beziehung zur Gesellschaft stehen. Selbst Aktionäre und Führungskräfte der Muttergesellschaften, welche nicht bereits in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft stehen und als faktische Organe langfristigen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen, können dies nur, weil ein formelles oder materielles Organ der Gesellschaft dies zulässt. Zwischen der Gesellschaft und dem faktischen Organ besteht in den meisten Fällen ein Mindestmass an vertraglichem Konsens, welcher m.E. die vertragliche Natur der Haftung rechtfertigt. Auch das Argument, es gehe nicht um eine Nicht- bzw. Schlechterfüllung, ist nicht stichhaltig. So ist bspw. im Auftragsrecht ebenfalls eine Sorgfaltspflicht gesetzlich vorgeschrieben, deren Verletzung jedoch eine rein vertragliche Haftung auslöst.

Die vertragliche Rechtsnatur des Anspruchs aus Art. 754 OR gilt auch für den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit, welcher durch die Konkursverwaltung oder die Aktionäre und Gläubiger geltend gemacht wird.⁸⁰ Nach Ansicht des Bundesgerichts stimmt nämlich der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit mit dem Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft so-

⁷⁶ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 198, FN 1024.

⁷⁷ BGE 75 II 149, 153, E. 2a).

⁷⁸ DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht § 14, N 14 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 136.

⁷⁹ SCHMIDTMADEL, 58.

⁸⁰ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 35; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 37.

wohl betragsmässig als auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen überein. Ebenso stellt das Bundesgericht fest, dass der gesamte indirekte Gläubiger- und Aktionärsschaden mit dem Gesellschaftsschaden deckungsgleich ist.⁸¹ An der (vertraglichen) Rechtsnatur des abgelösten Anspruchs ändert die Praxis des Bundesgerichts indes nichts.

C. Klage des Aktionärs

1. Direkter Schaden

- 40 Die Rechtsnatur der Haftung aus direkter Schädigung ist umstritten, wobei wiederum die deliktische,⁸² die vertragliche bzw. vertragsähnliche⁸³ und die gesetzliche Haftung⁸⁴ vertreten werden. M.E. ist der deliktischen Natur zu folgen. Schliesslich sind die Schadenersatzansprüche aus direkten Schäden gemäss Art. 752 ff. OR – wie hinten bei der Abgrenzung zur unerlaubten Handlung noch zu zeigen sein wird – als *lex specialis* zur unerlaubten Handlung zu qualifizieren.⁸⁵

2. Indirekter Schaden

- 41 Da der Aktionär den Gesellschaftsschaden geltend macht, ist die Rechtsnatur der Klage des Aktionärs mit derjenigen der Gesellschaftsklage identisch. Der Anspruch ist vertraglicher Natur.⁸⁶

D. Klage des Gläubigers

1. Direkter Schaden

- 42 Das Bundesgericht und die wohl h.L. befürworten die deliktische Natur des Gläubigeranspruchs.⁸⁷ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Ebenfalls vertreten wird die gesetzliche Natur der Haftung.⁸⁸ Dem Anspruch des Gläubigers aus direkter Schädigung wird hingegen kaum vertragliche Natur attestiert.⁸⁹

⁸¹ Zum Ganzen hinten N 453.

⁸² BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 199 und 74 f.

⁸³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 36; ferner DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht § 14, N 14 f.

⁸⁴ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 13 in fine; SCHIESS, 34; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 15.

⁸⁵ Hinten N 226 f.

⁸⁶ Vorne N 33 ff. A.A. offenbar MEIER-WEHRLI, 74.

⁸⁷ BGE 122 III 176, 191 f., E. 7b); BGE 106 II 257, 261, E. 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 200; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 38; MEIER-WEHRLI, 76 f.

⁸⁸ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 14; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 15; SCHIESS, 37.

⁸⁹ Vgl. die Hinweise bei SCHIESS, 37.

2. Indirekter Schaden

Schäden, welche der Gesellschaft infolge einer Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 OR entstehen, können Gesellschaftsgläubiger nur durch Art. 757 Abs. 2 oder Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG geltend machen. Sie machen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Anspruch der Gläubigersamtheit geltend, welcher mit dem Gesellschaftsanspruch deckungsgleich ist und nach hier vertretener Auffassung vertraglicher Natur ist.⁹⁰ Die Geltendmachung durch die Gläubiger ändert nichts an der Rechtsnatur des Anspruchs.⁹¹ Ein Teil der Lehre spricht sich hingegen für die gesetzliche Natur der Haftung aus.⁹²

V. Revisionshaftung

Von der Lehre wird überwiegend die vertragliche oder vertragsähnliche Natur der Revisionshaftung befürwortet.⁹³ In Anlehnung an die Geschäftsführungshaftung wird auch eine differenzierte Ansicht vertreten, welcher hier gefolgt wird, wonach der Haftung gegenüber der Gesellschaft vertragliche Natur und der Haftung gegenüber den Aktionären und Gläubigern deliktische Natur zukommt.⁹⁴ Wiederum lassen sich auch Vertreter für die gesetzliche Natur der Haftung finden.⁹⁵

VI. Praktische Relevanz des ersten Teilaspekts der Rechtsnatur

Die Folgen, welche sich aus der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ergeben, beziehen sich v.a. auf die Frage, wer im Verantwortlichkeitsprozess die Beweislast für das Verschulden trägt. Die deliktische Qualifikation würde die Beweislast dem Geschädigten auferlegen, wohingegen bei der vertraglichen oder vertragsähnlichen Qualifikation das Verschulden vermutet wird und der Verantwortliche sich zu exkulpieren hat.⁹⁶ Bei der gesetzlichen Haf-

⁹⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 35 (wohl eher vertraglicher Natur); BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 201; so wohl auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 38 i.V.m. N 36; a.A. offenbar MEIER-WEHRLI, 76 f. Zur vertraglichen Rechtsnatur vorne N 33 ff.

⁹¹ Vorne N 39.

⁹² BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 15 ff., insb. N 17 in fine; KUNZ, Rechtsnatur, 19; SCHIESS, 107.

⁹³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 36 (hinsichtlich des Anspruchs der Gesellschaft und der Aktionäre); BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 202 (vertragsähnlich).

⁹⁴ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 201 f.

⁹⁵ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 17 in fine; KUNZ, Rechtsnatur, 19; SCHIESS, 34.

⁹⁶ JENNY, N 59; WEBER, Stolpersteine, 201; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 204; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 35; KUNZ, Rechtsnatur, 11 ff.

tungsnatur wird teilweise die vertragsrechtliche Verschuldensvermutung übernommen⁹⁷ und teilweise auch abgelehnt,⁹⁸ wobei BÖCKLI zumindest eine natürliche Vermutung des Verschuldens annimmt. Ist einmal die Pflichtwidrigkeit bewiesen, wird nämlich auch das Verschulden (zumindest im Sinne der Fahrlässigkeit) in der Regel bejaht.⁹⁹ Die Frage der Beweislast für das Verschulden hat in der Praxis aufgrund des objektivierten Verschuldensmassstabs nur geringe Bedeutung.¹⁰⁰

- 46 Neben der Frage der Beweislast kann die Rechtsnatur der einzelnen Ansprüche einen Einfluss auf den Gerichtsstand in internationalen Verhältnissen haben.¹⁰¹

VII. Fazit

- 47 Nach hier vertretener Ansicht ist die Frage der Rechtsnatur der einzelnen Ansprüche differenziert zu beantworten. Vertraglicher Natur sind der Ansprüche der Gesellschaft aus Art. 753–755 OR. Ausnahmsweise kann auch ein Anspruch aus Prospekt- und Gründungshaftung vertraglicher Natur sein, sofern bereits eine einschlägige vertragliche Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten besteht. Vertraglicher Natur sind ausserdem die Klagen der Aktionäre, Gläubiger und der Konkursverwaltung i.S.v. Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 OR, welche auf Ersatz des indirekten Schadens lauten. Die Klagen der Aktionäre und Gläubiger aus direktem Schaden sowie gestützt auf die Prospekt- oder Gründungshaftung sind grundsätzlich als deliktisch zu qualifizieren.

⁹⁷ BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 98 und N 104; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 92.

⁹⁸ JENNY, N 59.

⁹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 432, vgl. aber auch N 436.

¹⁰⁰ WEBER, Stolpersteine, 201; KUNZ, Rechtsnatur, 15. Zum objektivierten Verschuldensmassstab hinten N 112 f.

¹⁰¹ Zum Gerichtsstand hinten N 141 ff.

§ 3 Gesetzliche Grundlagen

Im Folgenden wird auf die weiteren Bestimmungen des Verantwortlichkeitsrechts (Art. 756–760 OR) eingegangen, welche namentlich für die Auslegung hinsichtlich des zweiten Teilaspekts der Rechtsnatur von Bedeutung sind. Anschliessend folgen allgemeine Ausführungen zu anderen Haftungsgrundlagen, auf deren Grundsätze sich die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche stützen. 48

I. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

A. Anspruchsgrundlagen

Unter dem Randtitel *A. Haftung* regeln die Art. 752 ff. OR die einzelnen Anspruchsgrundlagen, die die anspruchsbegründenden Voraussetzungen umschreiben, namentlich den verantwortlichen Personenkreis und das pflichtwidrige Verhalten. Auf die einzelnen Voraussetzungen des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruchs Schaden, Pflichtverletzung bzw. Widerrechtlichkeit, Kausalität und Verschulden ist hinten näher einzugehen.¹⁰² Betreffend die Rechtsnatur der Anspruchsgrundlagen kann auf die vorne gemachten Ausführungen verwiesen werden.¹⁰³ 49

B. Weitere Bestimmungen (Art. 756 ff. OR)

1. Ansprüche ausser Konkurs

Unter dem Randtitel *B. Schaden der Gesellschaft* regelt Art. 756 OR die Ansprüche ausser Konkurs. Unter altem Recht lautete der Randtitel noch *B. Geltendmachung des mittelbaren Schadens*, was die noch heute verwendete Terminologie des Bundesgerichts und von Teilen der Lehre erklärt.¹⁰⁴ Neben der Gesellschaft gewährt Abs. 1 den einzelnen Aktionären die Möglichkeit, den der Gesellschaft entstandenen Schaden geltend zu machen. Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft.¹⁰⁵ Umstritten ist, ob das Gesetz den einzelnen Aktionären einen eigenen materiellen Anspruch oder lediglich eine Prozessführungsbefugnis im Sinne der Prozessstandschaft einräumt.¹⁰⁶ 50

Art. 756 Abs. 2 OR 1991, wonach die Prozesskosten durch den Richter nach seinem Ermessen auf den klagenden Aktionär und die Gesellschaft verteilt wer- 51

¹⁰² Hinten N 156 ff.

¹⁰³ Vorne N 25 ff.

¹⁰⁴ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 6, insb. FN 38; vgl. auch hinten N 159.

¹⁰⁵ Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁰⁶ Zu dieser Frage hinten N 425 ff.

den konnten, sofern der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte,¹⁰⁷ wurde mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.

2. Ansprüche im Konkurs

52 Gemäss Art. 757 Abs. 1 OR sind im Konkurs der Gesellschaft auch die Gesellschaftsgläubiger zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens berechtigt. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger geltend zu machen.

53 Nach Art. 757 Abs. 2 OR¹⁰⁸ ist jeder Aktionär und Gläubiger zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt, sofern die Konkursverwaltung darauf verzichtet. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des SchKG verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil. Der Rest fällt in die Konkursmasse.

3. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses

54 Art. 758 OR regelt nur die Wirkungen des Entlastungsbeschlusses. Zum besseren Verständnis ist im Folgenden auf die Voraussetzungen und Eigenschaften der Entlastung kurz einzugehen.

a) Traktandierung

55 Die Beschlussfassung durch die Generalversammlung setzt die gehörige Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands voraus. Nach Art. 700 Abs. 3 OR können nämlich über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen keine Beschlüsse gefasst werden. Ein Verhandlungsgegenstand ist gehörig angekündigt, wenn er mit der Einberufung spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag in der vom Gesetz oder den Statuten vorgeschriebenen Form bekanntgegeben wurde.¹⁰⁹ Von der gehörigen Ankündigung sind jedoch die Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, auf Durchführung einer Sonderprüfung und auf Wahl einer Revisionsstelle infolge eines Begehrens eines Aktionärs ausgenommen.¹¹⁰

56 Die Traktandierung obliegt grundsätzlich dem Verwaltungsrat.¹¹¹ Einem Aktionär oder einer Gruppe von Aktionären steht nach Art. 699 Abs. 3 OR nur

¹⁰⁷ Zur Kritik an dieser Regelung hinten N 612 ff.

¹⁰⁸ Zum Verhältnis von Art. 757 Abs. 2 OR und Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG hinten N 498 ff.

¹⁰⁹ Art. 700 Abs. 1 und 2 OR.

¹¹⁰ Art. 700 Abs. 3 OR.

¹¹¹ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a, N 30.

dann ein Traktandierungsrecht zu, wenn sie Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten.¹¹²

Die Traktandierung der Entlastung umfasst m.E. nicht auch die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage.¹¹³

b) Beschlussfassung

(1) Allgemeines

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR handelt es sich bei der Entlastung (auch *Décharge*) der Mitglieder des Verwaltungsrates um eine unübertragbare Befugnis der Generalversammlung. Die Generalversammlung hat den Entlastungsbeschluss – vorbehältlich anderslautender Statuten¹¹⁴ – mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen zu fassen.¹¹⁵

(2) Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs

Umstritten ist die Frage, ob ein allfälliges Stimmrechtsprivileg bei der Beschlussfassung zu berücksichtigen ist oder der Beschluss – wie bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage¹¹⁶ – durch die Kapitalmehrheit zu fassen ist.¹¹⁷

Die Befürworter der Anwendbarkeit des Stimmrechtsprivilegs stützen sich hauptsächlich auf den Gesetzestext, wonach der Entlastungsbeschluss gerade *nicht* vom Stimmrechtsprivileg ausgenommen ist.¹¹⁸ Des Weiteren können Aktionäre den Entlastungsbeschluss nach Art. 706 Abs. 2 OR anfechten, so dass sie nicht der Willkür der Stimmrechtsaktionäre ausgeliefert seien.

Die Erteilung der Entlastung durch die Stimmenmehrheit würde jedoch die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Kapitalmehrheit vereiteln.¹¹⁹ Gleiches gilt für die wirksame Kontrolle des durch die Stimmenmehrheit gewählten Verwaltungsrates.¹²⁰

¹¹² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699, N 23 f.

¹¹³ ISLER/FISCHER, 46. Allgemein zum Grad der Bestimmtheit eines Verhandlungsgegenstands BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700, N 11.

¹¹⁴ ISLER/FISCHER, 47; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 413 f.

¹¹⁵ Art. 703 OR.

¹¹⁶ Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR.

¹¹⁷ Für die Anwendung des Stimmrechtsprivilegs BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452e; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 172; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 415, insb. FN 792. Gegen die Anwendung des Stimmrechtsprivilegs JENNY, N 264; OULEVEY, 286 ff., insb. 289 ff.; WATTER/DUBS, AJP 2001, 916 ff.; PICENONI, 81 ff.

¹¹⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452e; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 415.

¹¹⁹ JENNY, N 264. Selbiges gilt für das von der Generalversammlung an den Verwaltungsrat gerichtete Verbot, einen Prozess einzuleiten. Dazu hinten N 400.

¹²⁰ JENNY, N 264.

- 62 Des Weiteren wird nach differenzierender Ansicht vorgebracht, bei Annahme beider Beschlüsse gelte der Entlastungsbeschluss nur im Umfang der Klage als abgelehnt.¹²¹ Diese Ansicht kann jedoch problematisch sein. Eine Abgrenzung zwischen dem Inhalt der beschlossenen Klage und dem Entlastungsbeschluss erscheint schwierig, zumal dies voraussetzt, dass die einzelnen schädigenden Geschäftsvorfälle bereits bekannt sind. Im Übrigen lässt diese differenzierende Ansicht offen, ob die Stimmenmehrheit nur anlässlich derselben Generalversammlung die Klageanhebung beschliessen kann. Könnte sie auch zu einem späteren Zeitpunkt die Klageanhebung – entgegen der durch die Kapitalmehrheit bereits beschlossenen Entlastung – beschliessen, würde dies die Wirkungen des Entlastungsbeschlusses im Ergebnis aufheben.¹²²
- 63 Für den Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs bei der Beschlussfassung über die Entlastung spricht, dass dadurch widersprüchliche Beschlüsse eingeschränkt werden können. Es ist ausserdem WATTER/DUBS zuzustimmen, wonach der Entlastungsbeschluss im Sinne einer teleologischen und systematischen Auslegung vom materiellen Regelungsgehalt von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR mitumfasst wird.¹²³
- 64 Nach hier vertretener Auffassung ist deshalb der Entlastungsbeschluss unter die *Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage* nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR zu subsumieren, wonach das Stimmrechtsprivileg für die Beschlussfassung nicht gilt.

(3) Ausschluss vom Stimmrecht

- 65 Von der Beschlussfassung mit ihrem Stimmrecht ausgeschlossen sind nach Art. 695 OR diejenigen Personen, welche in *irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben*. Der betroffene Personenkreis deckt sich mit denjenigen Personen, welche nach Art. 754 OR der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen.¹²⁴
- 66 Gemäss h.L. dürfen die an der Geschäftsführung beteiligten Personen weder beim Beschluss über die eigene Person noch bei den anderen Organpersonen abstimmen. Die Stimmen von Organpersonen sind auch ausgeschlossen, wenn sie durch nicht an der Geschäftsführung beteiligte Aktionäre oder Dritte an der Generalversammlung abgegeben werden.¹²⁵

¹²¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452e.

¹²² Vgl. ISLER/FISCHER, 47, wonach der Entlastungsbeschluss einem späteren Beschluss betreffend die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage vorgehe.

¹²³ WATTER/DUBS, AJP 2001, 917 f.

¹²⁴ JENNY, N 266; ISLER/SCHOTT, Décharge, 206 f. m.w.H.

¹²⁵ JENNY, N 266; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24, N 79 f. Zum Stimmrechtsausschluss in Konzernverhältnissen BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 108 ff.

Das Bundesgericht geht noch einen Schritt weiter, indem es alle Stimmen ausschliesst, die von Organpersonen vertreten werden, unabhängig davon, ob sie eigene oder fremde Aktien vertreten. Das heisst, die Stimmen der Aktionäre, welche nicht an der Geschäftsleitung teilgenommen haben, werden ebenfalls ausgeschlossen, falls eine Organperson als Vertreter die Stimmen an der Generalversammlung abgibt.¹²⁶ 67

Die Nichtbeachtung des Stimmrechtsausschlusses hat zum einen die Nichtigkeit der unzulässig abgegebenen Einzelstimme zur Folge.¹²⁷ Zum anderen kann der Generalversammlungsbeschluss angefochten werden,¹²⁸ sofern die Gesellschaft i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR nicht nachweist, dass die unzulässige Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Die Anfechtungsklage ist entgegen der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹²⁹ nicht subsidiär zu einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage.¹³⁰ 68

c) *Gegenstand, Zeit, Personen*

Die Entlastung erfasst in gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht in der Regel die bekanntgegebenen Tatsachen für einen bestimmten Zeitraum, für den Entlastung erteilt werden soll.¹³¹ Die Entlastung bezieht sich in zeitlicher Hinsicht meist auf das vergangene Geschäftsjahr.¹³² Möglich sind jedoch auch längere oder kürzere Perioden, insbesondere bei Entlastung für bestimmte Geschäftsvorfälle.¹³³ Die Entlastung bezieht sich dabei auf Pflichtverletzungen, welche im fraglichen Zeitraum vorgenommen wurden bzw. bei Unterlassen in diesem Zeitraum hätten vorgenommen werden sollen. Der Zeitpunkt, in welchem sich die Pflichtverletzungen auswirken, ist hingegen unerheblich.¹³⁴ 69

¹²⁶ BGE 128 III 142, 145 f., E. 3b/c); zustimmend ISLER/SCHOTT, Décharge, 207, da auch eine weisungswidrige Stimmabgabe gültig sei.

¹²⁷ BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 113.

¹²⁸ Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 455b.

¹²⁹ So die ältere Rechtsprechung BGE 100 II 384, 389, E. 2a); BGE 81 II 462, 464 f., E. III/1b). Relativierend Urteil des BGer 4C.45/2006 vom 26. April 2007, E. 7.4.

¹³⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 456; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 158; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, N 7; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 31.

¹³¹ JENNY, N 261 und N 280; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 451 und N 451c.

¹³² Urteil des BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3; JENNY, N 261 und N 280; ISLER/SCHOTT, Décharge, 204; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2005, 337; MEIER-WEHRLI, 122; vgl. PICENONI, 38 und 52 ff.

¹³³ JENNY, N 261 und N 280; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 104 f.; ISLER/SCHOTT, Décharge, 204; vgl. Urteil des BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3.

¹³⁴ Urteil des BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3; Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 4.2; ISLER/SCHOTT, Décharge, 203.

- 70 Als bekanntgegebene Tatsachen gelten nicht nur Informationen, welche anlässlich der Generalversammlung bekannt gegeben werden, sondern auch Tatsachen, von denen sämtliche Aktionäre unbesehen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis haben.¹³⁵ Die Tatsachen müssen den Aktionären wenigstens im Grundsatz zur Kenntnis gebracht werden, soweit ihre Tragweite nicht bewusst heruntergespielt wird und die Aktionäre durch die Art der Darstellung nicht getäuscht werden.¹³⁶ Die Bekanntgabe sämtlicher Umstände eines Geschäftsvorfalles, die für den Entscheid über die Entlastung von Bedeutung sein können, ist in jedem Fall ausreichend.¹³⁷
- 71 In der Lehre ist umstritten, ob die blosser Erkennbarkeit einer Tatsache ausreichend ist.¹³⁸ Das Bundesgericht liess in seiner älteren Rechtsprechung Erkennbarkeit einer Tatsache genügen,¹³⁹ liess die Frage unter geltendem Recht jedoch offen.¹⁴⁰
- 72 Das Gesetz spricht nur vom Verwaltungsrat als Organ, dem Entlastung erteilt werden kann.¹⁴¹ Die Lehre geht jedoch davon aus, dass auch die Entlastung der Geschäftsleitungsmitglieder und der Revisionsstelle möglich ist.¹⁴²
- 73 Betreffend den Verwaltungsrat kann die Entlastung in einem einzigen Beschluss (Globalentlastung) oder in einzelnen Beschlüssen für jedes Mitglied (Einzelentlastung) erfolgen.¹⁴³ Allerdings wird auch bei der Globalentlastung nicht dem Gesamtverwaltungsrat als Organ, sondern den einzelnen Organpersonen Entlastung erteilt.¹⁴⁴ Möglich ist auch eine Kombination von Global- und

¹³⁵ Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 3.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 10; ISLER/SCHOTT, Décharge, 202; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 130.

¹³⁶ Urteil des BGer 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3; Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 3.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 10 in fine.

¹³⁷ Urteil des BGer 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3; Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 3.2.

¹³⁸ Für die Erkennbarkeit BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 451, CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2005, 337; MEIER-WEHRLI, 125. Gegen die Erkennbarkeit BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 104; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 129, insb. FN 67.

¹³⁹ BGE 95 II 320, 329 f., E. IV.3.

¹⁴⁰ Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 3.2.

¹⁴¹ Art. 695 Abs. 1 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

¹⁴² CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 758 OR, N 5; ISLER/SCHOTT, Décharge, 200 f.; vgl. auch MEIER-WEHRLI, 121.

¹⁴³ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 758 OR, N 6; JENNY, N 260; ISLER/SCHOTT, Décharge, 205 f.; MEIER-WEHRLI, 120 f.

¹⁴⁴ JENNY, N 260; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 108; MEIER-WEHRLI, 120 f.

Einzelentlastung, was v.a. dann angebracht erscheint, wenn nur die Erteilung der Entlastung einzelner Verwaltungsratsmitglieder umstritten ist.¹⁴⁵

d) *Wirkungskreis des Entlastungsbeschlusses*

Nach Art. 758 Abs. 1 OR wirkt die Entlastung nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt haben oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Im Umkehrschluss entfaltet die Entlastung gegenüber nicht zustimmenden Aktionären und Aktionären, die ihre Aktien in Unkenntnis des Beschlusses erworben haben, keine Wirkungen.¹⁴⁶ Ebenfalls keine Wirkungen entfaltet die Entlastung auf die Ansprüche der Aktionäre aus *direktem Schaden*, da sie durch den Beschluss auf die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens verzichten.¹⁴⁷

Nach herrschender Ansicht gilt selbiges auch gegenüber den Gläubigern, unabhängig davon, ob diese Ansprüche aus direktem oder indirektem Schaden geltend machen.¹⁴⁸ Allerdings ist m.E. der differenzierenden Ansicht von ISLER/SCHOTT beizupflichten, wonach der Entlastungsbeschluss auch den Gläubigern im Konkurs entgegengehalten werden könne, wenn die Pflichtverletzungen in einer Zeit begangen wurden, in welcher die Gesellschaft weder überschuldet

¹⁴⁵ JENNY, N 260; ISLER/SCHOTT, Décharge, 206.

¹⁴⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 14; JENNY, N 290; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 471 i.V.m. N 467; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 2 und N 9; MEIER-WEHRLI, 114.

¹⁴⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 2 und N 12 in fine; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758, N 4; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 758 OR, N 4; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1267; ISLER/SCHOTT, Décharge, 214; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 105; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 168; HASENBÖHLER, 193; REITER, 167; PERREN, 100; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 136; KUNZ, Rechtsnatur, 157; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 29 und N 465; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 301; PICENONI, 165 f.; a.A. KNOBLOCH, 185, wonach die Entlastung als Einwilligung in die bzw. Genehmigung der schädigenden Handlung gelte.

¹⁴⁸ Art. 758 Abs. 1 OR e contrario; BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); JENNY, N 297 und N 303 m.w.H.; ISLER/SCHOTT, Décharge, 214; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 255; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 105; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 168; HASENBÖHLER, 193 f.; PERREN, 100; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 135 f.; SARASIN, 130; KUNZ, Rechtsnatur, 157 f.; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 301; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 2 f. und Art. 758 aOR, N 5; MEIER-WEHRLI, 114; vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 9, N 11 und N 28 sowie Art. 758, N 10; ferner CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 3 (betreffend die Gläubigersamtheit); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 758 OR, N 4 (aus direkter Schädigung); VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1267 (aus direkter Schädigung); REITER, 167 (aus direkter Schädigung); FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 473 ff. (beim indirekten Schaden differenzierend nach dem Anspruch des Gläubigers und dem Anspruch der Gesellschaft).

noch von einer Überschuldung bedroht war, die Ansprüche der Gläubiger also nicht gefährdet oder besonders schutzbedürftig waren.¹⁴⁹ M.E. ist jedoch zum Schutz der Gläubiger nicht erst an die Überschuldung der Gesellschaft anzuknüpfen, sondern – wie beim Verbot der Einlagerückgewähr – bereits an die Unterdeckung des Nennkapitals.¹⁵⁰

- 76 Ist nach Eintritt des Gesellschaftsschadens das Nennkapital (Aktien- und allfälliges Partizipationskapital) weiterhin durch entsprechende Aktiven gedeckt, so wird das den Gläubigern als Haftungssubstrat dienende Gesellschaftsvermögen durch den Schaden nicht tangiert. In einem solchen Fall ist es der Gesellschaft bzw. der Generalversammlung freigestellt, durch Entlastung auf den Schadenersatzanspruch zu verzichten. Schliesslich könnte die Gesellschaft den Anspruch selbst geltend machen und die Schadenersatzzahlung anschliessend – soweit zulässig – als Dividende an die Aktionäre ausschütten. In einem solchen Fall können die Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft den Verantwortlichkeitsanspruch zu Recht nicht erneut geltend machen, geschweige denn auf die Dividende der Aktionäre zurückgreifen. Müssen sich also die Gläubiger im Konkurs die Entlastung entgegenhalten lassen, werden sie dadurch nicht schlechter gestellt, als wenn die Gesellschaft den Anspruch selbst geltend gemacht hätte.
- 77 Gleiches gilt m.E. auch, wenn mit dem Eintritt des Gesellschaftsschadens das Nennkapital nicht mehr gedeckt ist, sofern die Unterdeckung zu einem späteren Zeitpunkt wieder beseitigt werden kann. Schliesslich ist das geschützte Gesellschaftsvermögen nach dem Ausgleich der Unterdeckung wieder vollständig vorhanden. Der Verzicht auf den Gesellschaftsanspruch durch die Entlastung wirkt sich in der Folge lediglich auf das das Nennkapital übersteigende Gesellschaftsvermögen aus.
- 78 Kann der Entlastungsbeschluss den Gläubigern im Konkurs entgegengehalten werden, muss dies aufgrund derselben Begründung auch für weitere Einwendungen und Einreden gelten, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruhen. Namentlich muss den Gläubigern auch die Einwilligung oder ein Vergleich entgegengehalten werden können, sofern die Interessen der Gläubiger nicht tangiert werden.
- 79 Gemäss Art. 758 Abs. 2 OR erlischt das Klagerecht der *übrigen* Aktionäre sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss. Darunter sind wiederum diejenigen Aktionäre zu verstehen, die der Entlastung nicht zugestimmt haben oder ihre Aktien in Unkenntnis des Beschlusses erworben haben.¹⁵¹ Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist.¹⁵²

¹⁴⁹ ISLER/SCHOTT, Décharge, 222 ff.

¹⁵⁰ Hinten N 1016.

¹⁵¹ JENNY, N 290.

¹⁵² Urteil des BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013, E. 3.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 758, N 14; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758, N 9; JENNY, N 291;

Dieser Klagevorbehalt ermöglicht dem einzelnen Aktionär als Ultima Ratio, 80 selbst Verantwortlichkeitsklage anzuheben und einem vollständigen Verzicht durch die Gesellschaft entgegenzuwirken. Der Vorbehalt hat m.E. jedoch nicht den Zweck, dem einzelnen Aktionär zu einem optimalen Ergebnis zu verhelfen. Dem Aktionär ist infolge eines Vergleichsabschlusses durch die Gesellschaft grundsätzlich kein Klagevorbehalt analog zu Art. 758 Abs. 2 OR zu gewähren, wenn er mit dem Vergleich nicht einverstanden ist.¹⁵³ Der Rechtssicherheit ist Vorrang vor dem Individualrechtsschutz zu gewähren.

e) *Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses*

Gemäss wohl h.L. und Rechtsprechung sowie hier vertretener Ansicht lässt die 81 Entlastung die Schadenersatzforderung der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit untergehen¹⁵⁴ oder ist als negative Schuldanererkennung¹⁵⁵ aufzufassen.¹⁵⁶

Einem Teil der Lehre zufolge gilt die Entlastung jedoch als *Verzicht auf* 82 *die Geltendmachung* von Schadenersatzforderungen gegen die durch den Beschluss entlastete Person.¹⁵⁷ Dieser Verzicht hat prozessualen Charakter und zeitigt keine Wirkungen auf den materiellen Gehalt des Verantwortlichkeitsanspruchs.¹⁵⁸ JENNY geht von einem *Klageverzicht* (pactum de non petendo in perpetuum)¹⁵⁹ aus, welcher materiellrechtlich und nicht bloss prozessrechtlich zu verstehen ist, jedoch den Gehalt des Anspruchs ebenfalls unberührt lässt.¹⁶⁰

VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1266; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 453 und N 478; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 105 und 114; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 177; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 331 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 156; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 472; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 10.

¹⁵³ Dazu hinten N 405 ff.

¹⁵⁴ BGE 128 III 142, 144, E. 3b); FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 165 und 168; HASENBÖHLER, 193; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 132 f.; KUNZ, Rechtsnatur, 156.

¹⁵⁵ BGE 90 II 490, 495 f., E. 4; BGE 65 II 2, 15, E. 4.I.c); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 758 OR, N 3; BÜHLER/HÄRING, SZW 2009, 104; KUNZ, Rechtsnatur, 153; BUCHER, 399; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 301; MEIER-WEHRLI, 116 f.

¹⁵⁶ Urteil des BGer 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3; Urteil des BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3; Urteil des BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.2; BGE 118 II 496, 498, E. 5a).

¹⁵⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452a ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 68 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 322; vgl. auch JENNY, N 285 (Klageverzicht); SCHNYDER/BOPP, 506 (Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis).

¹⁵⁸ SCHNYDER/BOPP, 506.

¹⁵⁹ BUCHER, 400.

¹⁶⁰ JENNY, N 286; BUCHER, 400.

Der Entlastungsbeschluss bzw. der Klageverzicht begründet demzufolge eine relative Einrede, die nur gegenüber der Gesellschaft und den zustimmenden Aktionären wirksam ist.¹⁶¹

- 83 Wie FORSTMOSER richtig feststellt, ist der Untergang des Anspruchs durch die Entlastung mit der Theorie der Prozessstandschaft nicht zu vereinbaren.¹⁶² Auch einer allfälligen Klage der Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, und der Gläubiger stünde der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung entgegen.¹⁶³ Um diesen Missstand zu umgehen, gehen BÜRGI/NORDMANN davon aus, dass die Wirkung des Entlastungsbeschlusses – also der Untergang des Gesellschaftsanspruchs – erst dann definitiv eintrete, wenn weder die Aktionäre innert der sechsmonatigen Frist noch die Gesellschaftsgläubiger im Konkursfall einen Prozess einleiten.¹⁶⁴ Dies würde jedoch zu einer völligen Aushöhlung der Entlastungswirkungen führen. Folgt man der Theorie der Prozessstandschaft, ist m.E. deshalb von einem Klageverzicht auszugehen.

4. Solidarität und Rückgriff

a) Differenzierte Solidarität im Aussenverhältnis

(1) Allgemeines

- 84 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit statuiert keine Haftung für das verantwortliche Gesamtorgan, sondern nur für das pflichtwidrige, kausale und schuldhaftige Verhalten von einzelnen Personen.¹⁶⁵ Insofern bildet die Solidarhaftung keinen eigenständigen Haftungsgrund, sondern setzt vielmehr das Vorliegen aller Haftungsvoraussetzungen bei jedem Beteiligten bereits voraus.¹⁶⁶ Sie regelt, in welchem Umfang eine Person im Aussenverhältnis für einen gemeinsam mit anderen verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann.¹⁶⁷

¹⁶¹ JENNY, N 286. Nicht explizit von einem Klageverzicht ausgehend, jedoch die relative Einrede befürwortend BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 452a; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 322.

¹⁶² FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 224 f., insb. FN 427. Zur Theorie der Prozessstandschaft hinten N 603 und N 636.

¹⁶³ ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 1.

¹⁶⁴ ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 1.

¹⁶⁵ CHK-BINDER/ROBERTO, Vor Art. 752–763 OR, N 2; JENNY, N 63; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 53.

¹⁶⁶ JENNY, N 68; MEINHARDT, 141; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 374.

¹⁶⁷ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 52 f.

(2) Differenzierte Solidarität

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, haften sie gemäss Art. 759 i.V.m. Art. 143 ff. OR solidarisch.¹⁶⁸ Der *differenzierten Solidarität* nach Art. 759 Abs. 1 OR zufolge geht die Solidarität eines jeden Haftpflichtigen nur soweit, als ihm der Schaden aufgrund seines *eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist*. Der Ersatzpflichtige kann sich deshalb auch im Aussenverhältnis auf Herabsetzungsgründe nach Art. 43 f. OR berufen.¹⁶⁹ Jeder Haftpflichtige kann nur für denjenigen Betrag belangt werden, für den er aufkommen müsste, wenn er alleine haftpflichtig wäre.¹⁷⁰ Bis zu diesem sogenannten *individuellen Solidaritätsplafond* haftet jeder einzelne solidarisch auch für die Zahlungsausfälle der anderen Haftpflichtigen.¹⁷¹ Die Summe aller individuellen Höchstbeträge übersteigt den effektiv zu ersetzenden Gesamtschaden, andernfalls läge keine Solidarhaftung vor.¹⁷²

(3) Geltendmachung des Gesamtschadens

Grundsätzlich hat der Geschädigte den relevanten Schaden für *jeden einzelnen* Verantwortlichen gesondert nachzuweisen.¹⁷³ Art. 759 Abs. 2 OR gewährt dem Geschädigten jedoch die Möglichkeit, mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einzuklagen und vom Richter die Festsetzung der Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten zu verlangen. Der Gesamtschaden kann verschiedene Schadenskomplexe bzw. Einzelschäden umfassen und von unterschiedlichen Verursacherkreisen herbeigeführt worden sein.¹⁷⁴ Allerdings muss der Geschä-

¹⁶⁸ JENNY, N 64.

¹⁶⁹ Urteil des BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 10.4; Urteil des BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.5.1, nicht publ. in BGE 133 III 116; BGE 132 III 564, 577 f., E. 7 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1; JENNY, N 71 m.w.H.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 483; MEINHARDT, 147; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 118 f.; T. MÜLLER, 295; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 107.

¹⁷⁰ JENNY, N 71; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 53; T. MÜLLER, 295.

¹⁷¹ JENNY, N 71 m.w.H.; NOBEL, 113; T. MÜLLER, 295.

¹⁷² Vgl. das Rechenbeispiel bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 504 ff., insb. N 507, wonach der Solidaritätsplafond von A 1000 und derjenige von B 1040 (wovon 500 solidarisch mit A und 540 ohne Solidarität) beträgt. Deren Summe von 2040 übersteigt den effektiv zu ersetzenden Schaden von 1540 und auch den eingeklagten Gesamtschaden von 1600. Vgl. auch CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 760 OR, N 9; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 393 f.; T. MÜLLER, 298.

¹⁷³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 371; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 59; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 65.

¹⁷⁴ JENNY, N 846; MEINHARDT, 147 f.; NOBEL, 113; T. MÜLLER, 294.

digte auch in solchen Fällen den Gesamtschaden beweisen.¹⁷⁵ Das Gesetz entbindet den Geschädigten lediglich, den Gesamtschaden auf die verschiedenen Verursacherkreise aufzuteilen und den individuellen Solidaritätsplafond jedes einzelnen Schädigers – unter Antizipation aller Herabsetzungsgründe – zu beziffern.¹⁷⁶ Bei Vorliegen mehrerer Schadenspositionen, welche auf verschiedenen Lebenssachverhalten beruhen, musste der Kläger bis anhin für den Fall, dass er nur einen Teil des Gesamtschadens geltend machen wollte, dem Gericht die Prüfungsreihenfolge bekanntgeben, andernfalls eine unzulässige alternative Klagenhäufung vorlag und auf die Klage nicht eingetreten wurde.¹⁷⁷ Unter expliziter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung verzichtet das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung auf die Angabe der Prüfungsreihenfolge.¹⁷⁸ Der Kläger kann folglich einen Teil der Gesamtforderung im Rahmen einer Teilklage geltend machen, ohne die Prüfungsreihenfolge bekanntgeben zu müssen.

87 Nach Art. 759 Abs. 2 OR hat der Kläger im Falle des Unterliegens – zumindest vor erster Instanz¹⁷⁹ – lediglich das Gerichts- und Prozesskostenrisiko nur gegenüber einer einzigen Gegenpartei zu übernehmen.¹⁸⁰ Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass der Kläger im Allgemeinen nicht von Anfang an imstande ist, die Verantwortlichkeit jedes einzelnen Verwaltungsrates einzuschätzen.¹⁸¹ Der subjektiv-historisch hergeleitete Schutzzweck von Art. 759 Abs. 2 OR entfällt prinzipiell im Rechtsmittelverfahren, da dort die Unsicherheit bezüglich

¹⁷⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 759, N 24; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 759, N 7; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 759 OR, N 8; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, GesKR 2009, 491 ff.; MEINHARDT, 148; T. MÜLLER, 296 f.; vgl. NOBEL, 113 (in Bezug auf jeden einzelnen der potentiell Ersatzpflichtigen).

¹⁷⁶ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 759 OR, N 8; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 497; MEINHARDT, 148; vgl. auch BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 53.

¹⁷⁷ BGE 142 III 683.

¹⁷⁸ BGE 144 III 452, 460 f., E. 2.4.

¹⁷⁹ Urteil des BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 12.2; BGE 137 III 577, 578 f., E. 8.3; Urteil des BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 7.1; BGE 125 III 138, 139, E. 2c); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 759, N 28; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 123; DASSER/ROTH, 287; REITER, 196. Kritisch betreffend die Beschränkung auf das erstinstanzliche Verfahren BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 126 f.

¹⁸⁰ Grundlegend BGE 122 III 324, 326, E. 7b) (= Pra 86 [1997] Nr. 39); bestätigt in BGE 125 III 138, 139, E. 2a); Urteil des BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.1; Urteil des BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 12.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 759, N 27 f.; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 123; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 63; DASSER/ROTH, 287; REITER, 196; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 122 ff.

¹⁸¹ BGE 122 III 324, 325 f., E. 7b) (= Pra 86 [1997] Nr. 39); DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 123.

der ins Recht zu fassenden Beteiligten weitgehend ausgeräumt ist.¹⁸² Die Rechtsprechung lässt jedoch unter zwei Voraussetzungen eine Ausnahme zu. Zum einen muss vor diesem Verfahren, d.h. im Zeitpunkt des Beschlusses darüber, gegen wen im Einzelnen ein Rechtsmittel eingereicht werden soll, die Unsicherheit über die ins Recht zu fassenden Beklagten ausnahmsweise in gleichem Masse fortbestehen, wie vor dem erstinstanzlichen Verfahren.¹⁸³ Zum anderen dürfen zwischen den (Rechtsmittel) Beklagten keine Interessenkonflikte bestehen, aufgrund der sie begründeten Anlass haben, sich einzeln (oder in Gruppen mit gleichen Interessen) vertreten zu lassen.¹⁸⁴

Die Prozessentschädigung für weitere Beklagte und ihre Anwälte schuldet er nur, wenn für eine getrennte anwaltliche Vertretung sachliche Gründe sprechen.¹⁸⁵ Dies ist dann zutreffend, wenn mehrere beklagte Organe intern in einem Interessenkonflikt stehen und es einem Anwalt standesrechtlich untersagt ist, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig belasteten.¹⁸⁶ 88

Die Feststellung der Ersatzpflicht jedes Schädigers im *Aussenverhältnis* hat keine Bindungswirkung für allfällige Regressverfahren im *Innenverhältnis* zwischen den einzelnen Schädigern.¹⁸⁷ 89

b) Rückgriff im Innenverhältnis

Wer im Aussenverhältnis mehr als seinen Anteil zu leisten hatte, kann folglich im Innenverhältnis Rückgriff auf die Mitverantwortlichen nehmen.¹⁸⁸ Die Schadenersatzpflicht der einzelnen Verantwortlichen im Innenverhältnis wird durch den Richter nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen verteilt.¹⁸⁹ Die Verteilung 90

¹⁸² Urteil des BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 12.2 und 12.5; Urteil des BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.1; BGE 125 III 138, 139, E. 2c).

¹⁸³ Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 12.2.2; vgl. Urteil des BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 12.5.

¹⁸⁴ Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 12.2.2.

¹⁸⁵ Urteil des BGer 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 12.2; Urteil des BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.1; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 759, N 28; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 123; DASSER/ROTH, 287; REITER, 197.

¹⁸⁶ Urteil des BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.1; BGE 125 III 138, 140, E. 2d); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 759, N 8; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 759 OR, N 10; vgl. auch DRUEY/GLANZMANN, Gesellschaftsrecht, § 14, N 123; DASSER/ROTH, 289; REITER, 196 f.

¹⁸⁷ MEINHARDT, 149; T. MÜLLER, 295; vgl. NOBEL, 113.

¹⁸⁸ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 228 und N 235; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 111; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 402.

¹⁸⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 110; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 401.

folgt in *Würdigung aller Umstände*, wobei namentlich das Verschulden der einzelnen Verantwortlichen zu berücksichtigen ist.¹⁹⁰ Im Innenverhältnis hat jeder Verantwortliche nur seinen Anteil am Schadenersatz zu leisten.¹⁹¹ Es besteht insofern keine Solidarität.¹⁹²

5. Verjährung

- 91 Nach Art. 760 OR verjährt ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach fünf Jahren von dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat. Die Existenz, die Beschaffenheit und wesentlichen Merkmale des Schadens müssen soweit feststehen, dass eine substantiierte Klage formuliert werden kann.¹⁹³ Nicht ausreichend ist die blossе Möglichkeit der Kenntnisnahme bzw. das Kennenmüssen des Schadens.¹⁹⁴ Für die Konkursverwaltung beginnt die Frist mit deren Bestellung zu laufen¹⁹⁵ und für den Liquidator am Tag nach der Bestätigung des Nachlassvertrages durch das Gericht.¹⁹⁶ Die (relative) Verjährungsfrist des Verantwortlichkeitsanspruchs der Gläubigergesamtheit, welcher einem Gesellschaftsgläubiger nach Art. 260 SchKG abgetreten wurde, kann nicht einsetzen, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde, denn die Forderung der Gläubigergesamtheit ist vor diesem Zeitpunkt nicht einklagbar.¹⁹⁷ Hinreichende Kenntnis wird für die Gläubiger aus indirektem Schaden in der Regel

¹⁹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 110; vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 401 und N 404.

¹⁹¹ MEINHARDT, 157; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 403.

¹⁹² Sofern nicht ein Mitverantwortlicher zahlungsunfähig ist und die übrigen diesen Anteil gemäss Art. 148 Abs. 3 OR *gleichmässig* zu tragen haben.

¹⁹³ Urteil des BGer 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 5.3; unter aOR BGE 116 II 158, 160 f., E. 4; BGE 109 II 433, 435, E. 2 (= Pra 73 [1984] Nr. 78); BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 262 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 469; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 74; REITER, 167.

¹⁹⁴ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 263; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 148.

¹⁹⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 21; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1271; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 470; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 74; REITER, 167; PERREN, 117; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 329; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 149.

¹⁹⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 21 in fine; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 470; vgl. REITER, 167.

¹⁹⁷ BGE 136 III 322, 331, E. 4.4; Urteil des BGer 4A_174/2007 vom 13. September 2007, E. 5.2; BGE 122 III 195, 202, E. 9c (= Pra 85 [1996] Nr. 208); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 21; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 760, N 5; vgl. REITER, 167 f.; PERREN, 117; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 510.

gegeben sein, wenn der Kollokationsplan und das Inventar zur Einsicht aufgelegt worden sind.¹⁹⁸

Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren beginnt vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet. Handelt es sich beim schädigenden Verhalten um eine Unterlassung, läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt, in welchem der Schaden nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem üblichen Lauf der Dinge letztmals mit pflichtgemäßem Handeln hätte vermieden werden können.¹⁹⁹ Bei fortgesetzter schädigender Handlung oder Unterlassung beginnt die Frist, wenn das pflichtwidrige Verhalten geendet hat.²⁰⁰

Diese Verjährungsregelung ist an diejenige der unerlaubten Handlung nach Art. 60 OR angelehnt, wobei letztere jedoch eine relative Verjährungsfrist von lediglich einem Jahr vorsieht. Wie Art. 60 Abs. 2 OR enthält auch Art. 760 Abs. 2 OR einen ausdrücklichen Vorbehalt für eine längere Verjährungsfrist des Strafrechts.²⁰¹

II. Haftung aus unerlaubter Handlung

A. Vorbemerkungen

Wie vorne gezeigt wurde, sind bestimmte Verantwortlichkeitsansprüche deliktischer Natur.²⁰² Im Folgenden werden deshalb die Voraussetzungen der unerlaubten Handlung beschrieben, auf welche zurückzugreifen ist, sofern sie nicht durch die einzelnen Anspruchsgrundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit besonders geregelt sind.

¹⁹⁸ BGE 136 III 322, 331, E. 4.4; BGE 122 III 195, 202, E. 9c) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BGE 116 II 158, 161, E. 4a); BGE 111 II 164, 167, E. 1a); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 22; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1271; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 470; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 74; REITER, 167; PERRIN, 118; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 149.

¹⁹⁹ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 263; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 471.

²⁰⁰ Urteil des BGer 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012, E. 2.1; Urteil des BGer 4A_67/2008 vom 27. August 2009, E. 7.3; Urteil des BGer 4A_65/2008 vom 3. August 2009, E. 9.2; vgl. BGE 112 II 172, 189, E. II.2b) (zu Art. 60 Abs. 2 OR); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 27; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 263; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 472; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 73; REITER, 168.

²⁰¹ Näheres bei CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 760, N 28 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 473 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 152 ff.

²⁰² Vorne N 25 ff.

B. Voraussetzungen

1. Schaden

a) Begriff

- 95 Das schweizerische Obligationenrecht definiert den Begriff *Schaden* nicht. «Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven^[203] oder in entgangenem Gewinn [lucrum cessans] bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte [...]»²⁰⁴

b) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

- 96 Die Abgrenzung des unmittelbaren Schadens vom mittelbaren wird anhand der Länge der Kausalkette vorgenommen.²⁰⁵ Ein unmittelbarer Schaden liegt vor, wenn sich der Schaden unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. Ein mittelbarer Schaden ist gegeben, wenn das Schadensereignis seinerseits Schäden herbeiführt oder wenn es Massnahmen verhindert, die Gewinn einbringen oder Schaden abwenden.²⁰⁶

c) Direkter und indirekter Schaden

- 97 Das Bundesgericht hält treffend fest, dass: «[...] nur derjenige einen ersatzpflichtigen Schaden erlitten hat, der durch eine unerlaubte Handlung direkt betroffen ist und dem dadurch ein direkter Schaden in seinem Vermögen zugefügt worden ist; der Dritte, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden – bzw. indirekten Schaden – erleidet, besitzt grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher. Ausnahmen bestehen zum einen hinsichtlich der gesetzlichen Ansprüche auf Versorger-schaden (Art. 45 Abs. 3 OR) und auf Genugtuung (Art. 47 OR) bei Tod oder

²⁰³ Die Verminderung der Aktiven und die Vermehrung der Passiven werden unter den Begriffen *positiver Schaden* oder auch *damnum emergens* zusammengefasst. Dazu SCHWENZER, N 14.13; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 152 m.w.H.

²⁰⁴ Urteil des BGer 4A_393/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 4.1; Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008, E. 3.3.1; vgl. auch BGE 142 IV 237, 239 f., E. 1.3.1; BGE 139 V 176, 187 f., E. 8.1.1.; BGE 133 III 462, 471, E. 4.4.2; BGE 132 III 321, 323 f., E. 2.2.1; BGE 132 III 359, 366, E. 4; BGE 129 III 331, 332, E. 2.1.

²⁰⁵ BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 7; SCHWENZER, N 14.27; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 7.

²⁰⁶ BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 7.

Körperverletzung eines Angehörigen. Zum anderen hat der Drittbetroffene einen Ersatzanspruch, wenn der Urheber der schädigenden Handlung eine Verhaltensnorm verletzt hat, die Dritte nach ihrem Zweck vor Beeinträchtigungen der eingetretenen Art schützen soll; die Frage, ob ein direkter (ersatzfähiger) oder ein indirekter Schaden (Reflexschaden, nicht ersatzfähiger Schaden) vorliegt, deckt sich insoweit mit der Frage nach der Widerrechtlichkeit der Schädigung [...].»²⁰⁷

d) Schadensberechnung

Vom Schadensbegriff ist die Schadensberechnung zu unterscheiden, wobei diese eng mit dem Schadensbegriff verknüpft ist. 98

Kann der Schaden konkret berechnet werden, so ist die Berechnung unter Anwendung der Differenztheorie vorzunehmen. Dieser zufolge entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.²⁰⁸ 99

Aus dem Bereicherungsverbot als Grundprinzip des allgemeinen Haftpflichtrechts als auch aus der Differenztheorie ergibt sich, dass im Rahmen der Schadensberechnung auch eine allfällige Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen ist.²⁰⁹ Diese setzt zum einen voraus, dass ein *innerer Zusammenhang* mit dem schädigenden Ereignis besteht und zum anderen, dass der Vorteil *aufgrund* des schädigenden Ereignisses entstanden ist.²¹⁰ Der anrechenbare Vorteil muss nicht bereits eingetreten sein, sondern kann auch bloss künftig sein, sofern dieser mit einiger Sicherheit eintreten wird.²¹¹ 100

Für das Bundesgericht ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Urteils der letzten kantonalen Instanz, vor welcher noch neue Tatsachen vorgebracht werden konnten, für die Schadensberechnung massgebend.²¹² Dies soll zwischenzeitlichen 101

²⁰⁷ BGE 138 III 276, 279, E. 2.2; vgl. BGE 131 III 306, 310, E. 3.1.1; BGE 127 III 403, 407, E. 4b/aa); BGE 126 III 521, 522, E. 2a); BGE 112 II 118, 124 f., E. 5b/c) m.w.H.

²⁰⁸ BGE 142 IV 237, 239 f., E. 1.3.1; Urteil des BGer 4A_393/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 4.1; BGE 139 V 176, 187 f., E. 8.1.1; Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008, E. 3.3.1; BGE 133 III 462, 471, E. 4.4.2; BGE 132 III 321, 323 f., E. 2.2.1; BGE 132 III 359, 366, E. 4; BGE 129 III 331, 332, E. 2.1; JENNY, N 776; WEBER, Stolpersteine, 189; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 360; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 77; UMBACH/WEBER, 112 und 122; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 149.

²⁰⁹ BSK ORI-KESSLER, Art. 42, N 7; BK-BREHM, Art. 42 OR, N 27 f.; NATER/BLUMER, 54; SUTER, 24.

²¹⁰ BSK ORI-KESSLER, Art. 42, N 8; BK-BREHM, Art. 42 OR, N 31 ff. und N 34 ff.; SUTER, 24; vgl. auch NATER/BLUMER, 56 ff.

²¹¹ SUTER, 24.

²¹² Urteil des BGer 6B_515/2008 vom 19. November 2008, E. 5.2.2; BGE 99 II 214, 216, E. 3b); SUTER, 24 f.

Veränderungen des Schadens Rechnung tragen.²¹³ wobei dies nur Sinn ergibt, wenn der Schaden bis zum Urteilszeitpunkt anwächst oder sich durch Vorteilsanrechnung reduziert. Ist keine Veränderung zu erwarten, kann auf den Zeitpunkt des Schadeneintritts abgestellt werden.²¹⁴ Teilweise wird auch ein Wahlrecht des Geschädigten zwischen den beiden erwähnten Zeitpunkten gewährt.²¹⁵

e) *Schadenersatzbemessung*

- 102 Im Rahmen der Schadenersatzbemessung²¹⁶ wird durch gerichtliches Ermessen festgelegt, welchen Teil des Schadens der Ersatzpflichtige tatsächlich zu ersetzen hat.²¹⁷ Bei der Bemessung berücksichtigt das Gericht gemäss Art. 43 Abs. 1 OR sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens.
- 103 Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht bei Einwilligung oder Selbstverschulden des Geschädigten ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Die Ersatzpflicht kann insbesondere dann ermässigt werden, wenn das Selbstverschulden des Geschädigten zur Vergrösserung eines bereits bestehenden Schadens geführt hat, d.h. wenn er gegen seine Schadenminderungspflicht verstossen hat.²¹⁸

2. *Widerrechtlichkeit*

a) *Begriff*

- 104 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich: «[...] wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, d.h. wenn entweder ein absolutes Recht^[219] des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht).^[220] Da das Vermögen kein absolutes subjektives Rechtsgut darstellt, ist eine reine Vermögensschädigung nur rechtswidrig, wenn sie auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zurückgeht, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient. Solche Normen können sich aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung ergeben, einerlei, ob es sich um Privat-, Verwaltungs- oder Strafrecht handelt, ob sie geschriebenes oder un-

²¹³ SUTER, 25.

²¹⁴ Vgl. SUTER, 25.

²¹⁵ SUTER, 25.

²¹⁶ Zur Frage, ob im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die paulianische Anfechtung als Schadenminderungspflicht zu berücksichtigen ist, hinten N 279 ff.

²¹⁷ SCHWENZER, N 16.01.

²¹⁸ SCHWENZER, N 16.14.

²¹⁹ Zur Verletzung absolut geschützter Rechte SCHWENZER, N 50.05 ff.

²²⁰ BGE 141 III 527, 534, E. 3.2; BGE 119 II 127, 128, E. 3.

geschriebenes Recht darstellen oder dem Bundes- oder kantonalen Recht entstammen [...]»²²¹

Führt keine Handlung, sondern ein Unterlassen zu einer Schädigung, ist die Widerrechtlichkeit nur dann gegeben, wenn eine Schutznorm zugunsten des Geschädigten ein Handeln ausdrücklich verlangt.²²² 105

b) Grundsatz: Ersatzfähigkeit direkter Schäden

Die Frage der Ersatzfähigkeit von direkten und indirekten Schäden ist im Rahmen der Widerrechtlichkeit zu beantworten.²²³ Im Grundsatz gilt, dass nur direkte Schäden ersatzfähig sind.²²⁴ Ein Dritter, welcher aufgrund einer besonderen Beziehung zum direkt Geschädigten einen indirekten Schaden erleidet, hat grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher.²²⁵ 106

c) Ausnahme: Ersatzfähigkeit indirekter Schäden

Das Gesetz sieht Ausnahmeregelungen vor, um die Ersatzfähigkeit indirekter Schäden in bestimmten Fällen zu ermöglichen. So z.B. beim Versorgerschaden nach Art. 45 Abs. 3 OR und beim indirekten Aktionärs- und Gläubigerschaden nach Art. 756 f. OR.²²⁶ 107

3. Kausalität

Die schuldhaft und widerrechtliche Schädigung führt nur dann zu einer Haftung des Schädigers, sofern dessen Verhalten für den eingetretenen Schaden kausal war.²²⁷ 108

Natürliche Kausalität ist gegeben, wenn das schädigende Verhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfiel (conditio sine 109

²²¹ Zum Ganzen BGE 141 III 527, 534, E. 3.2 m.w.H.

²²² BGE 141 III 513, 516, E. 5.3.1; Urteil des BGer 4A_520/2007 vom 31. März 2008, E. 2.1.

²²³ BGE 138 III 276, 279, E. 2.2 m.w.H.; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 8: «Die Abgrenzung zwischen Eigen- und Reflexschaden [...] geht auf in der Frage der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden und damit letztlich [sic] in der Bestimmung des Schutzbereiches von Vermögensschutznormen [...]»

²²⁴ SCHWENZER, N 14.20; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 5; DOBLER/VON DER CRONE, SZW 2005, 214.

²²⁵ BGE 138 III 276, 279, E. 2.2; BGE 132 III 564, 569, E. 3.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 131 III 306, 310, E. 3.1.1 m.w.H.; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 3; SCHWENZER, N 14.20; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 8; BK-BREHM, Art. 41 OR, N 20; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 5.

²²⁶ Vgl. vorne N 97. Zum indirekten Gläubigerschaden hinten N 413 ff. Zum indirekten Aktionärsschaden hinten N 422 ff.

²²⁷ SCHWENZER, N 19.01; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 14.

qua non).²²⁸ Dieses Verhalten muss jedoch weder alleinige noch unmittelbare Ursache des Erfolgs sein.²²⁹ Ein Ereignis hat als adäquate Ursache eines Erfolgs zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.²³⁰

- 110 Die Kausalität bei Unterlassungen kann nur hypothetisch festgestellt werden. Zunächst ist zu prüfen, ob eine Handlungspflicht bestand, d.h. ob die Unterlassung widerrechtlich war.²³¹ Danach ist zu prüfen, ob die gebotene Handlung den eingetretenen Schaden nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindert hätte (hypothetischer Kausalzusammenhang).²³²

4. Verschulden

- 111 Die ausservertragliche Haftung setzt grundsätzlich das Verschulden des Schädigers voraus.²³³ In subjektiver Hinsicht ist das Verschulden gegeben, wenn der Schädiger im Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens urteilsfähig war.²³⁴ Dieser muss also in der Lage sein, das Unrecht seines Verhaltens zu erkennen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln.²³⁵ In objektiver Hinsicht kann beim Verschulden zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden werden. Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen des Erfolgs. Wer den Erfolg nicht will, jedoch billigend in Kauf nimmt, handelt eventualvorsätzlich.²³⁶
- 112 Fahrlässigkeit bedeutet das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Gemäss dem objektivierten Verschuldensmassstab ist diejenige Sorg-

²²⁸ BGE 141 V 93, 108, E. 8.1; BGE 141 V 71, 87, E. 8.1; BGE 141 V 51, 66, E. 8.1; BGE 129 V 177, 181, E. 3.1; BGE 128 III 174, 177, E. 2b); BGE 119 V 335, 337, E. 1; BGE 118 V 286, 289, E. 1b); BÜHLER, Kausalität, 66; SCHWENZER, N 19.01; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 15; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 50, insb. FN 282.

²²⁹ Urteil des BGer 4A_307/2013 vom 6. Januar 2014, E. 2.1.2; BGE 133 III 462, 470, E. 4.4.2; BGE 125 IV 195, 197, E. 2b); BGE 119 V 335, 337, E. 1.

²³⁰ Urteil des BGer 6B_183/2010 vom 23. April 2010, E. 3; BGE 129 V 177, 181, E. 3.2; BGE 125 V 456, 461 f., E. 5a); BGE 123 III 110, 112, E. 3a); BGE 118 V 286, 289, E. 1b); BÜHLER, Kausalität, 66; SCHWENZER, N 19.03; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 16; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 243; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 50, insb. FN 283; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 157.

²³¹ Dazu vorne N 104 f.

²³² BGE 141 III 513, 516, E. 5.3.1; Urteil des BGer 4A_520/2007 vom 31. März 2008, E. 4; BGE 124 III 155, 165, E. 3d); BGE 115 II 440, 447 f., E. 5a).

²³³ SCHWENZER, N 22.01; BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 1.

²³⁴ Vgl. BGE 116 Ia 162, 170, E. 2c); SCHWENZER, N 22.03.

²³⁵ SCHWENZER, N 22.04.

²³⁶ SCHWENZER, N 22.12.

falt aufzubringen, welche eine vernünftige Person in der konkreten Situation aufgebracht hätte.²³⁷ Unfähigkeit oder Sorglosigkeit entlasten den Schädiger nicht. Höhere Fachkenntnis ist dem Schädiger jedoch anzurechnen, so dass er sein Verschulden nicht durch Anwendung der üblichen Sorgfalt beseitigen kann.²³⁸ Der Schädiger haftet grundsätzlich für jedes Verschulden, d.h. bereits bei leichter Fahrlässigkeit.²³⁹

Die Beweislast für das Verschulden liegt gemäss Art. 8 ZGB grundsätzlich beim Geschädigten. Die Objektivierung des Verschuldensmassstabs führt jedoch dazu, dass die bereits im Rahmen der Widerrechtlichkeit festgestellte Pflichtverletzung das Verschulden indiziert. Hat der Geschädigte die Widerrechtlichkeit des Verhaltens bewiesen, wird das Verschulden nur noch in Ausnahmefällen verneint werden können.²⁴⁰ 113

III. Vertragliche Anspruchsgrundlage

Wie vorne gezeigt wurde, sind bestimmte Verantwortlichkeitsansprüche vertraglicher Natur.²⁴¹ Da die allgemeinen Grundlagen der vertraglichen und deliktischen Haftung übereinstimmen, gelten hinsichtlich der Voraussetzungen im Grundsatz die vorne gemachten Ausführungen zur unerlaubten Handlung.²⁴² Im Folgenden werden deshalb lediglich die Vertragsverletzung, welche an die Stelle der Widerrechtlichkeit tritt, und deren Folgen beschrieben. 114

Bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung kommen grundsätzlich die Verzugs- und Schadenersatzfolgen gemäss Art. 97 ff. OR zur Anwendung. 115

Nebst der Unmöglichkeit und dem Verzug kann ein Vertrag durch Schlechterfüllung verletzt sein. Ist kein bestimmter Erfolg, sondern lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet, kann eine solche positive Vertragsverletzung durch die Verletzung einer Sorgfaltspflicht entstehen.²⁴³ 116

Resultiert aus der Vertragsverletzung ein Schaden, so ist dieser zu ersetzen, falls der Schaden kausal auf die Vertragsverletzung zurückzuführen ist²⁴⁴ und der Schuldner nicht nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Anders als bei der Haftung aus unerlaubter Handlung wird das Verschulden vermutet.²⁴⁵ 117

²³⁷ BGE 116 Ia 162, 169 f., E. 2c); SCHWENZER, N 22.14.

²³⁸ SCHWENZER, N 22.17.

²³⁹ SCHWENZER, N 22.23.

²⁴⁰ SCHWENZER, N 22.21.

²⁴¹ Vorne N 25 ff.

²⁴² Vorne N 94 ff.

²⁴³ SCHWENZER, N 67.05.

²⁴⁴ Allgemein zur Kausalität vorne N 108 ff.

²⁴⁵ SCHWENZER, N 68.07. Zum Verschulden bei der unerlaubten Handlung vorne N 111 f.

- 118 Der Schadenersatz lautet auf das positive Interesse, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, als ob der Schuldner ordnungsgemäss erfüllt hätte.²⁴⁶ Die Berechnung des Schadens kann konkret anhand der Differenztheorie²⁴⁷ oder abstrakt erfolgen.²⁴⁸ Die abstrakte Berechnungsmethode kommt zur Anwendung, wenn sich der Schaden der exakten Berechnung entzieht und bspw. anhand von Börsen- oder Marktpreisen ermittelt werden muss.

IV. Culpa in contrahendo

A. Allgemeines

- 119 Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) ist im OR nicht explizit geregelt.²⁴⁹ Einzelne Bestimmungen, welche einen Schadenersatzanspruch für Verschulden aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten vorsehen, sind in Art. 26, Art. 36 Abs. 2, Art. 39 OR sowie Art. 411 Abs. 2 ZGB zu finden.²⁵⁰ Das Bundesgericht ordnet die Haftung aus culpa in contrahendo der Vertrauenshaftung zu,²⁵¹ welche auch die Haftung für Rat und Auskunft²⁵² sowie die Konzernvertrauenshaftung²⁵³ umfasst.²⁵⁴

B. Voraussetzungen

- 120 Die Haftung aus culpa in contrahendo setzt einen geschäftlichen Kontakt bzw. das Führen von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien voraus, wodurch ein erhöhtes Vertrauen begründet wurde.²⁵⁵
- 121 Das Vertrauen muss durch eine Pflichtverletzung enttäuscht worden sein. Hier von Interesse sind v.a. die vorvertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten bei Abschluss eines nachteiligen Vertrages.²⁵⁶ Grundsätzlich gibt es keine generelle Aufklärungspflicht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet: «[...] bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht

²⁴⁶ SCHWENZER, N 68.06.

²⁴⁷ Vorne N 98 ff.

²⁴⁸ SCHWENZER, N 14.33; UMBACH/WEBER, 135 f.

²⁴⁹ SCHWENZER, N 47.02.

²⁵⁰ SCHWENZER, N 47.02.

²⁵¹ BGE 140 III 200, 203, E. 5.2 (= Pra 103 [2014] Nr. 102); BGE 134 III 390, 395, E. 4.3.2.

²⁵² BGE 134 III 390, 395, E. 4.3.2.

²⁵³ BGE 121 III 350, 355, E. 6c); BGE 120 II 331, 335 ff., E. 5a).

²⁵⁴ SCHWENZER, N 52.02.

²⁵⁵ BGE 116 II 695, 698, E. 3; SCHWENZER, N 47.03.

²⁵⁶ SCHWENZER, N 47.09.

zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können [...].^[257] Insbesondere bei vorbestehendem oder vom Vertrag vorausgesetztem Vertrauensverhältnis kann eine – unaufgeforderte – Aufklärung über Tatsachen, welche für den Vertragsabschluss bedeutsam erscheinen, zumutbar sein. Unzumutbar ist demgegenüber in aller Regel die spontane Aufklärung über die eigene Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit [...].»²⁵⁸ «In welchem Masse die Parteien einander gegenseitig aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten ab.»²⁵⁹

Nebst dem Vertrauensverhältnis und dessen Verletzung setzt die Haftung aus culpa in contrahendo Schaden, Kausalität und Verschulden voraus,²⁶⁰ wobei hinsichtlich des Verschuldens eine Beweislastumkehr gelten soll.²⁶¹ 122

C. Verjährung

Das Bundesgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich die Verjährungsfrist nach Art. 60 OR richtet.²⁶² 123

D. Rechtsfolgen

Sind sämtliche Voraussetzungen der Haftung aus culpa in contrahendo gegeben, ist das negative Interesse geschuldet, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, als ob nie Vertragsverhandlungen stattgefunden hätten.²⁶³ Bei einem nachteiligen Vertragsabschluss kann ein Gestaltungsrecht auf teilweise oder vollständige Aufhebung des Vertrages sachgerecht sein.²⁶⁴ 124

²⁵⁷ BGE 125 III 86, 89, E. 3c).

²⁵⁸ BGE 125 III 86, 89, E. 3c) m.w.H.

²⁵⁹ BGE 105 II 75, 80, E. 2a); SCHWENZER, N 47.09.

²⁶⁰ SCHWENZER, N 47.06. Zum Schaden vorne N 95 ff. Zur Kausalität vorne N 108 ff. Zum Verschulden BGE 105 II 75, 80, E. 2a) sowie vorne N 111 ff. und N 117.

²⁶¹ SCHWENZER, N 48.06.

²⁶² BGE 134 III 390, 396 f., E. 4.3.2 m.w.H.

²⁶³ BGE 140 III 200, 203, E. 5.2 (= Pra 103 [2014] Nr. 102).

²⁶⁴ SCHWENZER, N 47.14.

§ 4 Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

- 125 Zum besseren Verständnis der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und besonders im Hinblick auf die Auslegung der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage (§ 11) und die Untersuchung einzelner Lösungsansätze de lege ferenda im 4. Teil werden im Folgenden die Funktionen der Verantwortlichkeitsklage beschrieben.

I. Schadensausgleichsfunktion

- 126 Hauptfunktion der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist diejenige des Schadensausgleichs (auch *Reparations-* oder *Kapitalschutzfunktion*).²⁶⁵ Die Geschädigten sollen so gestellt werden, wie wenn die schädigende Handlung und damit auch die Schädigung ausgeblieben wäre.²⁶⁶
- 127 Die Verantwortlichkeitsklage dient dem Erhalt des Gesellschaftsvermögens durch Ausgleich von pflichtwidrig verursachten Schäden.²⁶⁷ Dadurch wird auch der Wert der Beteiligungsrechte gesichert.²⁶⁸ Die Schadensausgleichsfunktion ist sowohl auf direkte Schäden von Aktionären und Gläubigern als auch indirekte Schäden anwendbar, wobei letztere grundsätzlich durch Leistung an die Gesellschaft ersetzt werden. Aufgrund des grossen Kosten-Nutzen-Gefälles ist jedoch der Anreiz zur Anhebung einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft in der Regel gering.²⁶⁹
- 128 Die Schadensausgleichsfunktion findet ihre Grenze im haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbot.²⁷⁰ Gerade im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die eine Vielzahl potentieller Kläger umschreibt, deren Klagen auf den Ausgleich desselben Gesellschaftsschadens gerichtet sein können, kommt dem Bereicherungsverbot besondere Bedeutung zu.

²⁶⁵ Erläuternder Bericht zum VE-OR 2014, 74; VON DER CRONE/BLOCH, 88; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 3; so wohl auch BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 228 f.

²⁶⁶ VON DER CRONE/BLOCH, 92 in fine; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 6, bei FN 30.

²⁶⁷ PERREN, 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 36; KUNZ, Rechtsnatur, 104.

²⁶⁸ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 36.

²⁶⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 14; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 50, N 581 und N 1191.

²⁷⁰ Allgemein zum Bereicherungsverbot BGE 131 III 12, 16, E. 7.1 m.w.H.

II. Präventivfunktion

Die Schadenersatzpflicht als Sanktion soll die Verantwortlichen dazu anhalten, ihre Pflichten zu erfüllen.²⁷¹ Es soll die Sorgfalt steigern und damit auch die Wahrscheinlichkeit für sorgfaltswidriges Verhalten reduzieren.²⁷² Die Verhaltenssteuerung ist m.E. jedoch nicht primäre Funktion des Verantwortlichkeitsrechts.²⁷³ Dies zeigt sich darin, dass das schweizerische Haftpflichtrecht – und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit als Teil davon – keine pönalen Elemente i.S.v. überkompensatorischen Zahlungen vorsieht.²⁷⁴ Die pönale Komponente wird durch das Strafrecht abschliessend geregelt.²⁷⁵

Die übermässige Gewichtung der Präventivfunktion würde zu einem risikoaversiven Verhalten der Verantwortlichen führen, die das für eine erfolgreiche Unternehmensführung notwendige Ermessen einschränkt.²⁷⁶ Ebenso wäre die Zulässigkeit der Versicherbarkeit des Haftungsrisikos bei stärkerer Gewichtung der Präventivfunktion nur schwer zu rechtfertigen.²⁷⁷

III. Individualschutzfunktion

A. Direkter Schaden

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gewährt den einzelnen Aktionären und Gläubigern individuellen Schutz, indem sie direkt und unabhängig voneinander gegen die Verantwortlichen vorgehen können, um Ersatz für den ihnen direkt zugefügten Schaden zu erhalten.²⁷⁸

B. Indirekter Schaden

Beim indirekten Schaden kommt der Individualschutz durch die individuelle Aktivlegitimation der einzelnen Aktionäre gemäss Art. 756 Abs. 1 OR und im

²⁷¹ Erläuternder Bericht zum VE-OR 2014, 74; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 21; KUNZ, Rechtsnatur, 106 f.

²⁷² VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 22.

²⁷³ So wohl auch BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 228 f.; vgl. auch KUNZ, Rechtsnatur, 106 f. m.w.H.; a.A. PERREN, 3. Zur Hauptfunktion vorne N 126 ff.

²⁷⁴ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 228 f.

²⁷⁵ Vgl. KUNZ, Rechtsnatur, 106 f., FN 92. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit vorne N 14 ff.

²⁷⁶ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 229. Kritisch VON DER CRONE/BLOCH, 90 ff., wonach die Haftung für leichte Fahrlässigkeit bereits de lege lata dazu führe, dass verantwortungsbewusste Personen tendenziell auf die Übernahme eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandates verzichten.

²⁷⁷ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 229.

²⁷⁸ Vgl. PERREN, 3; KUNZ, Rechtsnatur, 105.

Konkurs der Gesellschaft durch die subsidiäre Aktivlegitimation der Gläubiger und Aktionäre gemäss Art. 757 Abs. 2 OR zum Ausdruck.

- 133 Die Ausgestaltung der Aktivlegitimation als Individualrecht gemäss Art. 756 Abs. 1 OR hat ihre Grundlage im Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, welcher dazu führt, dass die Gesellschaft kaum gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung vorgehen wird.²⁷⁹ Auch besteht die Gefahr, dass die die Gesellschaft kontrollierende Mehrheit der Aktionäre mit dem Verwaltungsrat unter einer Decke steckt und damit einem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung entgegensteht.²⁸⁰
- 134 Während ausserhalb des Konkurses nur Leistung an die Gesellschaft verlangt werden kann, kommt im Konkurs der Gesellschaft in Anlehnung an Art. 260 SchKG ein Vorabbefriedigungsrecht der Kläger zur Anwendung.²⁸¹ Die Individualschutzfunktion im Konkurs der Gesellschaft ist jedoch subsidiär zur Eintreibungsfunktion.

IV. Eintreibungsfunktion

- 135 Im Konkurs der Gesellschaft ändert sich die Funktion der Verantwortlichkeitsklage wesentlich. Es geht nicht mehr darum, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft und den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten, sondern, einzig im Interesse der Gläubiger, das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen.²⁸² Entsprechend sieht Art. 757 Abs. 1 OR vor, dass es zunächst der Konkursverwaltung zusteht, *die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen*.
- 136 Die Eintreibungsfunktion der Verantwortlichkeitsklage ist konsequent vom Zweck der paulianischen Anfechtung zu unterscheiden.²⁸³ Die Eintreibungsfunktion kann sich nur auf *Schäden der Gesellschaft* beziehen. Sind ausschliesslich die Konkursgläubiger geschädigt bzw. fehlt es an einem Gesellschaftsschaden, ist eine paulianische Anfechtung in Betracht zu ziehen, um das verlorene Haftungssubstrat wiederzubeschaffen.²⁸⁴

²⁷⁹ Dazu hinten N 396.

²⁸⁰ Dazu hinten N 398 ff., insb. N 401.

²⁸¹ Vgl. PERREN, 3; KUNZ, Rechtsnatur, 105.

²⁸² BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 1; KUNZ, Rechtsnatur, 103 f.

²⁸³ Zum Zweck der paulianischen Anfechtung hinten N 235.

²⁸⁴ Dazu hinten N 235 ff., insb. N 242 und N 248 f.

V. Keine Garantiefunktion

Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird die Garantiefunktion abgelehnt.²⁸⁵ Obwohl einige Anzeichen auf ein strenges Verantwortlichkeitsrecht hindeuten,²⁸⁶ liegt ein allzu strenger Haftungstatbestand weder im Interesse der Gesellschaft noch der Aktionäre. Je strenger die Haftung ausgestaltet ist, desto grösser wird die Gefahr, dass sich zum einen nicht mehr die geeigneten Personen auf die Organfunktion einlassen und dass zum anderen die mangelnde Risikobereitschaft zu einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens führt.²⁸⁷

²⁸⁵ PERREN, 6 f.; KUNZ, Rechtsnatur, 109.

²⁸⁶ PERREN, 5; KUNZ, Rechtsnatur, 107 f.

²⁸⁷ PERREN, 6 m.w.H.

§ 5 Anwendbares Recht und Gerichtsstand

- 138 Im Hinblick auf die Untersuchung einzelner Lösungsansätze *de lege ferenda* im 4. Teil werden im Folgenden das anwendbare Recht und der Gerichtsstand für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen beschrieben.

I. Anwendbares Recht

- 139 Für Verantwortlichkeitsansprüche gilt das Gesellschaftsstatut,²⁸⁸ d.h. schweizerisches Recht ist anzuwenden, wenn in der Schweiz eine Verantwortlichkeitsklage gegen Organe einer schweizerischen AG eingereicht wird.²⁸⁹
- 140 Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe einer ausländischen Gesellschaft mit Zweigniederlassung in der Schweiz richten sich nach ausländischem Recht.²⁹⁰ Zu beachten ist jedoch die Sonderanknüpfung nach Art. 159 IPRG für im Ausland gegründete Gesellschaften, die in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt werden. Für Verantwortlichkeitsansprüche ist folglich schweizerisches Recht anwendbar, falls die Geschäfte einer Gesellschaft in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt werden.²⁹¹

II. Gerichtsstand

A. IPRG

- 141 Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen gelten als gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 151 IPRG.²⁹² Es sind deshalb alternativ die Gerichte am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz bzw. am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten zuständig.²⁹³
- 142 Für Klagen aus Verantwortlichkeit infolge Prospekthaftung sind gemäss Art. 151 Abs. 3 IPRG ausserdem die Gerichte am Ausgabeort zuständig. Diese Zuständigkeit kann durch eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

²⁸⁸ Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. g IPRG; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Vor Art. 752–761, N 30; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 136.

²⁸⁹ Urteil des BGer 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 3; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 136.

²⁹⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4 in fine.

²⁹¹ Vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 136.

²⁹² Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 137.

²⁹³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Vor Art. 752–761, N 24 f.; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 137.

Hinsichtlich der Sonderanknüpfung gemäss Art. 159 IPRG ist die Zuständigkeit nach Art. 152 IPRG zu beachten, wonach alternativ am Wohnsitz bzw. am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten oder am Ort, wo die ausländische Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird, geklagt werden kann.²⁹⁴ 143

Gemäss Art. 8a IPRG ist das für eine beklagte Partei zuständige schweizerische Gericht für alle beklagten Parteien zuständig, wenn sich eine Klage gegen mehrere Streitgenossen richtet, die nach diesem Gesetz in der Schweiz verklagt werden können. Diese Bestimmung begründet jedoch keinen schweizerischen Gerichtsstand für passive Streitgenossenschaften, sondern erlaubt lediglich eine örtliche Verfahrenskonzentration.²⁹⁵ 144

B. LugÜ

Bei Anwendbarkeit des LugÜ gelten die allgemeinen Regeln gemäss Art. 2 ff. LugÜ. Der Gerichtsstand im Staat des Gesellschaftssitzes nach Art. 22 Ziff. 2 LugÜ steht nicht zur Verfügung.²⁹⁶ 145

Neben dem allgemeinen Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ bestehen gemäss Art. 5 LugÜ Alternativzuständigkeiten am schweizerischen Sitz der Gesellschaft.²⁹⁷ Für deliktische Verantwortlichkeitsansprüche²⁹⁸ besteht nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eine örtliche Zuständigkeit am Handlungs- oder Erfolgsort.²⁹⁹ Bei vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Verantwortlichkeitsansprüchen³⁰⁰ kann gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ eine Person mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat in einem anderen Vertragsstaat am Erfüllungsort eingeklagt werden.³⁰¹ 146

Organe einer ausländischen Gesellschaft mit einer Zweigniederlassung in der Schweiz können gemäss Art. 5 Ziff. 5 LugÜ am Ort der Zweigniederlassung verklagt werden.³⁰² 147

²⁹⁴ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 137.

²⁹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 137.

²⁹⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 138; DASSER/ROTH, 261.

²⁹⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 138.

²⁹⁸ Vorne N 28 f., N 30 f., N 40, N 42 und N 44

²⁹⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a.

³⁰⁰ Vorne N 33 ff., N 41, N 43 und N 44.

³⁰¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a.

³⁰² BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 138.

- 148 Sind im Rahmen einer passiven Streitgenossenschaft sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts gegeben, so kann nach Art. 6 Ziff. 1 LugÜ ein Haftpflichtiger mit Wohnsitz in einem anderen Vertragsstaat ebenfalls in der Schweiz eingeklagt werden.³⁰³ Dies setzt voraus, dass: «[...] zwischen den Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.»³⁰⁴ In der Lehre ist die Frage umstritten, ob der Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ entgegen seinem Wortlaut auf Streitgenossen mit Wohnsitz ausserhalb eines LugÜ-Vertragsstaates ausgedehnt werden kann.
- 149 Gemäss Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ ist das LugÜ nicht auf Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren anwendbar. Verantwortlichkeitsklagen, welche von der Konkursverwaltung geführt werden, fallen jedoch nicht unter diesen Ausnahmetatbestand.³⁰⁵ Selbiges gilt im Rahmen der bundesgerichtlichen Ablösungstheorie, wonach der Anspruch der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkursöffnung durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst wird.³⁰⁶

C. ZPO

- 150 Im Anwendungsbereich der ZPO ist für eine Verantwortlichkeitsklage alternativ das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig,³⁰⁷ wobei der statutarische Sitz zur Zeit der Klageeinreichung massgebend ist.³⁰⁸
- 151 Sämtliche Parteien einer passiven Streitgenossenschaft können gemäss Art. 15 Abs. 1 ZPO vor dem für eine beklagte Partei zuständigen Gericht verklagt werden. Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist es somit möglich, mehrere Personen gemeinsam vor demselben Gericht am Wohnsitz einer beklagten Partei zu verklagen, sofern Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen sowie dieselbe Verfahrensart anwendbar ist und dieselbe sachliche Zuständigkeit vorliegt.³⁰⁹

³⁰³ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 138.

³⁰⁴ Art. 6 Ziff. 1 LugÜ.

³⁰⁵ DASSER/ROTH, 259 f.

³⁰⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 4a; DASSER/ROTH, 260.

³⁰⁷ Art. 40 ZPO.

³⁰⁸ BGE 115 II 160, 166, E. 3d); MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 351.

³⁰⁹ DASSER/ROTH, 258.

2. Teil Voraussetzungen und Abgrenzung der Verantwortlichkeitsklage

Im 1. Teil dieser Arbeit wurden die Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit beschrieben und es wurde festgestellt, dass die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit teilweise auf einer vertraglichen und teilweise auf einer deliktischen Rechtsnatur beruhen. 152

Bevor auf den zweiten Teilaspekt der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage eingegangen wird, welcher sich mit der Frage beschäftigt, ob sich die Klagen der Aktionäre und Gläubiger aus Art. 756 f. OR auf ein materielles Forderungsrecht oder auf eine Prozessstandschaft stützen, ist in diesem Teil zunächst auf die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage (§ 6) und die Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen (§ 7) einzugehen. 153

Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage sind namentlich deshalb von Bedeutung, weil das Bundesgericht durch seine Praxis im Konkurs die Klagebefugnis der direkt geschädigten Aktionäre und Gläubiger eingeschränkt hat. Es hat dazu Anpassungen an einzelnen Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage vorgenommen, auf welche im 3. Teil zurückzukommen sein wird. 154

Im Rahmen der Abgrenzung der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Anspruchsgrundlagen steht v.a. die paulianische Anfechtung im Vordergrund. Dies hängt ebenfalls mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zusammen, welche sich lange Zeit mit der Abgrenzung schwergetan hat, indem sie der Konkursverwaltung die Aktivlegitimation für fremde Ansprüche erteilt hat. 155

§ 6 Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsanspruchs

I. Voraussetzungen

- 156 Die Entstehung des Anspruchs aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit erfordert eine vom Verantwortlichen verschuldete Pflichtverletzung, welche adäquat kausal zu einem Schaden führt. Auf diese Anspruchsvoraussetzungen ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

II. Schaden

A. Definition

1. Schadensbegriff

- 157 Der für aktienrechtliche Verantwortlichkeit relevante Schadensbegriff lässt sich der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen,³¹⁰ weshalb auf die Ausführungen zum Schadensbegriff im Rahmen unerlaubten Handlung verwiesen wird.³¹¹

2. Direkter und indirekter Schaden

a) Allgemeines

- 158 Die Unterscheidung zwischen dem direkten und dem indirekten Schaden knüpft an die Person des Geschädigten an.³¹² Das Bundesgericht differenzierte einige Jahre lang zwischen dem direkten und dem indirekten Schaden anhand eines anderen Kriteriums. Es knüpfte zur Unterscheidung der beiden Schäden an die angerufene Schutznorm an. Auf diese in der Zwischenzeit wieder aufgegebene Abgrenzung im Rahmen der X. Corporation-Praxis ist hinten näher einzugehen.³¹³
- 159 Das Bundesgericht und ein grosser Teil der Lehre sprechen im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von *unmittelbaren* und *mittelbaren* Schäden,³¹⁴ wobei jedoch *direkte* bzw. *indirekte* Schäden zu verstehen sind.³¹⁵

³¹⁰ JENNY, N 30 in fine; WEBER, Stolpersteine, 189; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 360; GLASL, SZW 2005, 159.

³¹¹ Vorne N 95 ff.

³¹² SCHWENZER, N 14.19; vgl. BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 8; SCHIESS, 25. Zum direkten und indirekten Schaden bei der unerlaubten Handlung vorne N 97.

³¹³ Hinten N 186 ff.

³¹⁴ Zum unmittelbaren und mittelbaren Schaden vorne N 96.

³¹⁵ BGE 122 III 176, 190, E. 7b); BGE 110 II 391, 393, E. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 576c; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 231, insb. FN 13; DOBLER/VON DER

b) *Direkter Schaden*

Ist eine Person durch eine schädigende Handlung in ihren Rechtsgütern selbst betroffen, so ist sie direkt geschädigt.³¹⁶ Teilweise wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass ein direkter Schaden im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dann gegeben sei, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs das Vermögen des Aktionärs oder Gläubigers schädigt, *ohne gleichzeitig das Vermögen der Aktiengesellschaft zu vermindern*.³¹⁷ Diese Ansicht verkennt m.E., dass dieselbe Pflichtwidrigkeit adäquat kausal sowohl zu einem direkten Schaden der Aktionäre oder Gläubiger und der Gesellschaft führen kann,³¹⁸ ohne dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit der einzelnen Schäden gegeben sein muss.

c) *Indirekter Schaden*

Indirekt geschädigt ist eine Person, wenn sie nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum direkt Geschädigten einen Schaden erleidet.³¹⁹

M.E. ist präzisierend festzuhalten, dass im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der indirekte Schaden vom Bestand des direkten Schadens abhängig ist, d.h. wenn der direkte Schaden ersetzt wird, entfällt auch der indirekte Schaden.³²⁰ Es geht somit um diejenigen Fälle, in welchen (juristisch betrachtet) zwei verschiedene Vermögensmassen geschädigt werden, aus ökonomischer Sicht die Summe aller indirekten Schäden betragsmässig jedoch mit dem direkten Schaden übereinstimmt.³²¹ Der indirekte Schaden ist somit akzessorisch – also in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis – zum direkten Schaden.

Aus der Akzessorietät des indirekten Schadens folgt, dass dieser grundsätzlich indirekt, d.h. durch Leistung an die (direkt geschädigte) Gesellschaft, er-

CRONE, SZW 2005, 214, insb. FN 22; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 80 und N 82; PERREN, 23 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 189.

³¹⁶ SCHWENZER, N 14.19; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 361; MEIER-WEHRLI, 51; vgl. BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 8.

³¹⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 16; WEBER, Stolpersteine, 191.

³¹⁸ Hinten N 165, N 184 und N 485.

³¹⁹ BGE 131 III 306, 310 ff., E. 3.1.1 und E. 3.2.1; vgl. auch BSK ORI-KESSLER, Art. 41, N 8. Allgemein zum indirekten Schaden vorne N 97.

³²⁰ Vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 8, insb. FN 46, wonach der Gesellschaftsschaden *conditio sine qua non* für den Schaden der Aktionäre und Gläubiger sein muss. SCHIESS, 146, wonach der Terminus *unselbständiger Anspruch* die Abhängigkeit vom Bestand einer Forderung gegen die Gesellschaft veranschaulichen soll. MEIER-WEHRLI, 86.

³²¹ Vgl. WALTER, 80; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 8, wonach der indirekte Schaden summenmässig mit dem Gesellschaftsschaden identisch sei.

setzt wird.³²² Der indirekte Schaden kann ausnahmsweise direkt ersetzt werden, wenn im Konkurs der Gesellschaft ein Gesellschaftsgläubiger einen Verantwortlichkeitsanspruch geltend macht. Diesem steht ein Vorabbefriedigungsrecht aus dem Prozesserlös zu.³²³

B. Schaden der Gesellschaft

1. Direkter Schaden

a) Allgemeines

164 Ein Gesellschaftsschaden liegt bspw. vor, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht zinstragend angelegt³²⁴ oder für private Zwecke verwendet wird,³²⁵ wenn die Gesellschaft durch unterschätzte Anlagerisiken³²⁶ oder spekulative Kreditvergabe zu Verlust kommt.³²⁷

165 Ebenso liegt ein Gesellschaftsschaden vor, wenn ein Gläubiger oder Aktionär einen direkten Schaden erleidet und die Gesellschaft aufgrund der Zurechnung nach Art. 722 OR oder Art. 55 ZGB dafür haftbar gemacht wird.³²⁸ Diesen kann sie u.U. gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen. Kein Gesellschaftsschaden entsteht, wenn der Geschädigte direkt gegen den Verantwortlichen vorgeht bzw. keine Forderung gegenüber der Gesellschaft geltend macht.

b) Fortführungsschaden

166 Besteht die begründete Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz zu erstellen und u.U. den Richter zu benachrichtigen.³²⁹ Unterlässt der Verwaltungsrat pflichtwidrig die Benachrichtigung des Richters, kann das Weiterwirtschaften zu einem Fortführungsschaden infolge Konkursverschleppung führen.³³⁰

³²² Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 Abs. 1 OR; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 15 in fine; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 364a.

³²³ Art. 757 Abs. 2 OR sowie Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG. Vgl. auch die Ausnahme im Rahmen der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinten N 1025.

³²⁴ BGE 99 II 176, 184, E. 4; JENNY, N 31; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 167.

³²⁵ JENNY, N 31; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 167.

³²⁶ JENNY, N 31; vgl. MEIER-WEHRLI, 51

³²⁷ JENNY, N 31; vgl. MEIER-WEHRLI, 51.

³²⁸ JENNY, N 31 in fine; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 48; vgl. auch ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 45.

³²⁹ Hinten N 268 ff.

³³⁰ Zur Berechnung des Fortführungsschadens hinten N 175 ff.

Kein Fortführungsschaden liegt vor, wenn in der Überschuldungsphase 167
Schulden der Gesellschaft beglichen bzw. zurückbezahlt werden.³³¹ Die Aktiven
und Passiven der Gesellschaft nehmen im selben Umfang ab, wodurch es ledig-
lich zu einer Bilanzverkürzung kommt. Selbiges gilt für Finanzierungsgeschäfte.
Nimmt die Gesellschaft ein Darlehen auf, erhöhen sich die Aktiven und Pas-
siven gleichermaßen, wodurch es zu einer Bilanzverlängerung kommt.³³² Ein
Schaden kann jedoch dadurch entstehen, dass die Gesellschaft aufgrund ihrer
angespannten finanziellen Situation höhere Darlehenszinsen zu bezahlen hat.

Demgegenüber scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass der über- 168
schuldeten Gesellschaft bereits durch die Aufnahme eines Darlehens ein Scha-
den entsteht, weil dadurch *ungedekte Verbindlichkeiten* begründet werden.³³³
Damit verkennt das Bundesgericht jedoch, dass der Gesellschaft Aktiven in der-
selben Höhe zukommen und folglich für die Gesellschaft kein Schaden entsteht.

Investitionen der Gesellschaft in der Überschuldungsphase können zu einem 169
Schaden bei der Gesellschaft führen, wenn die Investition bereits zum Erwerbs-
zeitpunkt zu Liquidationswerten bilanziert werden müsste. Kein Gesellschafts-
schaden entsteht hingegen, wenn die Gesellschaft Investitionen tätigt, die sie
auch zu Liquidationswerten ohne Verlust rückgängig machen kann, z.B. indem
sie Güter erwirbt, welche jederzeit zum Marktwert bzw. Einstandspreis wieder
veräussert werden können.

2. Indirekter Schaden

Die Gesellschaft kann gemäss h.L. nicht indirekt, sondern nur direkt geschädigt 170
werden.³³⁴ Den indirekten Schaden, der einer Muttergesellschaft aufgrund der
Schädigung ihrer Tochtergesellschaft zugefügt wird, erleidet sie in ihrer *Eigen-
schaft als Aktionärin* und nicht als (geschädigte) *Gesellschaft*. Es handelt sich
somit um einen indirekten Aktionärsschaden. Die Tatsache, dass die Aktionärin
zugleich eine Gesellschaft ist, ist somit unbeachtlich.

³³¹ Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra92 [2003] Nr. 105); a.A. noch Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4c).

³³² Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 333 f.

³³³ BGE 127 III 374, 381, E. 3e).

³³⁴ KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 15; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 338; GRAF, GesKR 2012, 381; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 576c; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1256 in fine; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 8; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 83; PERREN, 26, insb. FN 112; UMBACH/WEBER, 117; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 16; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 187.

3. Schadensberechnung

a) Allgemeines

- 171 Entsprechend der Differenztheorie liegt der Gesellschaftsschaden in der Differenz zwischen dem Stand des Vermögens im Zeitpunkt des Gerichtsurteils und dem hypothetischen Stand des Vermögens ohne das schädigende Ereignis.³³⁵
- 172 Zum Schaden der Gesellschaft gehört auch der Schadenszins, welcher ab dem Zeitpunkt der Schädigung geschuldet ist.³³⁶
- 173 Ist der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar oder dessen Berechnung unzumutbar, ist dieser gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen des Richters zu schätzen.³³⁷ Diese Bestimmung entbindet den Geschädigten jedoch nicht von der Beweislast.³³⁸ Dieser hat vielmehr alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.³³⁹

b) Ersatzfähiger Schaden

- 174 Bei der Schadensberechnung bleibt zu berücksichtigen, dass der berechnete Schaden nicht immer dem *ersatzfähigen* Schaden entspricht. Ersatzfähig ist nämlich nur der *widerrechtlich und schuldhaft verursachte Teil* des Schadens. Die Ersatzpflicht besteht nur für den Teil des Schadens, der bei pflichtgemässem Handeln vermieden worden wäre.³⁴⁰

c) Berechnung des Fortführungsschadens

- 175 Anders als bei der konkreten Schadensberechnung, bei welcher lediglich die betroffenen Aktiven und Passiven in die Berechnung einbezogen werden,³⁴¹

³³⁵ JENNY, N 776; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 360. Allgemein zur Schadensberechnung vorne N 98 ff.

³³⁶ Urteil des BGer 4C.182/2006 vom 12. Dezember 2006, E. 5.2; SUTER, 190; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 364c.

³³⁷ Urteil des BGer 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, E. 4.4.3; WEBER, Stolpersteine, 196; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 373; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 59; REITER, 190; UMBACH/WEBER, 131; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 63; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 159.

³³⁸ Urteil des BGer 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, E. 4.4.3; WEBER, Stolpersteine, 196; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 373; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 59; REITER, 190; UMBACH/WEBER, 131; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 159.

³³⁹ Urteil des BGer 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012, E. 3.3.2; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 55 m.w.H.

³⁴⁰ Zum Ganzen BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 366 f.

³⁴¹ JENNY, N 776; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 4; UMBACH/WEBER, 125; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 206.

kommt bei der Berechnung des Fortführungsschadens der Gesellschaft der Gesamtvermögensvergleich zur Anwendung.³⁴²

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist beim Fortführungsschaden die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte.³⁴³ Er kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird.³⁴⁴ Es gilt also, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkursöffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe die Konkursöffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen.³⁴⁵ Zu diesem Zweck kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkursöffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts nach sich.³⁴⁶ In diesem Stadium hat der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt wird, seine Bedeutung verloren.³⁴⁷

Die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen bildet dagegen keine bundesrechtlich verbindliche Grundlage, die der Schadensberechnung zugrunde zu legen wäre.³⁴⁸

³⁴² ISLER/SCHOTT, Haftung, 31 f.; JENNY, N 776; SUTER, 22; UMBACH/WEBER, 125 ff.

³⁴³ Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; Urteil des BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 2.1; BGE 136 III 322, 325, E. 3.2; BGE 132 III 564, 575 f., E. 6.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 132 III 342, 348, E. 2.3.3; Urteil des BGer 4C.262/2000 vom 15. Dezember 2000, E. 2.

³⁴⁴ Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; BGE 136 III 322, 325, E. 3.2.1; Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 3, nicht publ. in BGE 132 III 222. Vgl. auch BGE 136 III 322, 326, E. 3.3; Urteil des BGer 4C.192/2003 vom 13. Oktober 2003, E. 3.3 sowie BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 369a, wonach der Fortführungsschaden belegt werden könne, indem man die effektive Konkursdividende mit der hypothetischen vergleicht, die bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters zu erwarten gewesen wäre. Zur berechtigten Kritik LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 158; SUTER, 205.

³⁴⁵ Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; BGE 136 III 322, 325 f., E. 3.2.1; BGE 132 III 564, 575 f., E. 6.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, E. 4.4.3; Urteil des BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/aa; Urteil des BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, in: LUTERBACHER, ST 2000, 1271; JENNY, N 776; SUTER, 188; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 369a.

³⁴⁶ Art. 736 Ziff. 3 und Art. 740 Abs. 5 OR; Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; BGE 136 III 322, 326, E. 3.2.1; SUTER, 189.

³⁴⁷ Urteil des BGer 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.1; BGE 136 III 322, 326, E. 3.2.1 in fine; Urteil des BGer 4A_509/2007 vom 28. Januar 2008, E. 2.1; Urteil des BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 2.5; SUTER, 190.

³⁴⁸ BGE 136 III 322, 326, E. 3.3; BGE 132 III 342, 348, E. 2.3.3.

178 Das Bundesgericht bezieht nachrangige Schulden bei der Berechnung des Fortführungsschadens als Verbindlichkeiten ein.³⁴⁹ Dieses Vorgehen ist in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen.³⁵⁰ Im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision sollen nachrangige Schulden ausdrücklich bei der Berechnung des Fortführungsschadens ausgeschlossen werden. Der neue Abs. 4 von Art. 757 E-OR 2016 lautet wie folgt: «In die Berechnung des Schadens der Gesellschaft sind Forderungen von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, nicht mit einzubeziehen.»

4. Schadenersatzbemessung

179 Im Grundsatz ist der gesamte Schaden zu ersetzen.³⁵¹ Die Ersatzpflicht kann jedoch aufgrund eines Herabsetzungsgrundes im Rahmen der Schadenersatzbemessung³⁵² reduziert werden. Betreffend die Haftung aus unerlaubter Handlung sind die Herabsetzungsgründe in Art. 43 f. OR erwähnt. Durch den Verweis in Art. 99 Abs. 2 OR sind diese Bestimmungen auch auf vertragliche Verhältnisse anwendbar.

C. Aktionärsschaden

1. Direkter Schaden

180 Ist ein Aktionär unmittelbar in seinem Vermögen geschädigt, handelt es sich um einen direkten Schaden.³⁵³ Die Anspruchsgrundlagen für den direkten Schaden bilden Art. 752–755 OR.³⁵⁴

181 Der Aktionär kann bspw. direkt geschädigt werden, wenn er aufgrund gefälschter Bilanzen zum Aktienkauf bewegt wird³⁵⁵ oder wenn ihm zustehende

³⁴⁹ Urteil des BGer 4A_91/2011 vom 9. Juni 2011, E. 3.4; Urteil des BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3; Urteil des BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3.

³⁵⁰ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 207 ff. m.w.H.

³⁵¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 99; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 342.

³⁵² Allgemein zur Schadenersatzbemessung vorne N 102 f.

³⁵³ BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; JENNY, N 33; WEBER, Stolpersteine, 191; PERREN, 25; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 188. Allgemein zum direkten Schaden vorne N 97 und N 160.

³⁵⁴ JENNY, N 33 (zumindest Art. 754 OR); KNOBLOCH, 159; SCHIESS, 33.

³⁵⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 16; JENNY, N 34; KNOBLOCH, 178; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 247; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 167 f.; MEIER-WEHRLI, 52 f.; vgl. auch Urteil des BGer 4C.198/2000 vom 28. September 2000, E. 3 (Aktienkauf gestützt auf den Revisionsbericht).

Bezugsrechte oder Dividenden vorenthalten werden.³⁵⁶ Ein Schaden kann sich auch aus einer sonstigen Ungleichbehandlung ergeben.³⁵⁷

Die Schadensberechnung erfolgt nach der Differenztheorie.³⁵⁸ Im Rahmen der Prospekthaftung ist für die Berechnung des Schadens der vom Investor aufgrund der falschen Angaben bezahlte Ausgabepreis mit dem (hypothetischen) Wert des Titels zu vergleichen, der damals bezahlt worden wäre, wenn der Markt die wahren Umstände gekannt hätte.³⁵⁹ 182

2. Indirekter Schaden

Der indirekte Schaden³⁶⁰ des Aktionärs leitet sich vom Schaden der Gesellschaft ab und liegt in der Wertverminderung seiner Aktien.³⁶¹ Der Schaden der Gesellschaft muss *conditio sine qua non* für den indirekten Schaden sein.³⁶² Dem Aktionär steht gemäss Art. 680 Abs. 2 OR kein Recht zu, den einbezahlten Betrag zurückzufordern. Er hat nach Art. 745 OR lediglich einen Anspruch auf den Liquidationserlös nach Massgabe des einbezahlten Betrags. Die Schädigung der Gesellschaft wirkt sich somit im Sinne einer geschmälernten Beteiligungsanswartschaft auf die Aktionäre aus.³⁶³ Ebenso kann sich die Schädigung im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Aktien auf den Preis auswirken. 183

Ein indirekter Schaden liegt vor, wenn der Verantwortliche einen Dritten direkt schädigt und dieser aufgrund der Zurechnung nach Art. 722 OR oder Art. 55 ZGB den Anspruch gegenüber der Gesellschaft geltend macht.³⁶⁴ 184

Kein indirekter Schaden liegt indes vor, wenn die Gesellschaft selbst nicht geschädigt wurde, d.h. wenn die Gesellschaft in der Überschuldungsphase 185

³⁵⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 16; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 16; JENNY, N 34; KNOBLOCH, 178; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 362 in fine; PERREN, 25; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 14; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 195; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 47; MEIER-WEHRLI, 52.

³⁵⁷ JENNY, N 34; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168; vgl. auch FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 195; MEIER-WEHRLI, 52.

³⁵⁸ Vorne N 99.

³⁵⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 752, N 22; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1206.

³⁶⁰ Allgemein zum indirekten Schaden vorne N 97 und N 161 ff.

³⁶¹ BGE 131 III 306, 310, E. 3.1.1; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 15; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 15; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 348; WEBER, Stolpersteine, 190; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 233 in fine; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 226 und N 364; UMBACH/WEBER, 113; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 15; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 201.

³⁶² BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 15; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 8; vgl. auch vorne N 162.

³⁶³ WALTER, 80.

³⁶⁴ Vorne N 165.

Schulden begleicht bzw. zurückbezahlt, aber auch wenn sie Finanzierungsgeschäfte tätigt.³⁶⁵

D. Gläubigerschaden

1. X. Corporation-Praxis

- 186 Ein Gläubiger kann direkt oder indirekt geschädigt werden. Bis 1996 hatte das Bundesgericht die Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Schaden dem allgemeinen Haftpflichtrecht folgend anhand der Vermögensmasse, in welcher der Schaden eingetreten ist, vorgenommen.³⁶⁶
- 187 Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass ein direkt Geschädigter gegenüber den Konkursorganen bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen einen faktischen bzw. zeitlichen Vorteil genießt: «Da Verantwortlichkeitsansprüche meistens bestritten sind, können die Konkursorgane über deren Geltendmachung [...] erst nach der zweiten Gläubigerversammlung [...] entscheiden. Die Gläubiger mit unmittelbaren Schäden könnten demgegenüber ihre Schadenersatzansprüche bereits nach der Konkurseröffnung gegenüber den verantwortlichen Organen selbständig geltend machen, sobald das Ausmass ihres Ausfalls abschätzbar ist.»³⁶⁷
- 188 Um einen Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat zu verhindern, hatte das Bundesgericht das Ziel vor Augen, die individuelle Geltendmachung der Ansprüche der direkt Geschädigten einzuschränken.³⁶⁸ Da mit der Raschein-Praxis³⁶⁹ die Ansprüche aus dem Gesellschaftsschaden bzw. die Ansprüche aus indirekten Schäden der Gläubiger durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst werden und damit der Individualklage der Gläubiger entzogen sind, definierte es kurzerhand einen Grossteil der direkten Schäden in indirekte um.³⁷⁰ Die Abgrenzung sollte nicht mehr nach der Vermögens-

³⁶⁵ Vorne N 167 und N 169 sowie hinten N 248 und N 253 f.

³⁶⁶ BGE 122 III 176, 190, E. 7b); BGE 110 II 391, 393, E. 1; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 21; GRAF, GesKR 2012, 381; JENNY, N 89; ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 91; HARTMANN, SZW 2006, 323; RUOSS, 43 f.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 84 f.; UMBACH/WEBER, 118; PERREN, 30; vgl. vorne N 97 und N 158 ff.

³⁶⁷ BGE 122 III 176, 194, E. 7c).

³⁶⁸ BGE 122 III 176, 194, E. 7c); JENNY, N 102; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 233 und 251; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 302; BÖCKLI, Hürdenlauf, 37 f.; REITER, 175, insb. FN 43.

³⁶⁹ Dazu hinten N 452 ff.

³⁷⁰ WEBER, Stolpersteine, 193; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 301: «[...] beinahe schon tollkühne *Umdefinition* [...]» (Hervorhebung durch BÖCKLI); ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 91; WEBER, Beurteilung, 153 f.; BÖCKLI, Hürdenlauf, 37 f.; HASENBÖHLER, 48; RUOSS, 44; UMBACH/WEBER, 117; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168.

masse, sondern vielmehr nach der verletzten Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht erfolgen.³⁷¹

Dieser sogenannten *modifizierten Schutzzwecktheorie*³⁷² zufolge galt der Schaden nur dann als *direkt*, wenn die verletzte Norm *ausschliesslich* den Geschädigten schützt.³⁷³ Wenn die verletzte Norm hingegen sowohl den Geschädigten als auch die Gesellschaft schützt, galt der Schaden als *indirekt*, so dass der Geschädigte seinen Anspruch nach der Konkurseröffnung nicht mehr geltend machen konnte.³⁷⁴ 189

Im Ergebnis stellte das Bundesgericht fest, dass im Konkurs der Gesellschaft lediglich diejenigen Ansprüche der direkt geschädigten Gläubiger geltend gemacht werden können, welche sich entweder auf Art. 41 OR, den Tatbestand der culpa in contrahendo oder die Verletzung einer ausschliesslich dem Dritten dienenden Schutznorm stützen.³⁷⁵ 190

Entgegen aller Kritik der Lehre³⁷⁶ bestätigte das Bundesgericht das neue Abgrenzungskriterium.³⁷⁷ Diese Praxis führte jedoch in all jenen Fällen zu unhaltbaren Ergebnissen, in welchen der Schadensausgleich nicht durch die Gesellschaft stattfinden konnte, wenn sie also selbst nicht in ihrem Vermögen geschädigt war.³⁷⁸ 191

³⁷¹ BGE 122 III 176, 191, E. 7b); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17; WEBER, Stolpersteine, 193; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1257; ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 91; HARTMANN, SZW 2006, 323 f.; WEBER, Beurteilung, 154; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 85; BÖCKLI, Hürdenlauf, 37; HASENBÖHLER, 48; REITER, 174; RUOSS, 44; UMBACH/WEBER, 118; PERREN, 30 f.; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168.

³⁷² VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 10 ff.

³⁷³ BGE 122 III 176, 192, E. 7b); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 301; BÖCKLI, Hürdenlauf, 37 f.; REITER, 174; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168.

³⁷⁴ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 301; BÜHLER, Regulierung, N 721; HARTMANN, SZW 2006, 324; BÖCKLI, Hürdenlauf, 37 f.; HASENBÖHLER, 48; REITER, 174; RUOSS, 47; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168.

³⁷⁵ BGE 122 III 176, 191 f., E. 7b); bestätigt in BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 132 III 564, 570 f., E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 136 III 14, 20, E. 2.4 (= Pra 99 [2010] Nr. 72); BGE 141 III 112, 117, E. 5.2.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17; HARTMANN, SZW 2006, 324; WEBER, Beurteilung, 154; REITER, 174; RUOSS, 46; UMBACH/WEBER, 118 f.

³⁷⁶ Vgl. die Hinweise bei JENNY, N 104, insb. FN 382.

³⁷⁷ BGE 127 III 374, 377, E. 3b); BGE 125 III 86, 88, E. 3a) in fine.

³⁷⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 11 f.; DOBLER/VON DER CRONE, SZW 2005, 215; UMBACH/WEBER, 126 f.

192 Das Bundesgericht musste infolgedessen seine Rechtsprechung dahingehend *präzisieren*, dass der exklusive Schutzbereich als Abgrenzungskriterium zwischen direktem und indirektem Schaden nur dann zur Anwendung gelangt, wenn sowohl der Gläubiger als auch die Gesellschaft geschädigt wurden. Wurde hingegen ausschliesslich der Gläubiger geschädigt, handelt es sich auch dann um einen ersatzfähigen, direkten Schaden, wenn eine Doppelnorm verletzt wurde, die sowohl den Gläubiger als auch die Gesellschaft schützt.³⁷⁹ In BGE 131 III 306 (*Biber-Praxis*)³⁸⁰ ist das Bundesgericht schliesslich wieder zum ursprünglichen Abgrenzungskriterium der geschädigten Vermögensmasse zurückgekehrt³⁸¹ und hat die Einschränkung der Gläubigerklagen im Konkurs auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt.³⁸²

2. Aktuelle Praxis

a) Direkter Schaden

193 Ein direkter Schaden³⁸³ liegt vor, wenn dieser unabhängig von einer allfälligen Schädigung der Gesellschaft erfolgt.³⁸⁴ Die Anspruchsgrundlagen für den direkten Schaden bilden Art. 752–755 OR.

194 Ein direkter Schaden liegt bspw. vor, wenn der Gläubiger der sich in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Gesellschaft aufgrund gefälschter Bilanzen Kredit gewährt.³⁸⁵ Gleiches gilt, wenn er mit der Gesellschaft noch Austauschgeschäfte abschliesst, obwohl diese nach Art. 725 Abs. 2 OR bereits pflichtwidrig die Be-

³⁷⁹ Zum Ganzen Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); WEBER, Beurteilung, 155; DOBLER/VON DER CRONE, SZW 2005, 215; ROTH/VON DER CRONE, SZW 2003, 287 f. Rückkehr zum alten Abgrenzungskriterium bereits im Urteil des BGer 4C.188/2003 vom 22. Oktober 2003, E. 3.1 und Urteil des BGer 4C.316/2003 vom 3. März 2004, E. 6.1, je mit Verweis auf die ursprüngliche Definition in BGE 110 II 391, 393, E. 1; Urteil des BGer 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 4.

³⁸⁰ BGE 131 III 306, 310 f., E. 3.1.1 und E. 3.1.2.

³⁸¹ BGE 142 III 23, 31 f., E. 4.2.2; BGE 132 III 564, 568 f., E. 3.1 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 17 und N 20; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 5; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 22; GRAF, GesKR 2012, 381; JENNY, N 90 und N 219; WEBER, Stolpersteine, 194; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 233; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 301a; BÜHLER, Regulierung, N 721; HARTMANN, SZW 2006, 326; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 13 und 15; WEBER, Beurteilung, 156.

³⁸² Hinten N 464 ff. und N 473 ff.

³⁸³ Allgemein zum direkten Schaden vorne N 97 und N 160.

³⁸⁴ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 234.

³⁸⁵ KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 16; JENNY, N 35; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 576c; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 362; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 80; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 168; FORSTMOSER/MEIER-

nachrichtigung des Richters über ihre Überschuldung unterlassen hat.³⁸⁶ Der Gläubiger wird im Moment, in dem er seine Leistung erbringt, direkt geschädigt.³⁸⁷ Er hat seine Leistung gegen eine blossе Konkursdividende eingetauscht.³⁸⁸ Durch die Leistung des Gläubigers können der Gesellschaft Vermögenswerte zufließen, so dass sie aus dem Rechtsgeschäft in der Regel selbst nicht geschädigt wird.³⁸⁹ Muss diese die erhaltenen Vermögenswerte jedoch sofort zu Liquidationswerten bilanzieren, entsteht ihr ebenfalls ein direkter Schaden,³⁹⁰ welcher vom Schaden des Gläubigers zu unterscheiden ist. Der Schaden des Gläubigers liegt nämlich in der Differenz zwischen seiner Konkursdividende im Zeitpunkt der Leistung und dem Nennwert seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft.³⁹¹

b) Indirekter Schaden

Ein Gläubiger kann nicht indirekt geschädigt werden, solange die Gesellschaft als zahlungsfähig gilt.³⁹² Er wird vielmehr erst dann indirekt geschädigt,³⁹³ wenn die Gesellschaft überschuldet ist, wenn also das Fremdkapital nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist.³⁹⁴ Der indirekte Schaden tritt somit bereits mit der Überschuldung ein und nicht erst im Zeitpunkt der Konkurseröffnung.

Der indirekte Schaden des Gläubigers leitet sich vom Schaden der Gesellschaft ab. Der Schaden der Gesellschaft muss *conditio sine qua non* für den indirekten Schaden des Gläubigers sein.³⁹⁵ Ein indirekter Schaden ist auch gegeben, wenn ein Aktionär oder Gläubiger durch den Verantwortlichen direkt geschädigt wurde und aufgrund der Zurechnung nach Art. 722 OR oder Art. 55 ZGB die Gesellschaft dafür haftbar gemacht wird.³⁹⁶

HAYOZ/NOBEL, § 36, N 14; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 197; MEIER-WEHRLI, 53; vgl. HARTMANN, SZW 2006, 323.

³⁸⁶ JENNY, N 35.

³⁸⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 14.

³⁸⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43.

³⁸⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 333 f.; HARTMANN, SZW 2006, 323.

³⁹⁰ Vorne N 169.

³⁹¹ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 324.

³⁹² BGE 132 III 564, 568 f., E. 3.1.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 117 II 432, 439, E. 1b/dd); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 2; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 6; KÄLIN, AJP 2016, 140; GRAF, GesKR 2012, 385; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 577; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 231; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 267; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 96.

³⁹³ Allgemein zum indirekten Schaden vorne N 97 ff. und N 161 ff.

³⁹⁴ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 75; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 203.

³⁹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 15; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 8. Vgl. auch vorne N 162.

³⁹⁶ Vorne N 165.

- 197 Kein indirekter Schaden liegt indes vor, wenn die Gesellschaft selbst nicht geschädigt wurde, d.h. wenn die Gesellschaft in der Überschuldungsphase Schulden begleicht bzw. zurückbezahlt, aber auch wenn sie Finanzierungsgeschäfte abschliesst.³⁹⁷ Zwar kann sich die Konkursdividende infolge Verschlechterung der Exekutionsrechte reduzieren, jedoch entsteht weder der Gesellschaft ein direkter noch den Gesellschaftsgläubigern ein indirekter Schaden.
- 198 Teilweise wird in der Lehre der indirekte Schaden der Gläubiger auch als *Schaden der Gläubigergesamtheit*³⁹⁸ oder als *Gesamtgläubigerschaden*³⁹⁹ bezeichnet. Diese Gleichsetzung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die genannten Schadensbegriffe nicht mit dem *Schaden der Konkursgläubiger*, welcher sich aus der Verschlechterung der Exekutionsrechte ergibt,⁴⁰⁰ gleichzusetzen sind. Der Schaden der Konkursgläubiger ist im Rahmen der paulianischen Anfechtung von Bedeutung. Die Verwendung der Begriffe *Schaden der Gläubigergesamtheit* bzw. *Gesamtgläubigerschaden* kann im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu einer ungewollten Verwechslung mit dem *Schaden der Konkursgläubiger* führen, weshalb deren Verwendung zu vermeiden ist.

III. Pflichtverletzung und Widerrechtlichkeit

A. Vorbemerkungen

- 199 Im Rahmen der ausservertraglichen Haftung wird von *Widerrechtlichkeit* oder *Rechtswidrigkeit* als Haftungsvoraussetzung gesprochen.⁴⁰¹ Die vertragliche Haftung setzt hingegen eine *Vertrags-* bzw. eine *Pflichtverletzung* voraus, wobei sich die Pflichten aus dem Vertrag selbst oder aus dem Gesetz ergeben können. Im Folgenden werden die Begriffe *Widerrechtlichkeit* und *Pflichtverletzung* synonym verwendet. Je nach Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage ist darunter *Widerrechtlichkeit* oder *Pflichtverletzung* zu verstehen.
- 200 Die *Widerrechtlichkeit* kann durch eine Handlung oder durch ein Unterlassen⁴⁰² begründet werden⁴⁰³ und ist in den einzelnen Tatbeständen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterschiedlich geregelt. Sowohl die Prospekt-

³⁹⁷ Vorne N 167 und N 169.

³⁹⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a.

³⁹⁹ LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 331, N 336, insb. FN 1075.

⁴⁰⁰ Hinten N 241 ff.

⁴⁰¹ Vorne N 104.

⁴⁰² Für die Anforderungen an das Unterlassen faktischer Organe vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 39 f.

⁴⁰³ Vorne N 104 f.

als auch die Gründungshaftung beschreiben das pflichtwidrige Verhalten in den Tatbeständen selbst.⁴⁰⁴

Gemäss bundesgerichtlicher Biber-Praxis wird die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger im Konkurs stark eingeschränkt.⁴⁰⁵ Aktionäre und Gläubiger können infolgedessen ihre Ansprüche insbesondere dann noch geltend machen, wenn diese auf einer ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärschutz dienenden Bestimmung beruhen.⁴⁰⁶ M.E. werden durch diese Einschränkungen die Anforderungen an die Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtverletzung der Verantwortlichkeitsansprüche nicht erhöht. Die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger entstehen somit sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurs der Gesellschaft unter Anwendung derselben Anforderungen an die Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtverletzung. Im Konkurs der Gesellschaft können die Ansprüche jedoch einer zeitlichen Beschränkung der Klagbarkeit unterliegen.⁴⁰⁷ 201

B. Pflichtverletzungen und Widerrechtlichkeit im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1. Prospekthaftung

Die widerrechtlichen Handlungen der Prospekthaftung werden in Art. 752 OR ausdrücklich umschrieben. Demzufolge ist Widerrechtlichkeit gegeben, wenn bei der Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen *unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet* wurden. 202

2. Gründungshaftung

Auch bei der Gründungshaftung umschreibt das Gesetz in Art. 753 OR die widerrechtlichen Handlungen. Demzufolge ist Widerrechtlichkeit gegeben, wenn die Verantwortlichen: 203

- «1. absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln; 204

⁴⁰⁴ Dazu sogleich hinten N 202 und N 203 ff.

⁴⁰⁵ Zur Biber-Praxis hinten N 464 f. und N 473 ff.

⁴⁰⁶ Dazu hinten N 475, insb. N 488 ff.

⁴⁰⁷ Dazu ausführlich hinten N 478 ff., insb. N 482 f.

- 205 2. absichtlich oder fahrlässig die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält;
- 206 3. wissentlich dazu beitragen, dass Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen werden.»

3. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation

- 207 Die Haftung nach Art. 754 OR wird durch eine Pflichtverletzung begründet, wozu nebst der Verletzung gesetzlicher Pflichten auch die Verletzung statutarischer Pflichten gehören,⁴⁰⁸ wobei die Verletzung einer *aktienrechtlichen Verhaltensnorm* vorausgesetzt wird. Die Verletzung einer Verhaltensnorm ausserhalb des Aktienrechts stellt keinen Fall aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dar.⁴⁰⁹
- 208 Wie bereits erwähnt, ist die Einschränkung der Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger durch die Biber-Praxis nicht als Erhöhung der Anforderungen an die Widerrechtlichkeit zu verstehen, sondern als zeitliche Beschränkung der Klagbarkeit.⁴¹⁰
- 209 Die Vornahme einer anfechtbaren Rechtshandlung gemäss Art. 286 ff. SchKG stellt nicht ohne Weiteres eine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit im Sinne Art. 754 OR dar.⁴¹¹
- 210 Gemäss Art. 754 Abs. 2 OR haftet für verursachte Schäden, wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ übertragen hat, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat. Die Pflichten des Verantwortlichen reduzieren sich somit auf die drei *curae*.

4. Revisionshaftung

- 211 Die Haftung der Revisionsstelle wird gemäss Art. 755 OR begründet, wenn diese *ihre Pflichten* verletzt. Nach einhelliger Auffassung sind darunter gesetzlich geregelte Pflichten zu verstehen.⁴¹²

⁴⁰⁸ BGE 110 II 391, 394, E. 2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 339; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 5; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 91; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 240; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 70; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 295.

⁴⁰⁹ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 6.

⁴¹⁰ Vorne N 201 und ausführlich hinten N 478 ff., insb. N 482 f.

⁴¹¹ Dazu hinten N 260 ff.

⁴¹² KÄLIN, AJP 2016, 141; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 233 (auch statutarische Pflichten).

Verletzt die Revisionsstelle ihre Pflichten, so handelt sie nach Ansicht des Bundesgerichts auch widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR.⁴¹³ 212

C. Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung

Im Rahmen der ausservertraglichen Haftung wird die Widerrechtlichkeit durch eine Einwilligung des Geschädigten ausgeschlossen.⁴¹⁴ Bei der vertraglichen Haftung schliesst die Einwilligung des Vertragspartners die Pflichtverletzung aus. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund hindert dadurch bereits das Entstehen eines Anspruchs. Das Bundesgericht qualifiziert die Einwilligung als Einrede.⁴¹⁵ Sie ist jedoch richtigerweise als Einwendung⁴¹⁶ zu qualifizieren und, sofern rechtsgenüchlich vorgebracht, von Amtes wegen zu berücksichtigen.⁴¹⁷ 213

Eine unwirksame Einwilligung schliesst die Widerrechtlichkeit zwar nicht aus, jedoch kann sie bei der Schadenersatzbemessung als Reduktionsgrund berücksichtigt werden.⁴¹⁸ 214

IV. Kausalität

Die Pflichtverletzung muss natürlich und adäquat kausal⁴¹⁹ für den eingetretenen Schaden gewesen sein.⁴²⁰ 215

Hinsichtlich des adäquaten Kausalzusammenhangs im Rahmen des Fortführungsschadens erleichtert das Bundesgericht dem Geschädigten den Nachweis, indem es auf die natürliche Vermutung abstellt: «[...] dass jegliche Verspätung bei der Hinterlegung der Bilanz im Allgemeinen für die Gesellschaft schädlich ist.»⁴²¹ 216

Auch im Rahmen der Prospekthaftung soll gemäss h.L. und Rechtsprechung für den Nachweis der adäquaten Kausalität nicht der strikte Beweis, sondern bereits der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend 217

⁴¹³ BGE 106 II 232, 253, E. 2.c); KÄLIN, AJP 2016, 141; kritisch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 201 ff.

⁴¹⁴ SCHWENZER, N 50.34 und N 50.36 ff.; SCHNYDER, 44.

⁴¹⁵ BGE 131 III 640, 645 f., E. 4.3.

⁴¹⁶ JENNY, N 344 und N 346 ff.

⁴¹⁷ SCHWENZER, N 4.34; JENNY, N 21.

⁴¹⁸ SCHWENZER, N 50.36 in fine; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 547 (betreffend nichtige Generalversammlungsbeschlüsse). Vorne N 103.

⁴¹⁹ Allgemein zur Kausalität vorne N 108 ff.

⁴²⁰ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 340 f.; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 243; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 50; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 154; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 91.

⁴²¹ BGE 132 III 564, 576 f., E. 6.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 369a und N 371a.

sein.⁴²² Diese Beweiserleichterung gilt nicht bloss für den Erstkäufer, sondern auch für den späteren Erwerber, der die Aktientitel am Sekundärmarkt zum Marktpreis erwirbt.⁴²³ Der spätere Erwerber hat lediglich nachzuweisen, dass die falschen Angaben im Emissionsprospekt die Preisbildung am Markt verzerrt haben.⁴²⁴ Dies gilt selbst dann, wenn der Erwerber den Emissionsprospekt selbst nicht zur Kenntnis genommen hat.⁴²⁵ Unter der Annahme eines effizienten Kapitalmarktes darf der Erwerber nämlich davon ausgehen, dass die Preisbildung am Markt unter Einbezug der Informationen aus dem Emissionsprospekt zustande gekommen ist.⁴²⁶

V. Verschulden

- 218 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eine Verschuldenshaftung.⁴²⁷ Gehaftet wird grundsätzlich für jedes Verschulden, also auch bereits für leichte Fahrlässigkeit.⁴²⁸ Das schädigende Verhalten muss dem Verantwortlichen auch zu-rechenbar bzw. subjektiv vorwerfbar sein.⁴²⁹ Dazu muss der Verantwortliche zum einen urteilsfähig sein (subjektive Komponente)⁴³⁰ und zum anderen muss die Sorgfalt angewendet werden, die ein vernünftiger und gewissenhafter Mensch des gleichen Verkehrskreises wie die verantwortliche Person unter den gleichen Umständen angewandt hätte (objektive Komponente).⁴³¹ Es gilt also ein *objektivierter Verschuldensmassstab*.⁴³² Die Verantwortlichen sind zu aller

⁴²² BGE 132 III 715, 721, E. 3.2.1; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12, N 21.

⁴²³ BGE 132 III 715, 721, E. 3.2.1.

⁴²⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12, N 21.

⁴²⁵ BGE 132 III 715, 721, E. 3.2.1; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12, N 21; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 234 m.w.H.

⁴²⁶ BGE 132 III 715, 721, E. 3.2.1; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 233 m.w.H.

⁴²⁷ WEBER, Stolpersteine, 200; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 5; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 133. Allgemein zum Verschulden vorne N 111 ff.

⁴²⁸ JENNY, N 51; WEBER, Stolpersteine, 200; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 133; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 300; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 161; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 75; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 296; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/54 aOR, N 89. Eine Ausnahme ist die Gründungshaftung gemäss Art. 753 Ziff. 3 OR, wonach eine *wissentliche* Pflichtverletzung vorausgesetzt wird.

⁴²⁹ JENNY, N 50; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 246 f.

⁴³⁰ JENNY, N 50; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 51; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 299 f.

⁴³¹ JENNY, N 53; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 247; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 52; ISLER, Sorgfalt, 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 301 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 292 ff.

⁴³² JENNY, N 53; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 578b; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 137; ISLER, Sorgfalt, 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 301 ff.; GLANZ-

Sorgfalt verpflichtet und nicht nur zur Vorsicht, die sie in eigenen Geschäften anzuwenden pflegen.⁴³³ Daraus folgt, dass die subjektive Entschuldbarkeit für die Beurteilung des Verschuldens unerheblich ist.⁴³⁴ Das Verhalten eines präsumtiv Verantwortlichen wird mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann.⁴³⁵ Verfügt eine verantwortliche Person in einem Fachbereich über überdurchschnittliche Kenntnisse und ist dies der Gesellschaft bekannt, so ist dieser Person in diesem Bereich ein höherer Massstab anzulegen.⁴³⁶

Wer die Beweislast für das Verschulden trägt, ist umstritten.⁴³⁷ Grundsätzlich ist nach der Rechtsnatur der Haftungsgrundlage zu unterscheiden. Bei vertraglichen Ansprüchen ist das Verschulden zu vermuten, wohingegen bei deliktischen Ansprüchen der Geschädigte die Beweislast trägt.⁴³⁸ Die Frage ist jedoch wegen des objektivierten Verschuldensmassstabs von geringer praktischer Bedeutung.⁴³⁹ 219

MANN, Verantwortlichkeitsklage, 161; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 292; vgl. auch vorne N 112 f.

⁴³³ Urteil des BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1; BGE 122 III 195, 198, E. 3a) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BGE 113 II 52, 56, E. 3a); BGE 99 II 176, 179, E. 1; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 342.

⁴³⁴ JENNY, N 53; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 139; ISLER, Sorgfalt, 2; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 302; KUNZ, Rechtsnatur, 15; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 295 und N 308 ff.

⁴³⁵ Urteil des BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 45 f.

⁴³⁶ Urteil des BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 306.

⁴³⁷ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 61; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 90.

⁴³⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 61, insb. FN 340.

⁴³⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 136b; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 61; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 152 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 90.

§ 7 Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen

I. Vorbemerkungen

- 220 Durch das pflichtwidrige Verhalten eines Verantwortlichen können neben der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch andere Anspruchsgrundlagen gegeben sein. Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen der Verantwortlichkeitsklage und ausgewählten Anspruchsgrundlagen untersucht. Der Fokus liegt dabei auf der Abgrenzung zur paulianischen Anfechtung, welche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der vergangenen Jahre offenbar Schwierigkeiten bereitet hat und auch in der Lehre nicht restlos geklärt ist.

II. Haftung aus unerlaubter Handlung

- 221 Um keinen Fall aktienrechtlicher Verantwortlichkeit handelt es sich, wenn der Verantwortliche dem Aktionär oder Gläubiger nicht in Erfüllung seiner aktienrechtlichen Pflichten, also ohne gesellschaftsrechtlichen Konnex widerrechtlich einen Schaden verursacht.⁴⁴⁰ Es handelt sich dabei um einen ausservertraglichen Schadenersatzanspruch, welcher sich nach den Voraussetzungen der einschlägigen Anspruchsgrundlage richtet.⁴⁴¹ Ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit kann also nur dann entstehen, wenn der Verantwortliche in Erfüllung seiner Organpflichten handelt bzw. ein gesellschaftsrechtlicher Konnex vorliegt.⁴⁴²
- 222 Das Verhältnis zwischen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und der unerlaubten Handlung ist umstritten.
- 223 Einer ersten Lehrmeinung zufolge handelt sich bei der Klage aus direktem Aktionärs- oder Gläubigerschaden um einen direkten und ausschliesslichen Anwendungsfall der ausservertraglichen Haftung bzw. der unerlaubten Handlung.⁴⁴³ Allerdings sind die besonderen Vorschriften zur Solidarität und zur Verjährung nach Art. 759 f. OR zu berücksichtigen.⁴⁴⁴ In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach sich der in

⁴⁴⁰ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 595 (widerrechtliche Handlung ausserhalb der *Organfunktionen*).

⁴⁴¹ Auf die unerlaubte Handlung bezogen BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 244; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 595.

⁴⁴² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 245.

⁴⁴³ DESSEMONTET, 65 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 21; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 28.

⁴⁴⁴ DESSEMONTET, 67; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 16 und 21; offengelassen in BGE 122 III 176, 192, E. 7b).

Frage stehende Anspruch auf Art. 754 i.V.m. Art. 717 OR stützen konnte, durch eine Anspruchsgrundlage gemäss Art. 41 OR i.V.m. Art. 159 StGB ersetzt.⁴⁴⁵

Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen. Sie geht davon aus, dass sich ein Schadenersatzanspruch aus direktem Aktionärs- oder Gläubigerschaden ausschliesslich auf einen ausservertraglichen Haftungstatbestand stützen lässt. Art. 752–755 OR bilden folglich keine Anspruchsgrundlagen für den Ersatz direkter Schäden. Nach hier vertretener Auffassung ist die Umschreibung der Widerrechtlichkeit bzw. der Pflichtverletzung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit weiter gefasst als die im allgemeinen Haftpflichtrecht anwendbare Schutzzwecktheorie. Schliesslich beschreibt das Gesetz zum einen das widerrechtliche Verhalten betreffend die Prospekthaftung und der Gründungshaftung direkt in Art. 752 f. OR.⁴⁴⁶ Zum anderen setzen Art. 754 f. OR lediglich eine Pflichtverletzung voraus,⁴⁴⁷ also nicht zwingend die Verletzung einer Schutznorm.⁴⁴⁸ Nebst der Verletzung gesetzlicher Pflichten kann sich eine Pflichtverletzung nach Art. 754 Abs. 1 OR schliesslich auch aus der Verletzung statutarischer Pflichten ergeben.⁴⁴⁹ 224

Einer zweiten Ansicht nach steht die ausservertragliche Haftung alternativ zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zur Verfügung.⁴⁵⁰ So qualifiziert auch das Bundesgericht die alternative Anrufung von Art. 41 ff. OR zu Art. 755 OR als zulässig,⁴⁵¹ obwohl es Art. 41 ff. OR teilweise auch als subsidiär anwendbar bezeichnet.⁴⁵² 225

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage sei als *lex specialis* zu Art. 41 ff. OR zu qualifizieren.⁴⁵³ Demnach kann sich der Geschädigte einzig auf Art. 752 ff. OR stützen, wenn der Schaden aufgrund einer aktienrechtlichen Pflichtverletzung entstanden ist. Art. 41 ff. OR oder der Tatbestand der culpa in contrahendo finden dagegen nur Anwendung, wenn eine Pflichtverletzung ausserhalb des Aktienrechts zum Schaden geführt 226

⁴⁴⁵ Urteil des BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 6.1 f., nicht publ. in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96).

⁴⁴⁶ Vorne N 202 ff.

⁴⁴⁷ Vorne N 207 ff. und N 211 f.

⁴⁴⁸ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 234 f.

⁴⁴⁹ Vorne N 207.

⁴⁵⁰ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 389; vgl. CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR, N 24 (die Prospekthaftung betreffend).

⁴⁵¹ Urteil des BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 4.3; Urteil des BGer 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997, E. 3 in fine (= Pra 87 [1998] Nr. 121).

⁴⁵² BGE 106 II 232, 235, E. 2c).

⁴⁵³ JENNY, N 242; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 74 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 752 aOR, N 1 und Art. 753/754 aOR, N 1 und N 32.

hat.⁴⁵⁴ So z.B. bei Vorliegen einer Täuschung, eines strafrechtlichen Tatbestands oder einer Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Die ausservertragliche Haftung kommt auch dann zur Anwendung, wenn dem Kläger die notwendige Aktionärs- oder Gläubigerstellung fehlt.⁴⁵⁵ Auch das Bundesgericht hat sich in einem älteren Entscheid für die subsidiäre Anwendbarkeit von Art. 41 ff. OR ausgesprochen.⁴⁵⁶

- 227 Die letztgenannte Auffassung verdient m.E. Zustimmung. Die besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Solidarität und der Verjährung gemäss Art. 759 f. OR sind für die direkt geschädigten Aktionäre und Gläubiger günstiger als die Vorschriften des allgemeinen Haftpflichtrechts.⁴⁵⁷ Die alternative Anrufung von Art. 41 ff. OR erscheint somit überflüssig.⁴⁵⁸

III. Haftung aus culpa in contrahendo

- 228 Beim Tatbestand der culpa in contrahendo handelt es sich um eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss.⁴⁵⁹ Im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegen vorvertragliche Verhandlungen zwischen Gläubigern und der Gesellschaft im Fokus. In diesem Zusammenhang stellt JENNY m.E. zu Recht fest, dass sich ein Anspruch eines Gläubigers aus culpa in contrahendo wegen Verstosses gegen vorvertragliche Informationspflichten in erster Linie gegen die Gesellschaft richtet.⁴⁶⁰ Eine Haftung eines Mitglieds des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung wird nur in Ausnahmefällen gegeben sein. Voraussetzung der Haftung eines Gesellschaftsorgans ist nach Ansicht des Bundesgerichts nämlich immer ein bestimmtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) in der direkten Beziehung zum Geschädigten.⁴⁶¹
- 229 Die Fallgruppen der Haftung aus culpa in contrahendo liegen zwischen dem Vertragsrecht und der Haftung aus unerlaubter Handlung. Entsprechend ist auch

⁴⁵⁴ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 74; so wohl auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 32.

⁴⁵⁵ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 74.

⁴⁵⁶ BGE 106 II 232, 235, E. 2c) (betreffend die Haftung der Kontrollstelle nach Art. 754 aOR).

⁴⁵⁷ Art. 60 Abs. 1 OR sieht eine relative Verjährungsfrist von lediglich einem Jahr vor. Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Geschädigte im Rahmen der differenzierten Solidarität den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter die Ersatzpflicht der Beklagten festsetzt (*Grobstrahl-Prinzip*), was nach Art. 143 ff. OR nicht möglich ist.

⁴⁵⁸ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 74.

⁴⁵⁹ Allgemein zur Haftung aus culpa in contrahendo vorne N 119 ff.

⁴⁶⁰ JENNY, N 233.

⁴⁶¹ BGE 122 III 176, 192, E. 7b) mit Verweis auf BGE 106 II 257, 260. Vgl. auch hinten N 495.

die Rechtsnatur der culpa in contrahendo in der Lehre umstritten.⁴⁶² Im vorvertraglichen Stadium wird sich jedoch kaum eine Konkurrenz zwischen der Haftung aus culpa in contrahendo und der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ergeben. Dies hängt damit zusammen, dass der potentielle Vertragspartner im vorvertraglichen Stadium häufig noch nicht *Gläubiger* der Gesellschaft ist und damit i.d.R. keine aktienrechtliche Pflichtverletzung gegenüber einem Gläubiger vorliegt. Sollten sowohl die Voraussetzungen eines Anspruchs aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit als auch aus culpa in contrahendo gegeben sein, ist – wie bei der Haftung aus unerlaubter Handlung – von der Subsidiarität der Haftung aus culpa in contrahendo auszugehen.⁴⁶³

IV. Rückerstattungsklage

Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Sie sind nach Abs. 2 auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Der Anspruch auf Rückerstattung steht gemäss Abs. 3 der Gesellschaft und dem Aktionär zu; dieser klagt auf Leistung an die Gesellschaft. 230

Das Verhältnis zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Rückerstattungsklage ist umstritten. Einem Teil der Lehre zufolge ist die Verantwortlichkeitsklage – unter Berufung auf die Schadenminderungspflicht bzw. das Bereicherungsverbot – subsidiär zur Rückerstattungsklage.⁴⁶⁴ Gemäss h.L. und Rechtsprechung ist die Verantwortlichkeitsklage nicht subsidiär, sondern es besteht Anspruchskonkurrenz.⁴⁶⁵ 231

In den Fällen einer Überschneidung der Rückerstattungs- und der Verantwortlichkeitsklage wird sich der Verantwortlichkeitsanspruch aus der Haftung für Verwaltung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR ergeben. Es handelt sich somit um 232

⁴⁶² SCHWENZER, N 48.01 ff.

⁴⁶³ Vorne N 226 f.

⁴⁶⁴ LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 391; gl.M. betreffend Rückerstattung nicht VegüV-konformer Leistungen ISLER/SCHOTT, Haftung, 24; vgl. auch KNOBLOCH, 216, wonach weder ein Gesellschaftsschaden noch ein Aktionärs- oder Gläubigerschaden vorliegen dürfte, solange die Rückerstattungsklage *möglich* und der Rückforderungsanspruch *nicht gefährdet* ist.

⁴⁶⁵ BGE 140 III 533, 549 f., E. 3.2; BÄRTSCHI, Entwicklungen, 136; BRAND, AJP 2015, 140 f.; BRAND/MÜLLER, N 17; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 9, N 62; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 64; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 627.

einen Anspruch gegen Mitglieder des Verwaltungsrates.⁴⁶⁶ Der Entscheid über die Anhebung einer Rückerstattungsklage kommt grundsätzlich dem Verwaltungsrat zu. Die Verantwortlichkeitsklage betrifft somit gerade diejenigen Personen, die einen Einfluss auf den Entscheid über die Anhebung der Rückerstattungsklage durch die Gesellschaft haben. Durch die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage könnten sich folglich die Verantwortlichen durch ihre eigene Untätigkeit einen Vorteil verschaffen, was m.E. abzulehnen ist.

- 233 Auch aus Sicht der Aktionäre, welche sowohl zur Rückerstattungs- als auch zur Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert sind, erscheint es fragwürdig, dass diese zunächst eine Rückerstattungsklage anstrengen und das Risiko tragen müssen, einen allfälligen Fehlbetrag nochmals bei den Verantwortlichen geltend zu machen.⁴⁶⁷
- 234 Aufgrund obiger Ausführungen ist im Verhältnis der beiden Klagen m.E. von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen.

V. Paulianische Anfechtung

A. Allgemeines

1. Zweck

- 235 Der Zweck der paulianischen Anfechtung liegt in der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich das zur Befriedigung der Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners und der Umfang seiner Verbindlichkeiten ohne die anfechtbare Handlung befunden hätte.⁴⁶⁸

2. Anfechtbare Rechtshandlungen

- 236 Anfechtbare Rechtshandlungen sind nicht nur rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern jede rechtlich wirksame Willensbetätigung, welche unmittelbar oder mittelbar zur Verschlechterung der Exekutionsrechte der Gläubiger bzw. Schmälerung des Vollstreckungssubstrats führen.⁴⁶⁹ Die anfechtbare Rechtshandlung muss zu einem Schaden der Konkursgläubiger führen.⁴⁷⁰ Anfechtbare Rechts-

⁴⁶⁶ Da die Rückerstattungsklage auch gegen Aktionäre zulässig ist, kann eine Überschneidung mit einer Verantwortlichkeitsklage auch gegeben sein, wenn die betreffenden Aktionäre als faktische Organe der Gesellschaft qualifiziert werden können und damit der Haftung aus Art. 754 Abs. 1 OR unterliegen.

⁴⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12, N 567, der die Subsidiarität für die Gesellschaft bzw. für den Aktionär als *prozess technisch unzumutbar* bezeichnet.

⁴⁶⁸ BGE 134 III 615, 618, E. 4.1 (= Pra 98 [2009] Nr. 44); BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 8.

⁴⁶⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 11.

⁴⁷⁰ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 14.

handlungen können gleichzeitig eine Pflichtverletzung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darstellen, weshalb auf diese Überschneidung in der nachfolgenden Abgrenzung näher einzugehen ist.⁴⁷¹

3. Aktivlegitimation

Im Rahmen des Konkursverfahrens ist primär die Konkursverwaltung zur Anfechtungsklage legitimiert.⁴⁷² Verzichtet die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs, kann jeder Gläubiger dessen Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangen.⁴⁷³ 237

4. Wirkungen

Die paulianische Anfechtung bewirkt nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts,⁴⁷⁴ sondern gewährt grundsätzlich nur einen obligatorischen Anspruch.⁴⁷⁵ 238

Gemäss Art. 291 Abs. 1 SchKG ist die Gegenleistung zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden. Nach Abs. 2 tritt eine Forderung mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft, sofern die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung der Forderung bestand. 239

B. Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage

Das Verhältnis zwischen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsklage und paulianischer Anfechtung ist nicht restlos geklärt. Auf die Abgrenzung der Schadensbegriffe, die Überschneidung der anfechtbaren Rechtshandlung im Sinne der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Pflichtwidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit sowie die Frage der Rangfolge der beiden Klagen ist im Folgenden näher einzugehen. 240

1. Schaden der Konkursgläubiger

Ein Schaden der Konkursgläubiger liegt grundsätzlich vor, wenn deren Exekutionsrechte beeinträchtigt werden.⁴⁷⁶ 241

⁴⁷¹ Sogleich hinten N 240 ff., insb. N 260 ff.

⁴⁷² BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 33.

⁴⁷³ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 34.

⁴⁷⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 8.

⁴⁷⁵ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 9.

⁴⁷⁶ Urteil des BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 5.3; Urteil des BGer 5A_37/2008 vom 4. September 2008, E. 2; Urteil des BGer 5A_469/2007 vom 4. September 2008,

- 242 Der Schaden der Konkursgläubiger ist vom Gesellschaftsschaden bzw. indirekten Gläubigerschaden (auch *Schaden der Gläubigergesamtheit* oder *Gesamtgläubigerschaden*)⁴⁷⁷ zu unterscheiden.⁴⁷⁸ Im Raichle-Entscheid⁴⁷⁹ hatte das Bundesgericht die Rückzahlung eines Darlehens im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu prüfen. Im Grunde genommen lag weder ein Gesellschaftsschaden noch ein indirekter Schaden der Gläubiger vor. Das Bundesgericht hat jedoch den Schaden der Konkursgläubiger, welcher ausschliesslich im Rahmen der paulianischen Anfechtung von Bedeutung ist, dem Schaden der Gläubigergesamtheit, also einem indirekten Schaden der Gläubiger gleichgesetzt. Es erachtete deshalb die Konkursverwaltung für «[...] befugt, durch Verantwortlichkeitsklage das zur Masse gehörende Vermögen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger erhältlich zu machen [...]»⁴⁸⁰ Die Konkursverwaltung erhielt im Ergebnis die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Schadenersatzleistungen infolge von Schäden, welche ausschliesslich bei den Konkursgläubigern eingetreten waren.⁴⁸¹ In einem Entscheid aus dem Jahr 2015 distanzierte sich das Bundesgericht wieder vom Raichle-Entscheid. Die Konkurs- bzw. Nachlassmasse ist seither nur noch zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Schäden im Vermögen der Gesellschaft bzw. deren Masse befugt,⁴⁸² was m.E. zu begrüssen ist.
- 243 Der Schaden der Konkursgläubiger ist auch vom *Wert der anfechtbaren Rechtshandlung*, zu unterscheiden. Der Schaden der Konkursgläubiger entspricht nämlich nicht zwingend dem Wert der anfechtbaren Rechtshandlung.
- 244 Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist zudem zwischen dem *Schaden des Neugläubigers* und dem *Schaden der übrigen Konkursgläubiger* bzw. der *Altgläubiger* zu unterscheiden.
- 245 Die Abgrenzung des Schadens der Konkursgläubiger kann anhand folgender Fallkonstellationen zu veranschaulicht werden:

E. 6.1.2 (= Pra 98 [2009] Nr. 112); BGE 134 III 452, 455, E. 3.1; BGE 134 III 615, 618, E. 4.2 (= Pra 98 [2009] Nr. 44); BGE 101 III 92, 94, E. 4a); BGE 99 III 27, 32 f., E. 3; BGE 85 III 185, 190, E. 2a); BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 14; VOGT, GesKR 2009, 165; GLANZMANN/ROBERTO, 94.

⁴⁷⁷ Dazu vorne N 198.

⁴⁷⁸ Zum Gesellschaftsschaden vorne N 164 ff. Zum indirekten Gläubigerschaden vorne N 195 ff.

⁴⁷⁹ Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000.

⁴⁸⁰ Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4c) in fine.

⁴⁸¹ BGE 142 III 23, 29, E. 4.2.

⁴⁸² BGE 142 III 23, 26 ff., E. 4 f. Zum Ganzen ausführlich hinten N 460 ff., insb. N 462.

a) *Identische Schäden*

Macht eine Gesellschaft eine nach Art. 286 SchKG anfechtbare Schenkung, so sind der Wert der anfechtbaren Rechtshandlung, der kollektive Schaden der Konkursgläubiger sowie der Gesellschaftsschaden identisch.⁴⁸³ 246

Im Konkurs der Gesellschaft kann die Konkursverwaltung den Schaden sowohl gestützt auf eine paulianische Anfechtung als auch im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage geltend machen.⁴⁸⁴ Erstere stützt sich auf den Schaden der Konkursgläubiger, währenddessen letztere auf dem Schaden der Gesellschaft basiert. In dieser Konstellation ist die Abgrenzung der Schadensbegriffe allerdings von geringer Bedeutung, zumal die Rückerstattung der Schenkung zugleich zum Ersatz des Schadens führt. 247

b) *Schaden der Konkursgläubiger ohne Gesellschaftsschaden*

Bezahlt die Gesellschaft ein Darlehen im Sinne einer Gläubigerbevorzugung während der Überschuldungsphase zurück, führt die Rückzahlung zu einem Schaden der Konkursgläubiger, welcher mit dem Wert der anfechtbaren Rechtshandlung identisch ist. Die Gesellschaft erleidet jedoch keinen Schaden, da sich deren Aktiven und Passiven durch die Rückzahlung gleichmässig reduzieren.⁴⁸⁵ 248

Die Konkursverwaltung ist zur Anfechtung der Darlehensrückzahlung aktiv legitimiert. Eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage ist jedoch mangels Gesellschaftsschaden ausgeschlossen. Verzichtet die Konkursverwaltung bzw. die Gesamtheit der Gläubiger auf die paulianische Anfechtung, kann jeder Gläubiger deren Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen.⁴⁸⁶ Der Gläubiger kann gegebenenfalls auch gegen den Verantwortlichen seinen (verbleibenden) direkten Schaden gestützt auf einen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruch geltend machen, sofern die Rückzahlung zugleich eine Pflichtverletzung darstellt. 249

Entgegen den vorstehenden Ausführungen wurde die Konkursverwaltung im Raichle-Entscheid vom Bundesgericht ermächtigt: «[...] den Schaden, der den Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden war, 250

⁴⁸³ Vgl. VOGT, AJP 2010, 1090: «[...] im Einzelfall kann die Vermögenseinbusse aber die gleiche sein (so, wenn ein Vermögenswert beiseite geschafft wird).»

⁴⁸⁴ Zur Frage der Rangfolge der beiden Klagen bzw. zur Schadenminderungspflicht hinten N 279 ff.

⁴⁸⁵ Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 446; ferner BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 285, N 14b.

⁴⁸⁶ Vorne N 237.

mittels Verantwortlichkeitsklage [...] geltend zu machen, unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft (bzw. im Konkurs bei der Konkursmasse) eine Vermögensverminderung, mithin ein Schaden vorlag.»⁴⁸⁷ Diese Praxis wurde Ende 2015 wieder aufgehoben.⁴⁸⁸

c) Nicht identische Schäden

251 Macht die Gesellschaft eine gemischte Schenkung, indem sie Aktiven mit einem Marktwert von 100 für nur 40 verkauft, so beträgt sowohl der Schaden der Gesellschaft als auch der kollektive Schaden der Konkursgläubiger infolge des Vollzugs der anfechtbaren Schenkung je 60. Der Wert der anfechtbaren Rechtshandlung beträgt 100. Die Anfechtung der Rechtshandlung führt zur Rückgewähr der Aktiven zum Marktwert, wobei der Leistungsempfänger betreffend seine Forderung von 40 auf die Konkursdividende verwiesen wird.⁴⁸⁹

252 Die Konkursverwaltung ist zur paulianischen Anfechtung aktivlegitimiert, wobei der Wert der anfechtbaren Rechtshandlung 100 beträgt. Zugleich ist die Konkursverwaltung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert, welche auf Leistung von Schadenersatz in Höhe von 60 lautet. Die Konkursgläubiger können sich u.U. die Ansprüche aus paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 260 SchKG abtreten lassen, wobei die paulianische Anfechtung auf Rückgewähr der Aktiven im Wert von 100 und die Verantwortlichkeitsklage auf Ersatz des Gesellschaftschadens und des Schadens der Konkursgläubiger in Höhe von 60 lautet.

d) Schaden des Neugläubigers

(1) Ohne Gesellschaftsschaden

253 Nimmt die Gesellschaft in der Überschuldungsphase ein Darlehen auf, entsteht der Gesellschaft daraus grundsätzlich kein Schaden.⁴⁹⁰ Der Darlehensgeber als Neugläubiger erleidet jedoch einen direkten Schaden. Er wird im Moment, in dem er seine Leistung erbringt, direkt geschädigt.⁴⁹¹ Er hat seine Leistung gegen eine blossе Konkursdividende eingetauscht.⁴⁹² Die übrigen Konkursgläubiger werden durch dieses Vorgehen sogar begünstigt, da sich deren Konkursdividende auf Kosten des Neugläubigers erhöht.

⁴⁸⁷ BGE 142 III 23, 29, E. 4.2.

⁴⁸⁸ Ausführlich zum Raichle-Entscheid hinten N 460 ff.

⁴⁸⁹ In Anlehnung an das Bsp. bei KRIZAJ, AJP 2013, 829.

⁴⁹⁰ Vgl. vorne N 167 f.

⁴⁹¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43.

⁴⁹² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43.

Einzig dem Neugläubiger steht ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu. Aufgrund des fehlenden Schadens kommen eine paulianische Anfechtung oder eine Verantwortlichkeitsklage weder für die Konkursverwaltung noch für die übrigen Konkursgläubiger in Frage. 254

(2) Mit Gesellschaftsschaden

Schliesst die Gesellschaft in der Überschuldungsphase noch Austauschgeschäfte ab, kann ein Gesellschaftsschaden entstehen, wenn die jeweilige Investition bereits zum Erwerbszeitpunkt zu Liquidationswerten bilanziert werden müsste.⁴⁹³ 255

Ob das Austauschgeschäft zu einem Schaden der übrigen Konkursgläubiger führt, hängt davon ab, ob das Rechtsgeschäft zu einer Reduktion der Konkursdividende führt. Liegt der Liquidationswert weit unter dem Einstandswert, kann im schlimmsten Fall sowohl für die Gesellschaft als auch für den Neugläubiger und die übrigen Konkursgläubiger ein Schaden entstehen, wobei die einzelnen Schäden nicht identisch sind. 256

In einer solchen Konstellation kommt sämtlichen Geschädigten ein Verantwortlichkeitsanspruch zu, wobei der Gesellschaftsschaden und der direkte Schaden der Gesellschaftsgläubiger zu unterscheiden sind. 257

Erwirbt die Gesellschaft hingegen Vermögenswerte, deren Fortführungs- und Liquidationswerte identisch sind, so entsteht den Konkursgläubigern grundsätzlich kein Schaden. Wenn die Schuld der Gesellschaft nicht Zug um Zug beglichen wird, führt der Zufluss der Vermögenswerte in das Vollstreckungssubstrat vielmehr zu einer Erhöhung der Konkursdividende zugunsten der übrigen Konkursgläubiger. 258

In dieser Konstellation kommt einzig dem Neugläubiger ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu. 259

2. Anfechtbare Rechtshandlung und aktienrechtliche Pflichtwidrigkeit

Die anfechtbare Rechtshandlung, welche zu einer Schmälerung des Vollstreckungssubstrats führt, kann zugleich eine aktienrechtliche Pflichtverletzung des Verantwortlichen darstellen. 260

a) Anfechtbare Rechtshandlungen

Die Abgrenzung der anfechtbaren Rechtshandlungen von der aktienrechtlichen Pflichtwidrigkeit kann exemplarisch anhand der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG untersucht werden, da dieses Verhältnis durch Lehre und Recht- 261

⁴⁹³ Vorne N 169.

sprechung ausführlicher dokumentiert ist als das Verhältnis zu den anderen beiden Tatbeständen.⁴⁹⁴

262 Die Absichtsanfechtung setzt neben einem Schaden der Konkursgläubiger zusätzlich voraus, dass der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vornimmt, seine Gläubiger zu benachteiligen, also zu schädigen, und dass diese Absicht für den Begünstigten erkennbar ist.⁴⁹⁵

263 Wenn der Schuldner für seine Sachleistung gleichzeitig oder nachträglich eine gleichwertige verwertbare Gegenleistung erhält, fehlt es in der Regel an einer Schädigung, da in diesem Fall das Verwertungssubstrat nicht vermindert wird.⁴⁹⁶

264 Eine Ausnahme kann die Verfügung des Schuldners über seine *letzten Aktiven* darstellen, insbesondere wenn der Schuldner in angespannter finanzieller Situation nur an bestimmte Gläubiger Zahlungen zum Nachteil der übrigen Gläubiger leistet.⁴⁹⁷ Dies gilt auch dann, wenn der Anfechtungsgegner seine Leistung (zum Vorteil der übrigen Konkursgläubiger) bereits erbracht hat.

265 Keine Gleichwertigkeit der Gegenleistungen liegt in der Regel bei einer Rückzahlung eines Darlehens vor.⁴⁹⁸ Sie bewirkt deshalb – unter Vorbehalt von Konkursprivilegien und dinglichen Vorrechten – in der Regel eine Schädigung der anderen Gläubiger.⁴⁹⁹ Im Gegensatz dazu stellt der regelmässige Zinsendienst zu marktpreisüblichen Zinssätzen eine gleichwertige Gegenleistung für die Zurverfügungstellung von Kredit dar.⁵⁰⁰

b) Verhältnis zu aktienrechtlichen Pflichten

(1) Gleichbehandlungs- und Sorgfaltspflicht

266 Es ist zu berücksichtigen, dass bei der paulianischen Anfechtung die Gleichbehandlung der Gläubiger im Vordergrund steht, wohingegen das Aktienrecht in Art. 717 Abs. 2 OR die Gleichbehandlung der Aktionäre vorschreibt. Eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger besteht hingegen nicht.⁵⁰¹

⁴⁹⁴ BGE 142 III 23; Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000; FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 431; VOGT, GesKR 2009, 163; GLANZMANN/ROBERTO, 94.

⁴⁹⁵ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 288, N 3; GLANZMANN/ROBERTO, 94.

⁴⁹⁶ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 288, N 11; GLANZMANN/ROBERTO, 94; vgl. auch ISLER, Sorgfalt, 10.

⁴⁹⁷ BGE 134 III 452, 355, E. 3.1; BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 288, N 9 und N 12; ISLER, Sorgfalt, 10 f.

⁴⁹⁸ BGE 137 III 247, 251, E. 3.

⁴⁹⁹ BGE 137 III 247, 251, E. 3 in fine.

⁵⁰⁰ BGE 136 III 247, 252, E. 5.

⁵⁰¹ FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 441 ff.

Die Pflicht des Verwaltungsrates, die Interessen der Gesellschaft gemäss Art. 717 OR Abs. 1 OR in guten Treuen zu wahren, kann u.U. eine Ungleichbehandlung der Gläubiger gebieten.⁵⁰² So kann eine Bevorzugung einzelner Gläubiger, insbesondere im Sanierungsfall für das Überleben der Gesellschaft unausweichlich sein.⁵⁰³ 267

(2) Anzeigepflichten

Nach Art. 725 Abs. 2 OR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen, sobald die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. 268

Art. 725 Abs. 2 OR dient dem Schutz der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger.⁵⁰⁴ Die Anzeige der Überschuldung bezweckt die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger und soll verhindern, dass einzelne Gläubiger bevorzugt behandelt werden oder der Konkurs verschleppt wird und dadurch das Zwangsvollstreckungssubstrat der Gläubiger weiter geschmälert wird.⁵⁰⁵ 269

Der Verwaltungsrat kann nur dann sichere Kenntnis von der Überschuldung und damit von seiner Anzeigepflicht haben, wenn die Überschuldung durch eine Zwischenbilanz ausgewiesen wird.⁵⁰⁶ Wird keine Zwischenbilanz erstellt, kann ein später klagender Gläubiger oder Aktionär in Beweisnot hinsichtlich des Nachweises geraten, wann genau die Überschuldung eingetreten ist und die Anzeige an den Richter hätte erfolgen müssen.⁵⁰⁷ Die Handlungspflicht des Verwaltungsrates beginnt deshalb nicht erst mit dem Eintritt der Überschuldung, sondern knüpft bereits an den Zeitpunkt der *begründeten Besorgnis* der Überschuldung an.⁵⁰⁸ Diese kann anhand objektiv feststellbarer Umstände auch abgeleitet werden, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt.⁵⁰⁹ Der Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung begründet eine gesetzliche Tat- 270

⁵⁰² FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 440 f.

⁵⁰³ FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 440 f. und 443.

⁵⁰⁴ BGE 128 III 180, 183, E. 2c) (= Pra 91 [2002] Nr. 173); SUTER, 185 f. (sowie zum Schutz der Allgemeinheit).

⁵⁰⁵ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725, N 4 m.w.H.

⁵⁰⁶ ZK-HANDSCHIN, Art. 725 OR, N 87; HANDSCHIN/JUCKER, 196 und 198.

⁵⁰⁷ ZK-HANDSCHIN, Art. 725 OR, N 87; HANDSCHIN/JUCKER, 196.

⁵⁰⁸ ZK-HANDSCHIN, Art. 725 OR, N 4 und N 87; HANDSCHIN/JUCKER, 192.

⁵⁰⁹ ZK-HANDSCHIN, Art. 725 OR, N 87; HANDSCHIN/JUCKER, 197 f.

sachenvermutung, dass bereits im Zeitpunkt der begründeten Besorgnis die Überschuldung tatsächlich bestanden hat.⁵¹⁰ Die begründete Besorgnis als Vermutungsbasis kann durch den Gegenbeweis, die Überschuldung als Vermutungsfolge durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden.⁵¹¹

271 Im Raichle-Entscheid hat das Bundesgericht bei der Beurteilung einer Darlehensrückzahlung eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR mit der Begründung bejaht, dass sich die Beklagten «[...] unter diesen Umständen [...] mit der umstrittenen Restamortisation eine Verletzung des *Gebots, die Gläubiger gleich zu behandeln*, zu Schulden kommen [liessen].»⁵¹²

272 Art. 725 Abs. 2 OR begründet jedoch keine eigenständige Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung in der Überschuldungsphase.⁵¹³ Der Verwaltungsrat ist dementsprechend seiner Sorgfaltspflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet, wobei eine allfällige Ungleichbehandlung der Gläubiger und die Anfechtung von Rechtshandlungen in Kauf zu nehmen ist.⁵¹⁴ Die absolute Grenze der erlaubten Ungleichbehandlung bilden die strafrechtlichen Betreibungs- und Konkursstatbestände.⁵¹⁵

273 M.E. folgt daraus, dass die Art. 286 ff. SchKG den Verantwortlichen keine zusätzlichen Pflichten auferlegen, was im Ergebnis bedeutet, dass sie keine aktienrechtliche Schutznormen darstellen, deren Verletzung zu einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit führen.⁵¹⁶ Ebenso wenig stellen Art. 286 ff. SchKG Schutznormen i.S.v. Art. 41 OR dar. Die Vornahme einer anfechtbaren Handlung ist somit nicht zwingend eine widerrechtliche Handlung im Sinne einer ausservertraglichen Haftung.⁵¹⁷

274 Die gegenteilige Ansicht, wonach Art. 286 ff. SchKG (aktienrechtliche) Schutznormen darstellen, würde zu einem ungerechtfertigten Haftungsautomatismus führen, welcher m.E. abzulehnen ist.

c) Verhältnis zu den Betreibungs- und Konkursdelikten

275 Art. 163 ff. StGB umschreiben das strafrechtlich relevante Verhalten im Zusammenhang mit Konkurs- und Betreibungsverfahren. Das Bundesgericht hat in sei-

⁵¹⁰ ZK-HANDSCHIN, Art. 725 OR, N 87; HANDSCHIN/JUCKER, 199.

⁵¹¹ HANDSCHIN/JUCKER, 199 f. und allgemein 195 m.w.H.

⁵¹² Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/cc) in fine (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵¹³ FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 444.

⁵¹⁴ FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung, 445.

⁵¹⁵ Dazu sogleich hinten N 275 ff.

⁵¹⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761, N 7a; Haftpflichtkommentar-LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR, N 128; a.A. KRIZAJ, AJP 2013, 827 ff.

⁵¹⁷ BGE 95 III 83, 91, E. 6c); a.A. KRIZAJ, AJP 2013, 830 f.

ner älteren Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass sich die Haftung aus unerlaubter Handlung grundsätzlich auf die Betreibungs- und Konkursdelikte⁵¹⁸ stützen könne.⁵¹⁹ In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht hingegen festgehalten, dass sich die Haftung aus unerlaubter Handlung gerade nicht auf die Betreibungs- und Konkursdelikte stützen könne.⁵²⁰ Zur Begründung führt das Bundesgericht Folgendes an: «Das Strafrecht dient dem Gläubigerschutz durch die generalpräventive Wirkung der Strafandrohung. [...] Auch in Bezug zu Art. 41 Abs. 1 OR gilt demnach, dass Art. 163 ff. StGB dem Gläubigerschutz einzig durch ihre generalpräventive Wirkung dienen. Der Umfang des Gläubigerschutzes ergibt sich hingegen aus dem Zwangsvollstreckungsrecht. Dieses kennt mit den Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG [...] ein spezifisches und genügendes Konzept des Gläubigerschutzes. Art. 163 ff. StGB haben demnach nicht die Funktion, den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz auszuweiten und zusätzliche Anspruchsgrundlagen für die Gläubiger zu schaffen [...]»⁵²¹

Diese Begründung überzeugt m.E. aus zwei Gründen nicht. Zum einen impliziert das Bundesgericht, dass die Qualifikation der Betreibungs- und Konkursdelikte als unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 OR zu einer Ausweitung der Haftung gegenüber den konkursrechtlichen Anfechtungsklagen führt. Damit verkennt es m.E., dass das strafrechtlich relevante Verhalten enger gefasst ist als die anfechtbaren Rechtshandlungen nach Art. 286 ff. SchKG.⁵²² So setzt bspw. die Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB im Gegensatz zur Absichtsanfechtung als objektives Element die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus.⁵²³ 276

Zum anderen führt der allgemeine Hinweis auf die generalpräventive Wirkung des Strafrechts dazu, dass sich eine Haftung aus unerlaubter Handlung nie alleine auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten stützen liesse, zumal das Bundesgericht seine Aussage nicht auf die Betreibungs- und Konkursdelikte beschränkt. Der generalpräventive Charakter des Strafrechts kann deshalb keine Begründung dafür sein, dass Art. 163 ff. StGB nicht als Grundlage einer Haftung aus unerlaubter Handlung dienen können. 277

⁵¹⁸ Wobei es im vorliegenden Fall um den Tatbestand des *betrügerischen Bankerottes* nach damaligen luzernischen Kriminalstrafgesetz ging.

⁵¹⁹ BGE 44 III 205, 207 f., E. 1.

⁵²⁰ Urteil des BGER 5A_89/2015 vom 12. November 2015, E. 3.5.

⁵²¹ Urteil des BGER 5A_89/2015 vom 12. November 2015, E. 3.5.

⁵²² BGE 117 IV 23, 25, E. 4a): «Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, braucht strafbar zu sein [...]»; GLANZMANN/ROBERTO, 98.

⁵²³ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167, N 5 ff.

278 M.E. ist vielmehr das Gegenteil zutreffend. Wie vorne aufgezeigt wurde, sind Art. 286 ff. SchKG keine Schutznormen i.S.v. Art. 41 OR.⁵²⁴ Eine anfechtbare Rechtshandlung qualifiziert erst dann als widerrechtliche Handlung, wenn sich deren Vornahme als strafrechtlich relevantes Verhalten manifestiert. Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass das Verhalten des Schädigers zusätzlich gegen andere privatrechtliche Schutznormen verstösst. Eine anfechtbare Handlung stellt somit nicht ohne Weiteres eine widerrechtliche Handlung i.S.v. Art. 41 OR dar.⁵²⁵

3. Subsidiarität der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage?

279 Das Verhältnis zwischen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der paulianischen Anfechtung ist umstritten. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, die Verantwortlichkeitsklage sei subsidiär zur paulianischen Anfechtung.⁵²⁶ Dies würde dazu führen, dass die paulianische Anfechtung i.S. einer Schadenminderungspflicht vor der Einleitung eines Verantwortlichkeitsprozesses anzustrengen wäre. Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass Anspruchskonkurrenz bestehe.⁵²⁷

280 Zunächst ist festzuhalten, dass keine Konkurrenz zwischen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der paulianischen Anfechtung besteht, sofern dem Kläger des Verantwortlichkeitsanspruchs die Aktivlegitimation für die paulianische Anfechtung fehlt.⁵²⁸ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Aktivlegitimation für den Verantwortlichkeitsanspruch bei den Gläubigern liegt und diejenige der paulianischen Anfechtungsansprüche bei der Konkursverwaltung.⁵²⁹ Die paulianische Anfechtung als Schadenminderungspflicht ist auch ausgeschlossen, wenn der Leistungsempfänger insolvent ist oder die Pflicht zur Rückgewähr aufgrund entfallener Bereicherung des Beschenkten gemäss Art. 291 Abs. 3 SchKG entfallen ist.⁵³⁰ Sinnwidrig wäre die paulianische Anfechtung als Schadenminderungspflicht schliesslich in jenen Fällen, in welchen der Verantwortliche zugleich Leistungsempfänger der anfechtbaren Rechtshandlung ist.⁵³¹

⁵²⁴ Vorne N 268 ff., insb. N 273 f.

⁵²⁵ BGE 95 III 83, 91, E. 6c).

⁵²⁶ KRIZAJ, AJP 2013, 834; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 394; REBSAMEN, N 1139 f.

⁵²⁷ VOGT, AJP 2010, 1090.

⁵²⁸ KRIZAJ, AJP 2013, 834.

⁵²⁹ KRIZAJ, AJP 2013, 834. Vgl. auch die Fallkonstellation vorne N 248 f.

⁵³⁰ KRIZAJ, AJP 2013, 834 f.

⁵³¹ So z.B. im Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000.

Wie vorne gezeigt wurde, begründet nicht jede anfechtbare Handlung eine 281
Pflichtverletzung.⁵³² In diesen Fällen fehlt es folglich an einer Konkurrenzsitu-
ation. Eine solche ist nur gegeben, wenn die Vornahme des anfechtbaren Rechts-
geschäfts zugleich eine Pflichtverletzung darstellt, die zu einer Haftung aus ak-
tienrechtlicher Verantwortlichkeit führt.

Für die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage spricht, dass der Verant- 282
wortliche in der Regel nicht selbst Leistungsempfänger ist.⁵³³ Es kann folglich
stossend erscheinen, dem Verantwortlichen die Haftung für den Schaden der
Konkursgläubiger aufzubürden, obwohl die vorgängige Anfechtung des Rechts-
geschäfts und die Rückgewähr des Vermögenswerts zumutbar gewesen wären.

Sofern eine zumutbare paulianische Anfechtung unterlassen wurde, wäre 283
dies im Rahmen der Schadenminderungspflicht bei der Schadenersatzbemes-
sung zu berücksichtigen.⁵³⁴ Der Verantwortliche hätte dabei die Beweislast da-
für zu tragen, dass die paulianische Anfechtung erfolgreich gewesen wäre.⁵³⁵

Gegen die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage spricht, dass das be- 284
treffende Rechtsgeschäft das Verschulden des Verantwortlichen nicht reduziert.
Wie vorne erörtert, muss für eine Konkurrenzsituation die Vornahme des
Rechtsgeschäfts auch eine Pflichtverletzung darstellen.⁵³⁶ Die Subsidiarität der
Verantwortlichkeitsklage würde das Risiko bergen, dass der Verantwortliche be-
treffend diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Leistungen potentiell zurückverlangt
werden können, weniger Sorgfalt aufwendet als bei Rechtsgeschäften, die zu
einem unwiderruflichen Schaden führen. Die Anspruchskonkurrenz der beiden
Rechtsbehelfe gewährleistet hingegen, dass der Verantwortliche bei sämtlichen
Rechtsgeschäften dieselbe Sorgfalt aufbringt.

Des Weiteren spricht – ähnlich wie bei der Rückerstattungsklage der Aktio- 285
näre⁵³⁷ – die prozesstechnische Unzumutbarkeit für die Gläubiger gegen die
Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage.⁵³⁸ Diese müssten sich folglich so-
wohl den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit als auch den paulia-
nischen Anfechtungsanspruch abtreten lassen und hätten u.U. das Risiko beider
Klagen zu tragen.

⁵³² Vorne N 273 und N 278.

⁵³³ KRIZAJ, AJP 2013, 834.

⁵³⁴ KRIZAJ, AJP 2013, 834, FN 74; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 394.

⁵³⁵ KRIZAJ, AJP 2013, 834, FN 74.

⁵³⁶ Vorne N 281.

⁵³⁷ Vorne N 233.

⁵³⁸ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12, N 567, der die Subsidiarität für die Gesellschaft bzw. für den Aktionär als *prozesstechnisch unzumutbar* bezeichnet.

286 Aus den genannten Gründen ist m.E. zwischen den Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und paulianischer Anfechtung von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen.

C. Fazit

287 Der aus der anfechtbaren Rechtshandlung resultierende Schaden und der aktienrechtliche Schaden sind streng voneinander zu trennen,⁵³⁹ auch wenn die anfechtbare Rechtshandlung zugleich eine aktienrechtliche Pflichtverletzung darstellt.⁵⁴⁰

288 Die konkursrechtliche Gläubigergleichbehandlung ist auf das Aktienrecht nicht übertragbar. Die Gesellschaftsinteressen können u.U. eine Ungleichbehandlung der Gläubiger erforderlich machen, was auch im Sanierungsfall gilt.⁵⁴¹

289 Das Bundesgericht geht davon aus, die Vornahme einer anfechtbaren Handlung stelle zugleich eine widerrechtliche Handlung i.S.v. Art. 41 ff. OR dar. Die Betreibungs- und Konkursdelikte nach Art. 163 ff. StGB können hingegen nicht als Grundlage für eine Haftung aus unerlaubter Handlung herangezogen werden.⁵⁴² Nach hier vertretener Auffassung stellen Art. 285 ff. SchKG keine Schutznormen i.S.v. Art. 41 ff. OR dar. Vielmehr kann sich eine Haftung aus unerlaubter Handlung auf die Betreibungs- und Konkursdelikte stützen.⁵⁴³

290 Zwischen der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit besteht keine Rangfolge. Die Verantwortlichkeitsklage ist nicht subsidiär zur paulianischen Anfechtung. Es besteht vielmehr Anspruchskonkurrenz.⁵⁴⁴

⁵³⁹ Vorne N 241 ff.

⁵⁴⁰ Vorne N 260 ff.

⁵⁴¹ Vorne N 266 f.

⁵⁴² Vorne N 275.

⁵⁴³ Vorne N 276 ff.

⁵⁴⁴ Vorne N 279 ff.

3. Teil Zweiter Teilaspekt der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage

Der in diesem Teil zu untersuchende Aspekt der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage beschäftigt sich mit der Frage, ob sich die Klagen der Aktionäre und Gläubiger aus Art. 756 f. OR auf ein materielles Forderungsrecht oder auf eine Prozessstandschaft stützen. Im Konkurs tritt die bundesgerichtliche Ablösungstheorie hinzu, so dass die Beantwortung dieser Frage hinsichtlich der Situation im Konkurs und ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft gesondert erfolgen muss. 291

Für die Untersuchung der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ist die der materiellen Anspruchsberechtigung und der Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung zugrunde liegende Terminologie von zentraler Bedeutung. Im Folgenden werden zu diesem Zweck zunächst die Begriffe *Rechtszuständigkeit* und *Prozessführungsbefugnis* erläutert (§ 8). Basierend darauf werden im Anschluss die Begriffe *Sachlegitimation* und *Prozessstandschaft* beschrieben. Aufgrund der zahlreichen Probleme und Fragen, welche die Prozessstandschaft verursacht bzw. aufwirft, wird diese inhaltlich näher untersucht und deren allgemeine Grundsätze festgehalten. Anschliessend ist kurz auf die *Stellvertretung im Prozess* einzugehen. 292

In einem zweiten Schritt wird untersucht, wer aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zum einen materiell berechtigt und zum anderen klageberechtigt ist (§ 9). Dazu werden die einzelnen Theorien zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage ausserhalb des Konkurses und im Konkurs separat dargestellt. Im Anschluss folgen die Würdigung der einzelnen Theorien und die Zusammenfassung der festgestellten Probleme (§ 10). Schliesslich werden zur Untersuchung der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage de lege lata die einschlägigen Gesetzesbestimmungen ausgelegt (§ 11). 293

§ 8 Sachlegitimation, Rechtszuständigkeit und Prozessführungsbefugnis

I. Rechtszuständigkeit

294 Rechtsträger⁵⁴⁵ ist, wer aus einem Anspruch berechtigt oder verpflichtet ist. Präzisierend ist jedoch festzuhalten, dass nicht nur *rechtszuständig* ist, wer aus einem *tatsächlich bestehenden Anspruch berechtigt oder verpflichtet* ist, sondern bereits wer *als Gläubiger oder Schuldner aus einem bestimmten Recht in Frage kommt*. Grundsätzlich ausreichend ist dazu die Behauptung der Gläubiger- und Schuldnerstellung der Parteien. Die Parteien können folglich auch rechtszuständig sein, wenn das behauptete Recht nicht besteht.⁵⁴⁶ Demnach ist die Rechtszuständigkeit bspw. gegeben, wenn der Kläger behauptet, vom Beklagten widerrechtlich und schuldhaft im Sinne von Art. 41 OR geschädigt worden zu sein, selbst wenn eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen im Ergebnis nicht erfüllt sind. Werden hingegen spezifische Anforderungen an die Person des materiell Berechtigten oder Verpflichteten gestellt, reicht für die Rechtszuständigkeit die Behauptung der Gläubiger- und Schuldnerstellung alleine nicht aus. So ist der Zedent, der behauptet, weiterhin Gläubiger der Forderung zu sein, nicht zur Klage aus der zedierten Forderung aktivlegitimiert, wenn sich im Prozess herausstellt, dass die Zession an den Dritten gültig ist.⁵⁴⁷ Er kommt mithin als Gläubiger der Forderung nicht mehr in Frage.

II. Prozessführungsbefugnis

295 Mit Prozessführungsbefugnis wird das Recht bezeichnet, als (klagende oder beklagte) Partei über einen strittigen Anspruch einen Prozess zu führen.⁵⁴⁸ Sie

⁵⁴⁵ Im Folgenden werden die Begriffe *Rechtsträgerschaft* und *Rechtszuständigkeit* synonym verwendet.

⁵⁴⁶ BEINERT, 13: «Es ist ausserdem nicht richtig, von fehlender Sachlegitimation zu sprechen, wenn sich ein behaupteter Anspruch im Prozess als nicht bestehend erweist.» BEINERT setzt die Sachlegitimation mit der Rechtsträgerschaft gleich.

⁵⁴⁷ Urteil des BGer 4A_125/2010 vom 12. August 2010, E. 4.4; Urteil des BGer 4C.49/2005 vom 2. Mai 2005, E. 3.3 (fehlende Aktivlegitimation der Zessionarin bei ungültiger Zession).

⁵⁴⁸ Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 67 m.w.H.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 24; ferner KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59, N 21 und Art. 67, N 20; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 60; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 20; JENNY, N 113 und N 868. Vgl. LÖTSCHER, N 50: «Es handelt sich bei der Prozessführungsbefugnis um die *Befugnis, einen Prozess über einen konkreten Streitgegenstand zu führen und in eigener Person in den Grenzen des Zivilprozessrechts über diesen prozessual zu disponieren.*» (Hervorhebungen durch LÖTSCHER); GRAF, GesKR 2012, 382: «[...] *Berechtigung* [...], *über das behauptete, im Prozess streitige Recht einen Rechtsstreit zu führen.*» (Hervor-

knüpft an die formelle Parteistellung an, d.h. der *Kläger* hat *aktiv prozessführungsbefugt* zu sein und der *Beklagte* *passiv prozessführungsbefugt*.

Ob die Prozessführungsbefugnis gegeben ist, hängt grundsätzlich von der *Behauptung des Klägers* ab, wessen Recht wem gegenüber geltend gemacht wird.⁵⁴⁹ Behauptet der Kläger, ein eigenes Recht geltend zu machen, ist seine Prozessführungsbefugnis grundsätzlich gegeben, sofern diese nicht durch das Gesetz entzogen wurde. Behauptet er, ein fremdes Recht geltend zu machen, ist er grundsätzlich nicht prozessführungsbefugt, sofern ihm die Befugnis nicht durch das Gesetz eingeräumt wurde. Die passive Prozessführungsbefugnis des materiell Verpflichteten ist grundsätzlich gegeben, sofern sie nicht durch das Gesetz entzogen wurde (z.B. dem Schuldner im Konkurs).⁵⁵⁰ Der materiell nicht Verpflichtete ist grundsätzlich nicht prozessführungsbefugt, sofern ihm diese Befugnis bzw. Pflicht nicht durch das Gesetz eingeräumt wurde.⁵⁵¹

Umstritten ist, ob die Prozessführungsbefugnis ein eigenständiges prozessrechtliches Institut – genauer eine Prozessvoraussetzung – darstellt oder der materiellrechtlichen Sachlegitimation gleichzustellen oder ihr unterzuordnen ist.⁵⁵²

III. Sachlegitimation

A. Vorbemerkungen

Die Sachlegitimation als Oberbegriff umfasst die Aktiv- und die Passivlegitimation.⁵⁵³ Sie ergibt sich aus dem materiellen Recht und gilt als Anspruchsvoraussetzung, deren Fehlen zur Abweisung der Klage führt.⁵⁵⁴ Es finden die allgemeinen Grundsätze zur Sachverhaltsermittlung Anwendung, d.h. es gelten die

hebungen durch GRAF); HERZIG, 150: «[...] die Befugnis [...], in eigenem Namen ein eigenes Recht oder eben im Rahmen einer Prozessstandschaft ein Recht eines Dritten geltend zu machen.»

⁵⁴⁹ LÖTSCHER, N 47.

⁵⁵⁰ BGE 129 V 113, 117, E. 4.2; LÖTSCHER, N 48.

⁵⁵¹ Zur Passivlegitimation eines Elternteils betreffend vermögensrechtliche Fragestellungen des Kindes vgl. BGE 136 III 365, 367, E. 2.2 (= Pra 100 [2011] Nr. 17).

⁵⁵² Vgl. dazu in der genannten Reihenfolge hinten N 305, N 321 f. sowie N 323 ff.

⁵⁵³ LÖTSCHER, N 79; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 20.

⁵⁵⁴ Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 4.2; BGE 138 III 213, 216, E. 2.3 (= Pra 101 [2012] Nr. 110); BGE 136 III 365, 367, E. 2.1 (= Pra 100 [2011] Nr. 17); BGE 130 III 417, 424, E. 3.1 (= Pra 94 [2005] Nr. 30); BGE 126 III 59, 63, E. 1a) (= Pra 89 [2000] Nr. 117); BGE 108 II 216, 217, E. 1; BGE 107 II 82, 85, E. 2a); BGE 94 I 312, 315 f., E. 1b); KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 10; Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 67; LÖTSCHER, N 66 f. und N 72; HERZIG, 149 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11, N 4 und § 13, N 20; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 60 und N 171; GRAF, GesKR 2012, 382; JENNY, N 113, N 753 in fine und N 756; HABSCHEID, N 270; KUMMER, 66 f.; GULDENER, 139.

Dispositions- und die Verhandlungsmaxime.⁵⁵⁵ Die Sachlegitimation ist eine Rechtsfrage⁵⁵⁶ und dementsprechend durch das Gericht unter Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* von Amtes wegen und frei zu prüfen.⁵⁵⁷ Sie muss zudem im Zeitpunkt des Urteils vorliegen.⁵⁵⁸

299 Zur Sachlegitimation sind in der Lehre und Rechtsprechung folgende zwei
Definitionen besonders verbreitet:

300 i. Sachlegitimiert ist, wer hinsichtlich eines streitigen Anspruchs berechtigt
(aktivlegitimiert) oder verpflichtet (passivlegitimiert) ist.⁵⁵⁹

301 ii. Aus der Sachlegitimation ergibt sich, welche Person als Kläger aufzutreten
berechtigt ist, und welche Person eingeklagt werden muss, damit eine konkrete
Klage durchdringen kann.⁵⁶⁰

302 Ebenfalls zu finden sind folgende zwei Definitionen: «Aus der Sachlegitimation
ergibt sich, wer hinsichtlich eines streitigen Anspruchs berechtigt und wer verpflichtet
ist und dementsprechend in der Regel als klagende bzw. beklagte Person in einem
Prozess aufzutreten hat.»⁵⁶¹ Dem zweiten Halbsatz kommt jedoch keine eigenständige
Bedeutung zu. Die betreffenden Autoren schliessen sich dementsprechend der erstgenannten
Definition an.⁵⁶² Eine andere vom Bundesgericht – ohne weiteren Verweis – verwendete
(negativ formulierte) Definition lautet: «Il y a défaut de qualité pour agir ou pour
défendre lorsque ce n'est pas le titulaire du droit qui s'est constitué demandeur en justice,
respectivement que ce n'est pas l'obligé du droit qui a été assigné en justice.»⁵⁶³ Die
Sachlegitimation fehle also, wenn der Kläger nicht zugleich materiell berechtigt bzw.
der Beklagte nicht zugleich materiell verpflichtet ist. Dies würde allerdings die
Möglichkeit einer Prozessstandschaft kategorisch ausschliessen. Sie ist deshalb
nicht als eigenständige Umschreibung aufzufassen, sondern vielmehr als unpräzise
Wiedergabe der erstgenannten Definition.

⁵⁵⁵ LÖTSCHER, N 104; vgl. auch BGE 118 Ia 129, 130, E. 1.

⁵⁵⁶ BGE 97 II 97, 100, E. 2; LÖTSCHER, N 68.

⁵⁵⁷ Vgl. folgende Entscheide, wobei in der französischen Originalfassung jeweils von *la qualité pour agir et la qualité pour défendre*, in der deutschen Übersetzung jedoch von *Aktiv- und Passivlegitimation* die Rede ist: BGE 142 III 782, 398, E. 3.1.4 in fine (= Pra 107 [2018] Nr. 46); BGE 136 III 365, 367, E. 2.1 (= Pra 100 [2011] Nr. 17); BGE 130 III 550, 551, E. 2 (= Pra 94 [2005] Nr. 61); BGE 126 III 59, 63, E. 1a (= Pra 89 [2000] Nr. 117).

⁵⁵⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 20; JENNY, N 113.

⁵⁵⁹ SUTTER-SOMM, N 191; Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 67; HERZIG, 149; GRAF, GesKR 2012, 382; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 171; PERREN, 69; HABSCHIED, N 270; KUMMER, 66; BEINERT, 12.

⁵⁶⁰ BGE 116 II 253, 257, E. 3; GULDENER, 139. Vgl. Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 4.2; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 37.

⁵⁶¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 20; JENNY, N 112.

⁵⁶² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 26; JENNY, N 754.

⁵⁶³ BGE 142 III 782, 399, E. 3.2.2 (= Pra 107 [2018] Nr. 46).

Der Begriff der Sachlegitimation hat einen wesentlichen Einfluss auf das Verständnis der Prozessstandschaft und der bundesgerichtlichen Biber-Praxis,⁵⁶⁴ weshalb auf diese zwei Definitionen im Folgenden näher einzugehen ist. 303

B. Sachlegitimation im Sinne von Rechtszuständigkeit

1. Allgemeines

Der ersten Definition zufolge wird die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit gleichgestellt.⁵⁶⁵ 304

Da bei der Prozessstandschaft die Rechtszuständigkeit und die formelle Parteistellung im Prozess auseinanderfallen, ist die Sachlegitimation von der *Prozessführungsbefugnis* abzugrenzen.⁵⁶⁶ Eine Prozessstandschaft liegt demzufolge immer dann vor, wenn die *Sachlegitimation und die Prozessführungsbefugnis auseinanderfallen*.⁵⁶⁷ Letztere ist nach dieser Ansicht eine Prozessvoraussetzung, die von Amtes wegen zu prüfen ist⁵⁶⁸ und deren Fehlen zum Nichteintreten führt.⁵⁶⁹ Die Prozessstandschaft ist also der Prozessführungsbefugnis zuzuordnen.⁵⁷⁰ Folglich ist auf eine Klage eines Dritten, der fälschlicherweise behauptet, Prozessstandschafter zu sein, mangels Prozessführungsbefugnis nicht einzutreten.⁵⁷¹ Gleiches gilt für die sachlegitimierte Person, der infolge einer Prozessstandschaft die Prozessführungsbefugnis entzogen wurde.⁵⁷² 305

⁵⁶⁴ Zur Prozessstandschaft hinten N 348 ff. Zur Biber-Praxis hinten N 464 ff. sowie N 473 ff., insb. N 478 ff.

⁵⁶⁵ RUOSS, 41 f.; BEINERT, 12. Explizit für die Aktivlegitimation auch JENNY, N 112 und N 754.

⁵⁶⁶ BERTI, 442, verwendet den Begriff *Prozessführungsrecht* als Oberbegriff über die Prozessstandschaft, verstanden als das Recht, ein behauptetes fremdes Recht in eigenem Namen gelten zu machen, und die Prozessführungsbefugnis als das Recht, ein behauptetes fremdes Recht in fremden Namen geltend zu machen. Zur Prozessstandschaft sogleich hinten N 348 ff.

⁵⁶⁷ SUTTER-SOMM, N 192; Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 67; Kommentar zur ZPO-SCHWANDER, Art. 83, N 15 (Auseinanderfallen von formeller Parteistellung und Sachlegitimation); LÖTSCHER, N 35, N 46 und N 123; HERZIG, 150; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 26; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 61; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 22; JENNY, N 114; GORDON-VRBA, 149; PERREN, 69 f.; HABSCHIED, N 277.

⁵⁶⁸ GRAF, GesKR 2012, 382; GORDON-VRBA, 149; BEINERT, 32 ff.

⁵⁶⁹ KLOPFER, SJZ 2016, 29; Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 69; LÖTSCHER, N 51 m.w.H.; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67, N 20; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 27; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 60; GRAF, GesKR 2012, 382; JENNY, N 113, N 868 und N 871.

⁵⁷⁰ HABSCHIED, N 271 und N 277; BEINERT, 15 in fine.

⁵⁷¹ HABSCHIED, N 277.

⁵⁷² Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 69; LÖTSCHER, FN 124; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 27; HABSCHIED, N 277, vgl. BGE 129 V 113, 117, E. 4.2,

- 306 Wer rechtszuständig und damit sachlegitimiert ist, ist in der Regel auch prozessführungsbefugt. Ebenso ist prozessführungsbefugt, wem trotz fehlender Sachlegitimation die Prozessführungsbefugnis durch das Gesetz eingeräumt wurde. Fehlt jedoch einem Kläger neben der Aktivlegitimation auch die Prozessführungsbefugnis, ist auf dessen Klage mangels dieser Prozessvoraussetzung nicht einzutreten.⁵⁷³
- 307 Aus der Gleichsetzung von Sachlegitimation und Rechtszuständigkeit folgt, dass sich die Hauptanwendungsfälle der Sachlegitimation auf diejenigen Fälle beschränken, in welchen ein (behaupteter) Rechtsübergang stattgefunden hat oder eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt.⁵⁷⁴

2. Offenlegungspflicht der Prozessstandschaft?

- 308 Um die Behauptung, *wessen Recht wem gegenüber* geltend gemacht wird, objektiv feststellen zu können, soll dem Prozessstandschafter eine Offenlegungspflicht auferlegt werden,⁵⁷⁵ welche m.E. abzulehnen ist.
- 309 Sie setzt voraus, dass der Prozessstandschafter Kenntnis darüber hat, dass er in Prozessstandschaft handelt. Der Gesellschafter, welcher namentlich eine Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage oder eine *actio pro socio* anstrengt, muss wissen, ob er einen eigenen Anspruch geltend macht oder als Prozessstandschafter für die Gesellschaft auftritt, was in den genannten Fällen aus dem Gesetzestext nicht eindeutig hervorgeht.
- 310 Des Weiteren kann das Problem hinzutreten, dass der Prozessstandschafter neben der Forderung des Rechtsträgers auch eine eigene Forderung geltend machen kann, wobei aus der Klagebegründung u.U. nicht eindeutig hervorgeht, wessen Forderung zu beurteilen ist. In solchen Fällen trifft den Kläger m.E. keine Offenlegungspflicht, sondern das Gericht hat mit dem rechtserheblichen Sachverhalt – dem Grundsatz *iura novit curia* entsprechend – sowohl eine allfällige Forderung des Rechtsträgers als auch des Klägers zu prüfen.⁵⁷⁶ So prüft auch das Bundesgericht in BGE 127 III 374 m.E. zu Recht, ob die eingeklagte Forderung einer Gesellschaftsgläubigerin aufgrund einer Prozessstandschaft

wonach die Erben nicht zur Prozessführung berechtigt sind, soweit dieses Recht dem Willensvollstrecker zusteht.

⁵⁷³ Ausführlich LÖTSCHER, N 91 ff., insb. N 95.

⁵⁷⁴ Zum Rechtsübergang im Rahmen der Rechtszuständigkeit vorne N 294. Zur Streitgenossenschaft vgl. hinten N 312 f. sowie N 316.

⁵⁷⁵ LÖTSCHER, N 126 ff.

⁵⁷⁶ BGE 113 II 277, 279 f., E. 4; vgl. für den Fall der Anspruchskonkurrenz SCHWENZER, N 5.03.

(bzw. gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR oder Art. 260 SchKG)⁵⁷⁷ oder aufgrund eines eigenen Anspruchs⁵⁷⁸ erfüllt sein könnte.

Im Übrigen hat die Offenlegungspflicht ihren Ursprung im deutschen Recht, 311 wo sie jedoch nur für die gewillkürte Prozessstandschaft gilt.⁵⁷⁹ Dies macht durchaus Sinn, da die Grundlage der Prozessstandschaft in diesen Fällen für das Gericht nicht bereits aus dem Gesetz ersichtlich ist. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die gewillkürte Prozessstandschaft dem schweizerischen Recht grundsätzlich fremd,⁵⁸⁰ so dass der Hauptanwendungsfall der Offenlegungspflicht in der Schweiz keine Grundlage findet.

Bei fehlender Offenlegung der Prozessstandschaft ist nach Ansicht von 312 LÖTSCHER davon auszugehen, dass der Prozessführende ein eigenes Recht geltend macht.⁵⁸¹ Bei der unvollständigen Streitgenossenschaft geht sie jedoch in Abweichung von diesem Grundsatz davon aus, dass die Streitgenossen das fremde Recht der vollständigen Streitgenossenschaft geltend machen, weshalb auf ihre Klage *nicht einzutreten* sei.⁵⁸² Diese Auffassung ist jedoch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Klage einer unvollständigen, notwendigen Streitgenossenschaft abzuweisen ist, nicht zu vereinbaren.⁵⁸³ Die Verletzung der Offenlegungspflicht soll im Übrigen zur Abweisung der Klage führen, was als relativ harte Rechtsfolge erscheint.⁵⁸⁴

3. Würdigung

Die Gleichsetzung von Sachlegitimation und Rechtszuständigkeit hat den Vor- 313 teil, dass sie eine klare Trennung zwischen Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation ermöglicht. Während die Frage der Prozessführungsbefugnis parteibezogen zu beantworten ist und sich ausschliesslich im Falle einer Prozessstandschaft stellt, ist die Frage der Sachlegitimation streitgegenstandsbezogen zu beantworten und beschäftigt sich hauptsächlich mit allfälligen Rechtsübertragungen oder notwendigen Streitgenossenschaften. Des Weiteren kann die Prozessführungsbefugnis (und damit auch die Prozessstandschaft) als rein

⁵⁷⁷ BGE 127 III 374, 381, E. 3e) in fine.

⁵⁷⁸ BGE 127 III 374, 381, E. 3f).

⁵⁷⁹ LÖTSCHER, N 126.

⁵⁸⁰ Hinten N 349.

⁵⁸¹ LÖTSCHER, N 127.

⁵⁸² LÖTSCHER, N 538, N 645 und N 742. Eine ähnliche Argumentation bei HABSCHIED, N 281.

⁵⁸³ BGE 142 III 782, 398, E. 3.1.4 (= Pra 107 [2018] Nr. 46); BGE 140 III 598, 601, E. 3.2; BGE 138 III 737, 738, E. 2; BGE 137 III 455, 159, E. 3.5.

⁵⁸⁴ LÖTSCHER, N 127. Die Klageabweisung führt insbesondere zu Kostenfolgen bei der unterliegenden Partei und kann zum vollständigen Rechtsverlust führen, wenn zwischenzeitlich eine materielle Verwirkungsfrist eingetreten ist.

prozessrechtliches Institut qualifiziert werden, deren Rechtsfolgen sich im Prozessurteil erschöpfen, wohingegen die Sachlegitimation als materiellrechtliches Institut konsequenterweise materiellrechtliche Folgen herbeiführt.

C. Sachlegitimation als Begriff für die richtigen Parteien

- 314 Die zweite Definition, welcher hier gefolgt wird, stellt auf die *richtigen Parteien* ab, die notwendig sind, damit eine *konkrete Klage durchdringen kann*. Die Sachlegitimation stellt insofern, ausgehend vom konkret eingeklagten Streitgegenstand, auf die *formelle Parteistellung* ab. Die Sachlegitimation beantwortet die Frage, wer in einem Prozess als *Kläger* und *Beklagter* aufzutreten hat, damit über den konkret eingeklagten Streitgegenstand entschieden werden kann.
- 315 In den meisten Fällen wird sich die Sachlegitimation aus der Rechtszuständigkeit ergeben.⁵⁸⁵ Ausnahmsweise kann das Gesetz jedoch *anstelle* des oder *neben* dem materiell Berechtigten oder Verpflichteten einen Dritten berechtigen bzw. verpflichten, einen Prozess hinsichtlich eines konkreten Streitgegenstands zu führen. Eine solche Prozessstandschaft setzt voraus, dass der Prozessstandschafter die Prozessführungsbefugnis innehat und nicht zu Unrecht, eine fremde Forderung geltend macht. Zum anderen ist erforderlich, dass der angeblich materiell Berechtigte und der Verpflichtete rechtszuständig im vorne definierten Sinn⁵⁸⁶ sind. Kommt der angeblich materiell Berechtigte als Gläubiger nicht mehr in Frage, so ist dessen Prozessstandschafter *nicht der richtige Kläger*, um den konkret eingeklagten Streitgegenstand geltend zu machen, selbst wenn dem Prozessstandschafter die Prozessführungsbefugnis für den angeblich materiell Berechtigten tatsächlich zukommt. Seine Klage ist mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Selbiges gilt sinngemäss für den materiell Verpflichteten.
- 316 Im Gegensatz zur erstgenannten Theorie ist die nicht vollständige, notwendige Streitgenossenschaft unproblematisch. Es spielt keine Rolle, wessen Recht behauptet wird. Wird die Behauptung unterstellt, dass die Streitgenossen ein eigenes Recht geltend machen, ist die Klage mangels Rechtszuständigkeit und damit auch wegen fehlender Aktivlegitimation abzuweisen. Wird die Behauptung unterstellt, dass die Streitgenossen ein fremdes Recht geltend machen, ist die Klage mangels Prozessführungsbefugnis und damit ebenfalls wegen fehlender Aktivlegitimation abzuweisen. Die Rechtsfolge ist damit dieselbe und die Behauptung der Streitgenossen bedeutungslos. Gleiches gilt sinngemäss für die passive Streitgenossenschaft.

⁵⁸⁵ Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 4.2; BGE 116 II 253, 257, E. 3.

⁵⁸⁶ Zum Begriff der Rechtszuständigkeit vorne N 294.

In den seltenen Fällen, in welchen ein Anspruch des Rechtsträgers und ein eigener Anspruch des Prozessstandschafters miteinander konkurrieren, kann unklar sein, wessen Anspruch gutgeheissen wurde. Dies trifft allerdings nur dann zu, wenn die Rechtsbegehren der konkurrierenden Ansprüche identisch formuliert sein können, d.h. namentlich dieselbe Leistung an dieselbe Person verlangt werden kann und auf denselben Sachverhaltsdarstellungen beruht. Ergeben sich Abweichungen, kann dem Dispositiv in der Regel entnommen werden, um welchen Anspruch es sich handelt. Eine generelle Offenlegungspflicht der Prozessstandschaft ist, wie vorne bereits beschrieben, abzulehnen.⁵⁸⁷ 317

In BGE 127 III 374 hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob sich eine eingeklagte Forderung eines Konkursgläubigers auf einen unmittelbar beim Konkursgläubiger eingetretenen Schaden oder auf einen Schaden der konkursiten Gesellschaft stützt. Die Forderung hätte sich somit sowohl auf einen Anspruch des Gläubigers als auch auf einen Anspruch der Gesellschaft stützen können. Insofern bestand eine vorne beschriebene Konkurrenzsituation, wonach derselbe Kläger zwei Ansprüche (einen eigenen und einen fremden Anspruch) geltend machen kann, deren Rechtsbegehren und Sachverhaltsdarstellungen identisch sein können. Das Bundesgericht prüfte beide Varianten. Infolge der restriktiven Rechtsprechung zum direkten Gläubigerschaden⁵⁸⁸ verneinte das Bundesgericht einen derartigen Schaden. Da der Gläubiger zudem nicht geltend machte, gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR oder Art. 260 SchKG berechtigt zu sein, einen allfälligen Gesellschaftsschaden geltend zu machen, wies das Bundesgericht die Klage ab.⁵⁸⁹ 318

Folge der hier beschriebenen Definition ist, dass die Prozessstandschaft der Sachlegitimation zuzuordnen ist, also der Prozessstandschafter sachlegitimiert ist.⁵⁹⁰ Die Klage eines Dritten, der fälschlicherweise behauptet, Prozessstandschafter zu sein, ist mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Gleiches gilt für den materiell Berechtigten oder Verpflichteten, dem die Prozessführungsbefugnis durch das Gesetz entzogen wurde. Diese Rechtsfolge ist insofern konsequent, als die Klage eines Dritten, unabhängig davon, ob er fälschlicherweise 319

⁵⁸⁷ Vorne N 308 ff.

⁵⁸⁸ Vorne N 186 ff.

⁵⁸⁹ Zum Ganzen BGE 127 III 374, 381, E. 3e) und f).

⁵⁹⁰ BGE 131 III 640, 643, E. 4.1.; ferner BGE 137 III 293, 297 ff., E. 3 und Urteil des BGer 5A_91/2009 vom 5. Mai 2009, E. 3.3: In beiden Fällen wurde die Klageabweisung der Vorinstanz wegen unzulässiger gewillkürter Prozessstandschaft und der Begründung, es fehle an der Aktivlegitimation, geschützt. Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68, N 6; KUMMER, 67 (geht jedoch von der erstgenannten Definition aus, vgl. vorne N 300); GULDENER, 142 f. A.A. JENNY, N 114: «Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird in solchen Konstellationen (untechnisch) teilweise ebenfalls von der Aktivlegitimation des Prozessführungsbefugten gesprochen.»

behauptet, Gläubiger oder Prozessstandschafter zu sein, einheitlich mangels Aktivlegitimation abzuweisen ist.⁵⁹¹

320 Dieser Theorie liegt der Gedanke zugrunde, dass die Berechtigung, einen Prozess über einen bestimmten Streitgegenstand zu führen, Ausfluss des materiellen Rechts ist. Im Rahmen der Prozessstandschaft zeigt sich, dass die Prozesshandlungen des Prozessstandschafters Reflexwirkungen auf das materielle Recht haben und die Übertragung der Prozessführungsbefugnis auch eine Übertragung der Verfügungsbefugnis über das streitige Recht umfassen muss.⁵⁹²

1. Gleichsetzung von Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis?

321 Da der Prozessstandschafter sachlegitimiert ist, wird teilweise die Ansicht vertreten, dass sich die Prozessstandschaft durch das Auseinanderfallen von Sachlegitimation und Rechtszuständigkeit definiere.⁵⁹³ Im Ergebnis wird die Sachlegitimation damit der Prozessführungsbefugnis gleichgestellt, wodurch der Begriff Prozessführungsbefugnis obsolet wird.⁵⁹⁴

322 Dies würde jedoch dazu führen, dass die Prozessstandschaft als einziger Anwendungsfall der Sachlegitimation zu qualifizieren wäre. Die Rechtszuständigkeit hingegen wäre nicht der Sachlegitimation zuzuordnen, sondern von dieser abzugrenzen. Folglich könnten diejenigen Anwendungsfälle, in welchen die Rechtszuständigkeit fraglich ist, namentlich im Bereich der Rechtsübertragungen (z.B. Zession) und im Bereich der notwendigen Streitgenossenschaft, nicht unter der Sachlegitimation geprüft werden. So wäre die Klage des Zedenten, der behauptet, weiterhin Gläubiger der Forderung zu sein, nicht mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Auf eine derartige Klage wäre wohl vielmehr mangels Prozessführungsbefugnis nicht einzutreten. Dies widerspräche jedoch der vorne aufgezeigten – und m.E. richtigen – Rechtsprechung, wonach eine solche Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen ist.⁵⁹⁵ Diese Ansicht ist deshalb m.E. abzulehnen.

2. Sachlegitimation als Oberbegriff

323 Die Sachlegitimation ist nicht alleine von der Prozessführungsbefugnis abhängig, sondern auch von der Rechtszuständigkeit. Ist die Rechtszuständigkeit

⁵⁹¹ Zur Kritik und Gegenargumentation BEINERT, 33.

⁵⁹² Dazu hinten N 352 ff.

⁵⁹³ Urteil des BGER 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2; vgl. ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 7, wonach zwischen dem *materiellen Forderungsrecht* und der *Aktivlegitimation* unterschieden wird.

⁵⁹⁴ ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 7; vgl. auch die Ausführungen bei LÖTSCHER, N 98.

⁵⁹⁵ Vorne N 294.

bspw. aufgrund einer Zession nicht gegeben, so fehlt es auch an der Sachlegitimation.⁵⁹⁶ Im Falle einer Prozessstandschaft ist somit eine *doppelte Sachlegitimation* zu prüfen. Zum einen muss die Prozessführungsbefugnis des Prozessstandschafters und zum anderen die Rechtszuständigkeit des angeblich materiell Berechtigten bzw. Verpflichteten gegeben sein.

M.E. ist die Sachlegitimation folglich als Oberbegriff über die Prozessführungsbefugnis und die Rechtszuständigkeit zu qualifizieren.⁵⁹⁷ Fehlt entweder die Prozessführungsbefugnis *oder* die Rechtszuständigkeit, ist auch die Sachlegitimation nicht gegeben. Die Prozessstandschaft besteht demnach – wie auch bei der erstgenannten Definition – im Auseinanderfallen von Prozessführungsbefugnis und Rechtsträgerschaft.⁵⁹⁸ Allerdings ist der Prozessstandschafter – anders als bei der erstgenannten Definition⁵⁹⁹ – sachlegitimiert, sofern die Prozessführungsbefugnis und die Rechtsträgerschaft gegeben sind.

Diese Ansicht wird teilweise auch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterstützt.⁶⁰⁰

D. Lehre und Rechtsprechung

1. Rechtsprechung

In BGE 94 II 141 und BGE 94 I 312 hielt das Bundesgericht die Begriffe Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation auseinander. Ebenso differenzierte es in zwei unpublizierten, französischsprachigen Entscheiden zwischen der *qualité pour agir et pour défendre* und der *légitimation active et passive*. In BGE 127 III 374 wies das Bundesgericht eine Klage mangels Aktivlegitimation ab, wobei unklar bleibt, ob damit die Rechtszuständigkeit oder die Prozessführungsbefugnis gemeint war.⁶⁰¹

In BGE 142 III 782, BGE 130 III 417, BGE 128 III 191 und BGE 126 III 59 setzt das Bundesgericht hingegen die Prozessführungsbefugnis mit der Aktivlegitimation gleich.⁶⁰² Aus den genannten Entscheiden ist nicht eindeutig er-

⁵⁹⁶ Vgl. vorne N 294.

⁵⁹⁷ KNOBLOCH, 14: «Die Aktivlegitimation ist gegeben, wenn der Kläger entweder selber Träger des eingeklagten Rechts ist oder aufgrund einer gesetzlichen Anordnung berechtigt ist, ein fremdes Recht geltend zu machen.»; so wohl auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 150 f.

⁵⁹⁸ Vorne N 305, wobei die Rechtszuständigkeit der Sachlegitimation bei der erstgenannten Definition gleichgestellt wird.

⁵⁹⁹ Vorne N 305.

⁶⁰⁰ Dazu sogleich hinten N 329 ff.

⁶⁰¹ BGE 127 III 374, 381 f., E. 3e) und f).

⁶⁰² BGE 142 III 782, 786, E. 3.1.3.2 (= Pra 107 [2018] Nr. 46): «Pour produire ces effets, l'acte introductif doit émaner du créancier et être dirigé contre le débiteur, en d'autres

kennbar, ob die Aktivlegitimation als Oberbegriff die Prozessführungsbefugnis umfassen oder mit jener identisch sein soll. In BGE 132 III 155 prüft das Bundesgericht die Aktivlegitimation des materiell nicht Berechtigten,⁶⁰³ wobei unklar bleibt, ob die Aktivlegitimation dem materiellen Anspruch gleichzusetzen ist oder sich auf die abgetretene Prozessführungsbefugnis stützt.

328 In einem Entscheid aus dem Jahr 2009 hält das Bundesgericht fest: «[...], dass dem Prozessstandschafter Parteistellung zukommt mit der Folge, dass damit Rechtsträgerschaft und Aktivlegitimation auseinanderfallen [...]»⁶⁰⁴ Damit widerspricht es deutlich der von der h.L. vertretenen Definition, wonach die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit gleichzusetzen ist. Allerdings widerspricht diese Auffassung auch der hier vertretenen Definition, welche die Sachlegitimation als Oberbegriff über die Rechtszuständigkeit und die Prozessführungsbefugnis versteht. Vielmehr scheint es die Sachlegitimation mit der Prozessführungsbefugnis gleichzusetzen, wobei letztere als Begriff obsolet wird.⁶⁰⁵

329 Gemäss h.L. und Rechtsprechung wird im Rahmen von Art. 260 SchKG das *Prozessführungsrecht* übertragen, welches ein Nebenrecht der Konkursforderung darstellt.⁶⁰⁶ In BGE 132 III 342 hält das Bundesgericht diesbezüglich fest, dass: «[d]ie Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG [...] auf einer gesetzlichen Prozessführungsbefugnis oder Prozessstandschaft [beruht] [...]»⁶⁰⁷ Damit stellt das Bundesgericht die Sachlegitimation weder der Rechtszuständigkeit noch der Prozessführungsbefugnis gleich, sondern scheint die Sachlegitimation als Oberbegriff aufzufassen.

330 In einem jüngeren Entscheid, in welchem ein Prozessstandschafter eine Forderung einer bereits aus dem Handelsregister gelöschten Gesellschaft geltend

termes il doit être introduit par celui qui a la qualité pour agir (communément qualifiée de *légitimation active*; [...]; *Aktivlegitimation*) contre celui qui a la qualité pour défendre (communément qualifiée de *légitimation passive*; *Passivlegitimation*).» (Hervorhebungen durch das BGER); BGE 130 III 417, 424, E. 3.1 (= Pra 94 [2005] Nr. 30); BGE 128 III 191, 193, E. 4: «[...] la qualité pour agir (ou *légitimation active*; *Aktivlegitimation*), [...]» BGE 126 III 59, 63 ff., E. 1a) und c) (= Pra 89 [2000] Nr. 117).

⁶⁰³ BGE 132 III 155, 169 ff., E. 6.

⁶⁰⁴ Urteil des BGER 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2.

⁶⁰⁵ Dazu vorne N 321.

⁶⁰⁶ Urteil des BGER 6B_236/2014 vom 1. September 2014, E. 3.4.4; Urteil des BGER 5C.194/2001 vom 25. Februar 2002, E. 5a); BGE 122 III 488, 490, E. 3 (= Pra 86 [1997] Nr. 93); BGE 121 III 488, 492, E. 2b); BGE 111 II 81, 83, E. 3a); BGE 109 III 27, 29, E. 1a); OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 21; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 33; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 167; vgl. LEUENBERGER, 195. Teilweise ist auch von *Prozessführungsbefugnis* die Rede: BGE 132 III 342, 346, E. 2.2.2; BGE 121 III 488, 493, E. 2d); JENNY, N 174.

⁶⁰⁷ BGE 132 III 342, 345, E. 2.2.

machte, hat das Bundesgericht festgehalten, dass es dem als *Prozessstandschaft-
ter klagenden Gläubiger* an der *Aktivlegitimation* mangelt, wenn der Rechtsträger der eingeklagten Forderung fehlt, womit die Klage als unbegründet abzuweisen ist.⁶⁰⁸

Auf den ersten Blick scheint das Bundesgericht, die Sachlegitimation mit 331
der Rechtszuständigkeit gemäss der ersten Definition gleichzustellen. Fehlt die
Rechtszuständigkeit, fehlt auch die Sachlegitimation. Allerdings bringt die Form-
ulierung des Bundesgerichts nur vermeintliche Klarheit. Schliesslich ist ge-
mäss erster Definition nur aktivlegitimiert, wer hinsichtlich eines streitigen An-
spruchs berechtigt ist. Auf den Entscheid bezogen, wäre dies die Gesellschaft.
Irrführend ist deshalb die Aussage, dass mangels Rechtsträger, *dem Prozess-
standschaft*er die Aktivlegitimation fehlt. Wollte sich das Bundesgericht der
erstgenannten Definition anschliessen, hätte es richtigerweise von der fehlenden
Aktivlegitimation *der Gesellschaft* sprechen müssen.

Die Formulierung des Bundesgerichts im genannten Entscheid lässt sich 332
hingegen mit der hier vertretenen Definition in Einklang bringen. Die Sachlegi-
timation als Oberbegriff setzt voraus, dass sowohl die Prozessführungsbefugnis
des Prozessstandschafters als auch die Rechtszuständigkeit des Rechtsträgers
gegeben sind. Die fehlende Rechtsträgerschaft führt dazu, dass die Klage des
Prozessstandschafters nicht mehr durchdringen kann, und diese infolgedessen
mangels Aktivlegitimation abzuweisen ist.

Es kann festgehalten werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung 333
uneinheitlich und in der Terminologie inkonsequent ist. Zwar lassen sich die
meisten Entscheide mit der hier vertretenen, weit gefassten Umschreibung verein-
baren, wonach die Sachlegitimation als Oberbegriff über die Rechtszustän-
digkeit und Prozessführungsbefugnis zu qualifizieren ist, allerdings gibt es
auch Entscheide, welche dieser Auffassung entgegenstehen. Insbesondere die
vorne genannte Aussage des Bundesgerichts, wonach es ein Auseinanderfallen
von Rechtszuständigkeit und Sachlegitimation für möglich hält,⁶⁰⁹ ist mit der
hier vertretenen Auffassung unvereinbar.

2. Lehre

Sowohl BEINERT als auch LÖTSCHER, deren Monografien sich der Prozess- 334
standschaft widmen, kommen zum Schluss, dass die erstgenannte Definition
korrekt und dementsprechend die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit
gleichzusetzen und von der Prozessführungsbefugnis zu unterscheiden sei.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3.

⁶⁰⁹ Urteil des BGer 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2. Vorne N 328.

⁶¹⁰ LÖTSCHER, N 123; BEINERT, 12 und 32 ff.

Auch die übrige Lehre scheint sich mehrheitlich der ersten Definition anzuschliessen. Wie vorne aufgezeigt wurde, wird die Terminologie jedoch häufig uneinheitlich und widersprüchlich verwendet.⁶¹¹ Teilweise wird der Begriff *Sachlegitimation* auch absichtlich in einem offenbar *untechnischen* Sinn verwendet,⁶¹² was dem Verständnis der Sachlegitimation kaum förderlich ist.

- 335 Im Gegensatz dazu besteht in der deutschen Lehre und Rechtsprechung mehr Einigkeit darüber, dass die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit gleichzusetzen und davon die Prozessführungsbefugnis zu unterscheiden ist.⁶¹³

E. Stellungnahme

- 336 Die erstgenannte Theorie, wonach die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit gleichzustellen ist, wird von der wohl h.L. in der Schweiz vertreten. Sie unterscheidet zwischen Prozessführungsbefugnis als rein prozessrechtlichem Institut und der materiellrechtlichen Sachlegitimation.

- 337 Obwohl diese Theorie bereits seit Langem vertreten wird, konnte sie sich jedoch in der Schweiz bis heute nicht etablieren. Die vermeintliche Klarheit, welche die Differenzierung zwischen Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis bringen sollte, wird aufgrund einer sowohl in der Lehre als auch Rechtsprechung uneinheitlich verwendeten Terminologie sowie der fehlenden Auseinandersetzung mit dieser Thematik verunmöglicht.

- 338 Der zweitgenannten Theorie, wonach die Sachlegitimation die Frage beantwortet, ob sich hinsichtlich eines konkreten Streitgegenstands die richtigen Parteien gegenüberstehen, impliziert, dass es sich bei der Prozessführungsbefugnis um einen Ausfluss des materiellen Rechts handelt.

- 339 Die Sachlegitimation fragt ausschliesslich danach, wer die richtigen Parteien sind, damit die Klage aus einem konkreten Streitgegenstand durchdringen kann. Stehen sich die falschen Parteien in einem Prozess gegenüber, wird nicht weiter danach differenziert, ob der Grund dafür in der fehlenden Rechtsträgerschaft oder in der fehlenden Prozessführungsbefugnis liegt. Die Klage ist in beiden Fällen mangels Sachlegitimation abzuweisen. Diese Rechtsfolge erscheint auch der Gegenpartei gegenüber angemessen, da es aus ihrer Sicht keine Rolle spielt, aus welchem Grund die falsche Partei gegen sie vorgeht. Die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Parteistellung sind nicht bloss formelle Prozessvoraussetzungen, sondern Ausfluss des materiellen Rechts.

- 340 Der materiellrechtliche Bezug der Prozessführungsbefugnis zeigt sich zum einen darin, dass die Prozessführungsbefugnis auch die Verfügungsbefugnis

⁶¹¹ Vorne N 299 ff.

⁶¹² So z.B. KRIZAJ, AJP 2013, 821, FN 6 in fine.

⁶¹³ Vgl. die Hinweise bei LÖTSCHER, N 85 in fine, FN 241.

über das streitige Recht umfasst.⁶¹⁴ Prozesshandlungen des Prozessführungsbefugten lassen die materielle Forderung des Rechtsträgers nicht unberührt.

Zum anderen zeigt sich die materiellrechtliche Verbindung auch in der Tatsache, dass es Ansprüche gibt, die nicht auf einen Dritten übertragen werden können, da deren gerichtliche Geltendmachung untrennbar mit dem dem Anspruch zugrunde liegenden dinglichen Recht verbunden sind. So hat das Bundesgericht in BGE 137 III 293 die rechtsgeschäftliche Übertragung des Grundbuchberichtigungsanspruchs unter Bezugnahme auf die grundsätzlich ebenfalls unzulässige gewillkürte Prozessstandschaft abgelehnt.⁶¹⁵ In BGE 132 III 155 hat das Bundesgericht auch die Zulässigkeit der Vindikationszession abgelehnt.⁶¹⁶ In beiden Fällen gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anspruch untrennbar mit dem diesem zugrunde liegenden dinglichen Recht verbunden sei.⁶¹⁷ Bei der Vindikation weist das Bundesgericht ausserdem ausdrücklich darauf hin, dass diese ausschliesslich die Funktion habe, das dingliche Recht zur Geltung zu bringen.⁶¹⁸ Daraus wird die Parallele zur Prozessführungsbefugnis deutlich, deren Funktion sich ebenfalls in der gerichtlichen Geltendmachung erschöpft. Diese Beispiele zeigen, dass sich die gerichtliche Geltendmachung als Ausfluss des materiellen Rechts darstellt und – zumindest im Bereich dinglicher Rechte – als untrennbare Einheit betrachtet wird.

Keine dogmatische Begründung, jedoch eine praktische Folge dieser Ansicht stellt die Tatsache dar, dass der erweiterte Anwendungsbereich der Sachlegitimation zu einer Vereinfachung und Vereinheitlichung der Rechtsfolgen sowohl bei fehlender Rechtszuständigkeit als auch fehlender Prozessführungsbefugnis führt. Infolgedessen ist diese Definition auch besser mit der wechselhaften Rechtsprechung in der Schweiz zu vereinbaren. Unter der erstgenannten Theorie hätte das Bundesgericht in vielen Fällen auf eine Klage richtigerweise nicht eintreten oder die Sachlegitimation beim Rechtsträger und nicht beim Prozessstandschafter prüfen sollen. Diese Entscheide lassen sich mit der hier vertretenen Definition in Einklang bringen, da die Sachlegitimation beim Prozessstandschafter zu prüfen ist und deren Fehlen zur Klageabweisung führt.

F. Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass in der Lehre und Rechtsprechung zwei Theorien zur Sachlegitimation verbreitet sind. Der ersten Definition

⁶¹⁴ Dazu hinten N 352 ff.

⁶¹⁵ BGE 137 III 293, 297 ff., E. 3.

⁶¹⁶ BGE 132 III 155, 162 ff., E. 6.2.

⁶¹⁷ BGE 137 III 293, 298, E. 3.2; BGE 132 III 155, 164, E. 6.2.3: «Eigentum und Vindikation sind damit eine untrennbare Einheit.»

⁶¹⁸ BGE 132 III 155, 163, E. 6.2.2.

zufolge wird die Sachlegitimation der Rechtszuständigkeit gleichgestellt.⁶¹⁹ Die zweite Definition, stellt auf die *richtigen Parteien* ab, die notwendig sind, damit die *konkrete Klage durchdringen kann*.⁶²⁰ Die beiden Theorien unterscheiden sich v.a. dahingehend, dass bei der erstgenannten Theorie das Fehlen der Prozessführungsbefugnis zum Nichteintreten auf die betreffende Klage führt,⁶²¹ währenddessen bei der zweitgenannten Theorie das Fehlen der Prozessführungsbefugnis dem Fehlen der Sachlegitimation gleichgestellt ist und somit zur Abweisung der Klage führt.⁶²²

344 Wie vorne aufgezeigt wurde, ist nach hier vertretener Ansicht der zweitgenannten Auffassung zu folgen.⁶²³ In den meisten Fällen wird sich die Sachlegitimation aus der Rechtszuständigkeit ergeben.⁶²⁴ Für die Rechtszuständigkeit ist die Behauptung der Gläubiger- und Schuldnerstellung der Parteien grundsätzlich ausreichend, unabhängig davon, ob das behauptete Recht tatsächlich besteht oder nicht. Die bloße Behauptung der Gläubiger- und Schuldnerstellung reicht jedoch nicht aus, wenn zusätzliche Anforderungen an die Person des materiell Berechtigten oder Verpflichteten gestellt werden.⁶²⁵

345 Die Sachlegitimation ist nicht mit der Prozessführungsbefugnis gleichzusetzen, sondern als Oberbegriff über die Rechtszuständigkeit und die Prozessführungsbefugnis zu verstehen.⁶²⁶ Fallen Prozessführungsbefugnis und Rechtsträgerschaft auseinander, ist eine *doppelte Sachlegitimation* zu prüfen. Zum einen muss der Prozessstandschafter tatsächlich prozessführungsbefugt sein und zum anderen müssen der angeblich materiell Berechtigte und der Verpflichtete rechtszuständig sein.⁶²⁷ Fehlt die Rechtszuständigkeit des materiell Berechtigten oder Verpflichteten oder erweist sich der angebliche Prozessstandschafter als nicht prozessführungsbefugt, ist dessen Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen. In beiden Fällen erweist sich der Prozessstandschafter als *falsche Partei*, damit eine konkrete Klage durchdringen kann. Die Sachlegitimation ist folglich nur gegeben, wenn der angeblich materiell Berechtigte und der materiell Verpflichtete rechtszuständig und die Parteien prozessführungsbefugt sind.⁶²⁸

⁶¹⁹ Vorne N 304 ff.

⁶²⁰ Vorne N 314 ff.

⁶²¹ Vorne N 305.

⁶²² Vorne N 316, N 319, N 324 und N 339.

⁶²³ Vorne N 336 ff.

⁶²⁴ Vorne N 315.

⁶²⁵ Vorne N 294. Z.B. die Aktionärseigenschaft bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage. Dazu hinten N 420 und N 423.

⁶²⁶ Vorne N 321 f. und N 323 ff.

⁶²⁷ Vorne N 323 ff.

⁶²⁸ Vorne N 323.

IV. Prozessstandschaft

A. Vorbemerkungen

Nachdem vorne die Begriffe Rechtszuständigkeit, Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation untersucht wurden, soll im Folgenden ausführlich auf die Prozessstandschaft eingegangen werden. Die Erkenntnisse zur Prozessstandschaft sind im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage sowohl für die *Theorie der Prozessstandschaft* als auch für die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG von Bedeutung. 346

Zunächst wird auf den Begriff der Prozessstandschaft (B.) und die Frage der gesetzlichen und gewillkürten Prozessstandschaft (C.) eingegangen. Anschliessend werden Einzelfragen zur Prozessführungsbefugnis (D.) und Verfügungsbefugnis (E.) untersucht. Es folgen Ausführungen zu den Pflichten des Prozessstandschafters (F.), zu den Einreden und Einwendungen (G.) und zur Widerklage (H.). Schliesslich werden die Wirkungen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft untersucht (I.). 347

B. Begriff

Die Prozessstandschaft bezeichnet die Befugnis, anstelle des materiell Berechtigten oder Verpflichteten den Prozess in eigenem Namen als Partei zu führen.⁶²⁹ Sie besteht nach hier vertretener Auffassung im Auseinanderfallen von Prozessführungsbefugnis und Rechtsträgerschaft. Da die Sachlegitimation als Oberbegriff über die Prozessführungsbefugnis und die Rechtszuständigkeit zu verstehen ist,⁶³⁰ ist der Prozessstandschafter auch sachlegitimiert.⁶³¹ 348

⁶²⁹ Kommentar zur ZPO-SCHWANDER, Art. 83, N 15; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 22; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 4, N 42; GULDENER, 142. Jeweils nur den materiell Berechtigten erwähnd: BGE 137 III 293, 298, E. 3.2; Urteil des BGER 5A_578/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 2.5; Urteil des BGER 5A_91/2009 vom 5. Mai 2009, E. 3.4.4. Ähnliche Definition bei BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 61 und BERTI, 442: «[...] das Recht, ein behauptetes fremdes Recht in eigenem Namen geltend zu machen [...]» Vgl. ferner LÖTSCHER, N 3; HERZIG, 150; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 25; GRAF, GesKR 2012, 382; PERREN, 69; BEINERT, 15 f.

⁶³⁰ Vorne N 323 ff.

⁶³¹ Vgl. BGE 131 III 640, 643, E. 4.1, wonach die klagenden Aktionäre gemäss Art. 756 Abs. 1 OR aktivlegitimiert seien; Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68, N 6; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 37; so wohl auch KUMMER, 67.

C. Gesetzliche und gewillkürte Prozessstandschaft

- 349 Die Prozessstandschaft ist in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen möglich.⁶³² Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist dem schweizerischen Recht grundsätzlich fremd.⁶³³ M.E. ist eine gewillkürte Prozessstandschaft im Rahmen einer stillen Sicherungszession möglich, wonach die Prozessführungsbefugnis gemäss Vereinbarung beim Zedenten verbleibt und über die Zession gegenüber dem Schuldner Stillschweigen bewahrt wird, solange der Sicherungsfall nicht eingetreten ist. Wird die Zession dem Gericht nicht aktenkundig,⁶³⁴ bleibt der Zedent prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Gemäss Art. 167 Abs. 1 OR wird der gutgläubige Schuldner durch Leistung an den Zedenten befreit.

D. Prozessführungsbefugnis

- 350 Umstritten ist, ob die Prozessstandschaft voraussetzt, dass die Prozessführungsbefugnis⁶³⁵ vom Rechtsträger auf den Prozessstandschafter übertragen wird,⁶³⁶ oder beide nebeneinander prozessführungsbefugt sein können.⁶³⁷ M.E. ist der zweitgenannten Auffassung zu folgen, da es diverse Gesetzesbestimmungen gibt, die eine Mehrzahl von möglichen Prozessstandschaftern vorsehen (parallele Prozessstandschafter).⁶³⁸ Die Prozessführungsbefugnis des Prozessstandschafters kann ausserdem einseitig, also aktiv- oder passivseitig, beschränkt sein.

⁶³² Urteil des BGer 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2; BGE 130 III 417, 427, E. 3.4 (= Pra 94 [2005] Nr. 30); BGE 78 II 265, 274, E. 3a); Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 68; LÖTSCHER, N 2 und N 606 ff.; HERZIG, 150; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 26; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 22; GRAF, GesKR 2012, 382; PERREN, 69; BEINERT, 25; kritisch HABSCHIED, N 277.

⁶³³ BGE 137 III 293, 298, E. 3.2; Urteil des BGer 5A_578/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 2.5; Urteil des BGer 5A_91/2009 vom 5. Mai 2009, E. 3.4.4; BGE 130 III 417, 427, E. 3.4 (= Pra 94 [2005] Nr. 30); BGE 129 III 715, 720, E. 3.3; BGE 78 II 265, 274, E. 3a); Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 68; LÖTSCHER, N 2 und N 606 ff.; HERZIG, 151; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67, N 29; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 26; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 22; GORDON-VRBA, 151 f.; PERREN, 70. Vgl. jedoch Art. 35 Abs. 4 DesG, Art. 55 Abs. 3 MSchG, Art. 75 Abs. 1 PatG sowie Art. 62 Abs. 3 URG, wonach die Parteien im Lizenzvertrag die Klagebefugnis des ausschliesslichen Lizenznehmers ausschliessen können, was zumindest als gewillkürte Komponente qualifiziert werden kann.

⁶³⁴ Quod non est in actis, non est in mundo. Die Prozessführungsbefugnis ist nach hier vertretener Ansicht der Sachlegitimation unterzuordnen, so dass sie dem Dispositionsgrundsatz unterliegt. Vgl. dazu vorne N 323 ff.

⁶³⁵ Zum Begriff der Prozessführungsbefugnis vorne N 295 ff. und N 323 ff.

⁶³⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 25.

⁶³⁷ KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67, N 21; JENNY, N 114 und N 907; GORDON-VRBA, 149; BEINERT, 25. Vgl. auch BGE 136 III 365, E. 2.2 (= Pra 100 [2011] Nr. 17).

⁶³⁸ Vgl. namentlich Art. 678 Abs. 3 OR; Art. 756 Abs. 1 OR sowie die actio pro socio im Personengesellschaftsrecht.

Die Prozessstandschaft tritt erst mit der Einleitung eines Prozesses ein. Massgebender Zeitpunkt ist die Rechtshängigkeit der Klage. Die Prozessführungsbefugnis steht dem Berechtigten jedoch bereits vor der Rechtshängigkeit zu.⁶³⁹ 351

E. Verfügungsbefugnis

1. Begriff

Von grosser Bedeutung für die Prozessstandschaft ist die Frage, welche Verfügungsbefugnis dem Prozessstandschafter über die Rechte des Berechtigten oder Verpflichteten zukommt.⁶⁴⁰ Die Verfügungsbefugnis bezeichnet das Recht, wirksam Rechtshandlungen über eine Sache oder ein Recht vornehmen zu können, resp. alle Handlungen damit vornehmen zu können, die erlaubt sind.⁶⁴¹ Die Verfügungsbefugnis kommt grundsätzlich dem Inhaber eines Rechts bzw. dem Rechtsträger zu.⁶⁴² Der Umfang der Verfügungsbefugnis kann durch Gesetzesvorschrift oder Vereinbarung eingeschränkt sein oder einer anderen Person als dem Rechtsträger zukommen. So fehlt einer handlungsunfähigen und nach Art. 398 ZGB umfassend verbeiständeten Person die Verfügungsbefugnis. Auch handlungsfähigen Personen kann die Verfügungsbefugnis ausnahmsweise fehlen. So verliert z.B. der Konkursit mit dem Konkurserkennnis die Verfügungsbefugnis über die vom Konkursbeschlagn betroffenen Rechte.⁶⁴³ 352

Im Rahmen der Prozessstandschaft ist zum einen die Verfügungsbefugnis im ausserprozessualen Verhältnis und zum anderen die Verfügungsbefugnis im Prozessverhältnis zu unterscheiden. 353

2. Verfügungsbefugnis im ausserprozessualen Verhältnis

Die Verfügungsbefugnis im ausserprozessualen Verhältnis regelt die Frage, ob der Befugte zum einen bereits vor Rechtshängigkeit der Klage und zum anderen im rechtshängigen Verfahren auch *ausserprozessuale* Verfügungen über das Recht des Rechtsträgers vornehmen kann. 354

Wie vorne aufgezeigt wurde, kann die Verfügungsbefugnis im ausserprozessualen Verhältnis auch vor Rechtshängigkeit eines Verfahrens bzw. auch ausserhalb eines Rechtsstreits einem Dritten zukommen.⁶⁴⁴ Der Verfügungsbefugte kann im Rahmen des Innenverhältnisses wirksam über die entsprechenden 355

⁶³⁹ Zum Ganzen LÖTSCHER, N 125.

⁶⁴⁰ Allgemein zur Verfügungsbefugnis (auch *Dispositions-* bzw. *Verfügungsrecht*) als Voraussetzung der Prozessstandschaft HERZIG, 152 und 163; BEINERT, 16 und 27.

⁶⁴¹ Vgl. zur Verfügungsbefugnis des Eigentümers BSK ZGB II-WIEGAND, Art. 641, N 31.

⁶⁴² LÖTSCHER, N 52.

⁶⁴³ BSK SchKG II-WOHLFAHRT/MEYER, Art. 207, N 1; vgl. auch hinten N 447 f.

⁶⁴⁴ Vorne N 352.

Rechte des Rechtsträgers verfügen, namentlich ein Recht geltend machen, aber auch darauf verzichten oder einen aussergerichtlichen Vergleich abschliessen.

3. Verfügungsbefugnis im Prozessverhältnis

- 356 Umstritten ist der Umfang der Verfügungsbefugnis des Prozessstandschafters über die Rechte im Prozessverhältnis.⁶⁴⁵
- 357 Gemäss BEINERT kommt dem Prozessstandschafter keine Verfügungsbefugnis über das fremde Recht zu. Diese verbleibt beim materiell Berechtigten oder Verpflichteten. Prozesshandlungen des Prozessstandschafters, welche eine Verfügung über das fremde Recht bewirken würden, sind folglich ausgeschlossen. Der Prozessstandschafter kann also insbesondere keinen Vergleich abschliessen, die Klage zurückziehen oder anerkennen.⁶⁴⁶
- 358 Nach Ansicht von LÖTSCHER, welcher m.E. beizupflichten ist, kommt dem Prozessstandschafter im Prozessverhältnis die Befugnis zu, sämtliche Prozesshandlungen wirksam vornehmen zu können. Der Prozessstandschafter kann also in einem rechtshängigen Verfahren in den Schranken des Prozessrechts über das streitige Recht verfügen.⁶⁴⁷ Damit wird es dem Prozessstandschafter ermöglicht, den Prozess in weiten Teilen so zu führen, wie es dem Rechtsträger ebenfalls zustünde.⁶⁴⁸ Die Verfügungsbefugnis des Prozessstandschafters geht jedoch nicht weiter als diejenige des Rechtsträgers. So kann ein Elternteil als gesetzlicher Vertreter bzw. Prozessstandschafter⁶⁴⁹ nicht alleine über den Unterhaltsanspruch des Kindes verfügen, da eine Vereinbarung darüber nach Art. 287 f. ZGB der Genehmigung der Kindesschutzbehörde resp. im gerichtlichen Verfahren des Gerichtes bedarf. Der Prozessstandschafter könnte somit selbst mit Zustimmung des Kindes nicht selbständig darüber verfügen.
- 359 Aufgrund der Rechtskrafterstreckung eines in Prozessstandschaft ergangenen Entscheids auf den Rechtsträger können Prozesshandlungen des Prozessstandschafters u.U. schwerwiegende Auswirkungen auf die materiellrechtliche Stellung des Rechtsträgers haben.⁶⁵⁰ Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Übertragung der Prozessführungsbefugnis im Rahmen einer

⁶⁴⁵ LÖTSCHER, N 447.

⁶⁴⁶ Zum Ganzen BEINERT, 28 ff.; gl.M. GORDON-VRBA, 149.

⁶⁴⁷ Vgl. zum Ganzen LÖTSCHER, N 50, N 58 und N 446 ff.

⁶⁴⁸ Zu allfälligen Beschränkungen in der Prozessführung in Bezug auf die Verrechnung und die Widerklage hinten N 364 ff. und N 371 ff.

⁶⁴⁹ Sofern entgegen der klaren gesetzlichen Regelung in Art. 279 und Art. 289 ZGB von einer Prozessstandschaft auszugehen ist. Befürwortend BGE 136 III 365, 367, E. 2.2 (= Pra 100 [2011] Nr. 17); Urteil des BGer 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2. Ablehnend HERZIG, 166 f.

⁶⁵⁰ Zur Rechtskraft hinten N 386.

Prozessstandschaft auf einen Dritten aus bestimmten Gründen erfolgt⁶⁵¹ und häufig auch mit einer Übertragung der Verfügungsbefugnis im Innenverhältnis zwischen Prozessstandschafter und Rechtsträger einhergeht. Auch in jenen Fällen, in denen die Verfügungsbefugnis im Prozessverhältnis aufgrund der Prozessstandschaft weiter reicht als im Innenverhältnis, erscheint es nicht angebracht, für die Prozesshandlungen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht die Zustimmung des Rechtsträgers einholen zu müssen. Nicht zuletzt hat auch die Gegenpartei ein Interesse daran, einer Partei gegenüberzustehen, welche sämtliche Prozesshandlungen vornehmen kann.⁶⁵²

Aufgrund des Gesagten ist im Ergebnis festzuhalten, dass dem Prozessstandschafter im Prozessverhältnis die Verfügungsbefugnis über das streitige Recht zukommt und er somit sämtliche Prozesshandlungen wirksam vornehmen kann. 360

F. Pflichten des Prozessstandschafters

Die Pflichten des Prozessstandschafters richten sich nach dem der Prozessstandschaft zugrunde liegenden Innenverhältnis und werden sich in der Regel aus dem Gesetz ergeben. Den entsprechenden Gesetzesbestimmungen ist sodann auch zu entnehmen, ob dem Prozessstandschafter eine Handlungspflicht obliegt und welche Sorgfalt er bei der Prozessführung anzuwenden hat.⁶⁵³ 361

Sofern das Innenverhältnis der privatautonomen Disposition des Rechtsträgers und des Prozessstandschafters unterliegt, können die Pflichten durch Vereinbarung abgeändert werden. Fehlen gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen zu den Pflichten des Prozessstandschafters kann subsidiär eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.⁶⁵⁴ Die Verletzung einer sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Pflicht kann zu einer Schadenersatzpflicht des Prozessstandschafters führen.⁶⁵⁵ 362

G. Einreden und Einwendungen

1. Grundsatz

Der klagende Prozessstandschafter muss sich grundsätzlich sämtliche Einreden und Einwendungen, welche dem Beklagten gegenüber dem materiell Berechtig- 363

⁶⁵¹ Bei der Veräusserung des Streitobjekts während eines hängigen Verfahrens gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO ist der Grund einer allfälligen Prozessstandschaft gerade die Nähe des Prozessstandschafters zum Streitgegenstand, die eine Weiterführung des Verfahrens durch diesen geeigneter erscheinen lassen.

⁶⁵² LÖTSCHER, N 448.

⁶⁵³ LÖTSCHER, N 444 f.

⁶⁵⁴ Art. 419 ff. OR; vgl. LÖTSCHER, N 440 ff.

⁶⁵⁵ Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Prozessstandschafters LÖTSCHER, N 439 ff.

ten zustehen, entgegenhalten lassen.⁶⁵⁶ Persönliche Einreden und Einwendungen gegenüber dem Prozessstandschafter sind im Grundsatz ausgeschlossen.⁶⁵⁷ Der Beklagte kann der Klage des Prozessstandschafters jedoch eine fehlende Prozessvoraussetzung,⁶⁵⁸ die fehlende Sachlegitimation oder Rechtsmissbrauch entgegenhalten. Einreden und Einwendungen, welche sich aus Vereinbarungen des Prozessstandschafters mit dem Beklagten ergeben (bspw. eine Stundung oder ein Klageverzicht), müssen ebenfalls zulässig bleiben.

2. Verrechnung

a) Allgemeines

364 Die Verrechnung nach Art. 120 ff. OR setzt u.a. wechselseitige Forderungen voraus.⁶⁵⁹ Wechselseitigkeit ist gegeben, wenn sich die Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richtet.⁶⁶⁰

365 Die Verrechnungserklärung führt zum Erlöschen der Verrechnungs- und der Hauptforderung, wobei die wertmässig grössere Forderung bestehen bleibt, soweit sie die kleinere Forderung übersteigt.⁶⁶¹ Es handelt sich somit um eine *rechtsaufhebende Einwendung*,⁶⁶² welche dazu führt, dass das Gericht im Prozess der Hauptforderung auch über den Bestand der Verrechnungsforderung materiell zu befinden hat.⁶⁶³

b) Verrechnung im Prozess

366 Auch im Rahmen einer Prozessstandschaft wird die Wechselseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen vorausgesetzt.⁶⁶⁴ Die Prozessstandschaft hat jedoch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Geltendmachung bzw. auf die Wirksam-

⁶⁵⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; LÖTSCHER, N 270; JENNY, N 16, N 129 und N 149; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66 und 68; HANDSCHIN, 247 und 249; REITER, 192; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 183; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173; KUNZ, Rechtsnatur, 132. Zur Décharge als Ausnahme vorne N 74 ff. und hinten N 432 sowie N 440 f.

⁶⁵⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; JENNY, N 16, N 129 und N 149; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 229; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66. Rechtsmissbrauch ausnehmend BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 187; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 174.

⁶⁵⁸ LÖTSCHER, N 1126 (prozessuale Verteidigungsmittel); vgl. auch JENNY, N 18.

⁶⁵⁹ Allgemein zu den Voraussetzungen der Verrechnung BSK OR I-PETER, Art. 120, N 2 ff.

⁶⁶⁰ BSK OR I-PETER, Art. 120, N 5; ferner BGE 132 III 342, 350, E. 4.3.

⁶⁶¹ Art. 124 Abs. 2 OR; BSK OR I-PETER, Art. 124, N 5.

⁶⁶² BSK OR I-PETER, Art. 120, N 25 m.w.H.; JENNY, N 454.

⁶⁶³ SCHWENZER, N 77.16; JENNY, N 437.

⁶⁶⁴ BGE 132 III 342, 350, E. 4.3.

keit der Verrechnung in einem rechtshängigen Verfahren. Eine allfällige Verrechnungserklärung *gegenüber dem Prozessstandschafter* kann die Hauptforderung des Rechtsträgers nicht zum Untergang bringen, da der Prozessstandschafter nicht Gläubiger der Hauptforderung ist. Dies unabhängig davon, ob ihm eine Forderung gegenüber dem Prozessstandschafter⁶⁶⁵ oder dem Rechtsträger zusteht. In beiden Fällen fehlt es an der Wechselseitigkeit der Forderungen.⁶⁶⁶

D.h. der Verrechnende kann dem Prozessstandschafter die Verrechnung 367 nicht erklären, falls dem Verrechnenden eine Forderung gegenüber dem materiell Berechtigten oder Verpflichteten zusteht. Gleiches gilt, wenn dem Verrechnenden eine Forderung gegenüber dem Prozessstandschafter zusteht, weil jener nicht Gläubiger der Hauptforderung ist.

c) *Ausserprozessuale Verrechnung*

Die Gegenpartei und der Rechtsträger können sich gegenseitig zustehende For- 368 derungen gemäss den gesetzlichen Voraussetzungen ausserprozessual miteinander verrechnen und diese damit ganz oder teilweise untergehen lassen.⁶⁶⁷ Die Verrechnungseinwendung ist im Rahmen der Eventualmaxime zu berücksichtigen.⁶⁶⁸ Die Beurteilung einer bestrittenen Verrechnungsforderung im Verfahren zwischen Prozessstandschafter und Gegenpartei führt zu einer faktischen Ausweitung der Verfügungsbefugnis des Prozessstandschafters auf einen neuen Streitgegenstand.

Da dem Prozessstandschafter die Verfügungsbefugnis über die Hauptforde- 369 rung im Prozessverhältnis zukommt, ist er m.E. auch befugt, eine Verrechnungsforderung anzuerkennen. Dies rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil die Verrechnungsforderung höchstens bis zum Betrag der Hauptforderung berücksichtigt wird⁶⁶⁹ und sich die materielle Rechtskraft hinsichtlich der Verrechnungsforderung auf den verrechneten Betrag beschränkt.⁶⁷⁰ Eine über die Hauptforderung hinausgehende Anerkennung der Verrechnungsforderung entfaltet dem Rechtsträger gegenüber keine Wirkungen.

⁶⁶⁵ Urteil des BGer 5A_445/2015 vom 13. Oktober 2015, E. 2.3; Urteil des BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 9.

⁶⁶⁶ Zum Ganzen LÖTSCHER, N 271. Im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unter der Theorie der Prozessstandschaft: JENNY, N 438; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 326.

⁶⁶⁷ LÖTSCHER, N 274.

⁶⁶⁸ Vgl. Art. 229, Art. 317 und Art. 326 ZPO.

⁶⁶⁹ BSK ORI-PETER, Art. 124, N 5.

⁶⁷⁰ GULDENER, 369.

d) *Verrechnung im Konkurs*

- 370 Gemäss Art. 123 Abs. 1 OR können die Gläubiger im Konkurs des Schuldners ihre Forderungen, auch wenn sie nicht fällig sind, mit Gegenforderungen des Gemeinschuldners verrechnen. Der Gläubiger, der mit seiner Forderung gegenüber der Konkursitin rechtskräftig kolloziert worden ist, kann gegenüber gleichartigen Gegenforderungen der Konkursitin die Verrechnung erklären. Die Voraussetzungen der Verrechnung müssen im Zeitpunkt der Erklärung gegeben sein, das Erfordernis der Wechselseitigkeit muss zusätzlich bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden haben.⁶⁷¹

H. Widerklage

- 371 Die Zulässigkeit einer allfälligen Widerklage im Rahmen eines prozessstandschaftlichen Hauptverfahrens bestimmt sich zum einen danach, gegen wen sich die Widerklage richtet, und zum anderen, gegenüber wem die Gegenforderung besteht.
- 372 Die Zulässigkeit der Widerklage setzt voraus, dass für die Widerklage dieselbe örtliche Zuständigkeit des Gerichts gegeben ist. Andernfalls sieht Art. 14 ZPO einen speziellen Gerichtsstand für Widerklagen am Ort der für die Hauptsache örtlichen Gerichts vor, wenn die Widerklage in einem sachlichen Zusammenhang zur Hauptklage steht.
- 373 Um Missverständnisse hinsichtlich der Parteibezeichnung zu vermeiden, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass der *Prozessstandschafter* im Hauptverfahren als *Kläger* eine Forderung des *materiell Berechtigten* gegenüber dem *Beklagten* geltend macht (Aktivprozess). Die Bezeichnung als *materiell Berechtigter* bleibt unverändert, auch wenn er zugleich Schuldner des Beklagten ist. Die folgenden Ausführungen gelten allerdings auch sinngemäss für den Passivprozess.⁶⁷²

1. *Klage gegen den materiell Berechtigten*

- 374 Richtet sich die Widerklage gegen den materiell Berechtigten, ist auf diese mangels Parteiidentität⁶⁷³ nicht einzutreten.⁶⁷⁴ Eine derartige *Drittwiderklage* ist im Schweizer Recht – im Gegensatz zum deutschen Recht⁶⁷⁵ – nicht zuläs-

⁶⁷¹ Zum Ganzen BGE 132 III 342, 350, E. 4.2.

⁶⁷² Wenn also der *Kläger* im Hauptverfahren gegen den *Prozessstandschafter* als *Beklagten* eine Forderung gegenüber dem *materiell Verpflichteten* geltend macht.

⁶⁷³ Zur Voraussetzung der Parteiidentität BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 224, N 6 ff.; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 224, N 20.

⁶⁷⁴ Vgl. LÖTSCHER, N 278.

⁶⁷⁵ Zulässig ist die *streitgenössische* Drittwiderklage, welche sich gegen den Kläger und einen Dritten richtet. Die *isolierte* Drittwiderklage, die sich ausschliesslich gegen einen

sig.⁶⁷⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob der Beklagte eine Forderung geltend macht, welche ihm gegen den Rechtsträger oder gegen den Prozessstandschafter zusteht.

Es ist dem Beklagten jedoch unbenommen, seinen Anspruch in einem separaten Verfahren gegen den materiell Berechtigten geltend zu machen, wobei es sich jedoch mangels Parteiidentität und rechtshängiger Hauptklage⁶⁷⁷ nicht um eine Widerklage handeln kann. 375

2. Klage gegen den Prozessstandschafter

a) Forderung gegen den materiell Berechtigten

Steht dem Beklagten eine Forderung gegenüber dem materiell Berechtigten zu und macht er diese gegen den Prozessstandschafter widerklageweise geltend, stellt sich m.E. einzig die Frage, ob der Prozessstandschafter hinsichtlich dieser Forderung passiv prozessführungsbefugt ist. So kann ein Elternteil hinsichtlich der Klage auf Neuurteilung des Kindesunterhalts als Prozessstandschafter auch passivlegitimiert sein.⁶⁷⁸ Können also sowohl Hauptforderung als auch Gegenforderung über den Prozessstandschafter *abgewickelt* werden, wäre eine Widerklage m.E. zulässig.⁶⁷⁹ 376

M.E. ist auch die negative Feststellungswiderklage des Beklagten gegenüber dem klagenden Prozessstandschafter zuzulassen. Selbst wenn die Prozessführungsbefugnis vor der Rechtshängigkeit der Klage aktivseitig beschränkt sein sollte,⁶⁸⁰ so entsteht im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage des Pro- 377

Dritten richtet, ist nur ausnahmsweise zulässig, insbesondere im Rahmen einer negativen Feststellungsklage gegen den Zedenten. Dazu BGH, Urteil vom 7. November 2013 – VII ZR 105/13, NJW 2014, 1670; BGH, Urteil vom 13. Juni 2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2854, N 23 ff.

⁶⁷⁶ Zum Ganzen BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 224, N 9.

⁶⁷⁷ Zur Voraussetzung der rechtshängigen Hauptklage BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 224, N 38 ff.; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 224, N 19.

⁶⁷⁸ BGE 136 III 365, 367 f., E. 2.2 (= Pra 100 [2011] Nr. 17); a.A. LÖTSCHER, N 287 ff., wobei sie einzig von der Annahme ausgeht, dass damit eine Ausdehnung der Prozessstandschaft und der Prozessführungsbefugnis über die gesetzlichen Grenzen hinaus verbunden sei.

⁶⁷⁹ a.A. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 224, N 60; LÖTSCHER, N 278 und N 287 ff.; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 224, N 20, wonach der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG nicht Widerbeklagter sein kann.

⁶⁸⁰ So berechtigt Art. 756 Abs. 1 OR (unter der Theorie der Prozessstandschaft, vgl. dazu hinten N 438 ff.) den einzelnen Aktionär zur Klage und verleiht ihm damit die aktive Prozessführungsbefugnis. Umgekehrt ist der Verantwortliche nicht zur negativen Feststellungsklage gegen einen beliebigen Aktionär befugt, da es den Aktionären (ausserprozessual) an der passiven Prozessführungsbefugnis fehlt. Vgl. dazu hinten N 439.

zessstandschafters auch seine passive Prozessführungsbefugnis hinsichtlich des eingeklagten Anspruchs. Schliesslich wäre es unsachgemäss, wenn der Prozessstandschafter eine echte Teilklage einreichen könnte und es dem Beklagten verwehrt bliebe, gegen den Prozessstandschafter oder den materiell Berechtigten die negative Feststellung des Anspruchs verlangen zu können. Ausserdem kommt es im Rahmen der negativen Feststellungswiderklage nicht zu einer Ausweitung des Verfahrens auf andere Ansprüche. Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für den Passivprozess.

- 378 Neben der passiven Prozessführungsbefugnis des Prozessstandschafters muss für die Widerklage dieselbe örtliche Zuständigkeit gelten. Andernfalls muss zur Begründung des speziellen Gerichtsstands am Ort der Hauptsache ein sachlicher Zusammenhang gemäss Art. 14 ZPO gegeben sein.

b) Forderung gegen den Prozessstandschafter

- 379 Macht der Beklagte eine Forderung gegen den Prozessstandschafter geltend, so spricht m.E. nichts gegen die Zulässigkeit der Widerklage.⁶⁸¹ Sofern für die Gegenforderung dieselbe örtliche Zuständigkeit gegeben ist oder ein sachlicher Zusammenhang im Sinne von Art. 14 Abs. 1 ZPO besteht, ist eine Widerklage folglich zuzulassen. So hat auch das Kantonsgericht Zug eine Eventualwiderklage gestützt auf einen Regressanspruch gegen die Kläger als faktische Organe als zulässig erachtet.⁶⁸² Selbige Überlegungen gelten sinngemäss auch für den Passivprozess.

3. Zusammenfassung

- 380 Die Widerklage zwischen der Gegenpartei (im Aktivprozess der Beklagte und im Passivprozess der Kläger) und dem Rechtsträger ist aufgrund fehlender Parteidentität nicht möglich.⁶⁸³
- 381 Hat der Beklagte im Aktivprozess eine Forderung gegen den Rechtsträger, ist die Widerklage des Beklagten gegenüber dem Prozessstandschafter m.E. dann zulässig, wenn jener auch passiv prozessführungsbefugt ist und dieselbe örtliche Zuständigkeit oder ein sachlicher Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO gegeben ist.⁶⁸⁴
- 382 Hat der Beklagte im Aktivprozess eine Forderung gegen den Prozessstandschafter, ist die Widerklage des Beklagten gegenüber dem Prozessstandschafter

⁶⁸¹ LÖTSCHER, N 277.

⁶⁸² Entscheid des KGer ZG vom 18. Januar 2007, 240 f., E. 16.1.

⁶⁸³ Vorne N 374 f.

⁶⁸⁴ Vorne N 376 ff.

m.E. dann zulässig, wenn die örtliche Zuständigkeit oder ein sachlicher Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO gegeben ist.⁶⁸⁵

Hat der materiell Verpflichtete im Passivprozess eine Forderung gegen den Kläger, ist die Widerklage des Prozessstandschafters gegenüber dem Kläger m.E. dann zulässig, wenn der Prozessstandschafter auch aktiv prozessführungsbefugt ist und dieselbe örtliche Zuständigkeit oder ein sachlicher Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO gegeben ist.⁶⁸⁶ 383

Hat der Prozessstandschafter im Passivprozess eine eigene Forderung gegen den Kläger, ist die Widerklage des Prozessstandschafters gegenüber dem Kläger m.E. dann zulässig, wenn die örtliche Zuständigkeit oder ein sachlicher Zusammenhang nach Art. 14 Abs. 1 ZPO gegeben ist.⁶⁸⁷ 384

I. Rechtshängigkeit und Rechtskraft

Im Rahmen der Prozessstandschaft kommt den Wirkungen der Rechtshängigkeit⁶⁸⁸ und der materiellen Rechtskraft⁶⁸⁹ besondere Bedeutung zu. Die Rechtshängigkeit gilt als Vorstufe zur materiellen Rechtskraft.⁶⁹⁰ Beide haben zum Ziel, widersprüchliche Entscheide zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand zu verhindern.⁶⁹¹ Sowohl die materielle Rechtskraft als auch die Rechtshängigkeit begründen als negative Prozessvoraussetzungen Einreden, deren Vorhandensein zum Nichteintreten auf die Klage führen. Beide Institute setzen die Identität des Streitgegenstands⁶⁹² und die Parteiidentität voraus und legen diesen Begriffen dieselbe Bedeutung zugrunde.⁶⁹³ Für die Prozessstandschaft ist besonders die Parteiidentität wesentlich. 385

⁶⁸⁵ Vorne N 379.

⁶⁸⁶ Vorne N 376 ff.

⁶⁸⁷ Vorne N 379.

⁶⁸⁸ Allgemein zur Rechtshängigkeit SUTTER-SOMM, N 491 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 12, N 1 ff.

⁶⁸⁹ Allgemein zur materiellen Rechtskraft SUTTER-SOMM, N 520 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24, N 8 ff.; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 95 ff.

⁶⁹⁰ Kommentar zur ZPO-ZÜRCHER, Art. 59, N 26; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 66.

⁶⁹¹ BGE 114 II 183, 186, E. 2a); Kommentar zur ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 64, N 8; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 66; BK ZPO I-BERGER-STEINER, Art. 64, N 11; HABSCHEID, N 339; GULDENER, 239.

⁶⁹² Zu den einzelnen Theorien betreffend den Streitgegenstand SUTTER-SOMM, N 472 ff.

⁶⁹³ BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 66 und N 70.

1. Parteiidentität bei der materiellen Rechtskraft

386 Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft beschränken sich grundsätzlich auf die Parteien.⁶⁹⁴ Ausnahmsweise erstrecken sich die Wirkungen auch auf Dritte.⁶⁹⁵ So kann sich im Rahmen von Art. 77 ZPO die Rechtskraft auf den Nebenintervenienten und kraft Verweisung in Art. 80 ZPO auch auf den Streitberufenen erstrecken. Gleiches gilt grundsätzlich für die Rechtsnachfolger der Hauptparteien, die sich die Wirkungen des Urteils entgegenhalten lassen müssen.⁶⁹⁶ Ebenso ist der materiell Berechtigte oder Verpflichtete infolge seiner engen Beziehung zum Prozessstandschafter an das von jenem erstrittene Urteil gebunden⁶⁹⁷ und umgekehrt.⁶⁹⁸ Gleiches muss gegenüber weiteren potentiellen Prozessstandschaftern gelten.⁶⁹⁹

2. Parteiidentität bei der Rechtshängigkeit

387 Entsprechend der Parteiidentität bei der materiellen Rechtskraft bewirkt die Prozesseinleitung eines Prozessstandschafters Rechtshängigkeit gegenüber dem Rechtsträger und den anderen potentiellen Prozessstandschaftern.⁷⁰⁰ Selbiges gilt sinngemäss für die Klage des Rechtsträgers.

V. Stellvertretung im Prozess

388 Von der Sachlegitimation ist die Stellvertretung⁷⁰¹ abzugrenzen. Die Stellvertretung im Prozess bezeichnet das Recht einer prozessfähigen Person, über ein be-

⁶⁹⁴ Res iudicata ius facit nisi inter partes. BGE 125 III 8, 10f., E. 3; LÖTSCHER, N 323; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24, N 15; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 136; GORDON-VRBA, 152.

⁶⁹⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24, N 15; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 138 (sog. *partielle Rechtskrafterstreckung* oder *subjektive Grenze der materiellen Rechtskraft*).

⁶⁹⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24, N 15; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 140 ff.; JENNY, N 905.

⁶⁹⁷ BK ZPO I-ZINGG, Art. 59, N 139; GORDON-VRBA, 153 f.; HABSCHIED, N 509; REITER, 198; ferner STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24, N 15, sofern dem Prozessstandschafter die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand zukommt. Ursprünglich wurde die Prozessstandschaft gerade dadurch definiert, dass die Prozessführung für den Vermögensträger bindend ist. Dazu HERZIG, 152; BEINERT, 16.

⁶⁹⁸ LÖTSCHER, N 332 ff.

⁶⁹⁹ LÖTSCHER, N 336 ff. (explizit betreffend die Aktionärsklage nach Art. 756 Abs. 1 OR).

⁷⁰⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66. Zur Ausnahme bei Klagen von mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG hinten N 502.

⁷⁰¹ Art. 32 ff. OR. Als *Prozessführungsbefugnis* bezeichnet bei BERTI, 442. GORDON-VRBA, 149, stellt die Prozessstandschaft der *gesetzlichen Vertretung* gleich.

hauptetes *fremdes Recht in fremdem Namen* prozessieren zu können.⁷⁰² Der Vertreter ist nicht selbst sachlegitimiert und tritt folglich auch nicht als Partei im Prozess auf. Die Vertretungsbefugnis erhält der Vertreter kraft gesetzlicher Vorschrift oder durch eine Vollmacht.⁷⁰³ Inwiefern dem Vertreter auch Verfügungsbefugnis über das fremde Recht zukommt, ist der Vollmacht oder dem Gesetz zu entnehmen.

⁷⁰² GRAF, GesKR 2012, 382; BERTI, 442.

⁷⁰³ BK ZPO I-STERCHI, Art. 67, N 24.

§ 9 Sachlegitimation im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

I. Vorbemerkungen

389 Für die Frage der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage sind nur diejenigen Personen von Interesse, die als materiell berechnigte und/oder als aktiv prozessführungsbeugte Personen in Betracht kommen, wobei hinsichtlich der Situation ausserhalb des Konkurses (II.) und im Konkurs (III.) zu differenzieren ist. Auf die Verantwortlichen als materiell verpflichtete Personen ist mangels Relevanz für die Frage der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage nicht einzugehen.

II. Sachlegitimation ausserhalb des Konkurses

A. Sachlegitimation der Gesellschaft

1. Entstehung des Anspruchs

a) Allgemeines

390 Sind die Anspruchsvoraussetzungen einer Haftungsgrundlage nach Art. 753 ff. OR erfüllt, hat die Gesellschaft einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen.⁷⁰⁴ Sie ist aus dem entstandenen Anspruch materiell berechnigt und prozessführungsbeugt.⁷⁰⁵ Die Gesellschaft klagt auf Leistung an sich selbst.⁷⁰⁶

b) Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung

391 Dem Anspruch der Gesellschaft aus Art. 754 Abs. 1 OR kann eine Einwilligung⁷⁰⁷ zur pflichtwidrigen Handlung entgegenstehen.⁷⁰⁸ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Einwilligung der Gesellschaft vor, wenn Organpersonen im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre gehandelt haben oder einen gesetzeskonform gefassten und unan-gefochten gebliebenen Beschluss der Generalversammlung vollziehen.⁷⁰⁹ Keine Einwilligung stellt grundsätzlich ein nichtiger Generalversammlungsbeschluss dar. Haben jedoch *sämtliche* Aktionäre (bzw. der Alleinaktionär) dem nichtigen

⁷⁰⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64.

⁷⁰⁵ GRAF, GesKR 2012, 382; JENNY, N 121; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 37; KUNZ, Rechtsnatur, 38.

⁷⁰⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 3; SCHIESS, 40.

⁷⁰⁷ Allgemein zur Einwilligung vorne N 213 f.

⁷⁰⁸ Entsprechend dem Grundsatz *volenti non fit iniuria*.

⁷⁰⁹ BGE 131 III 640, 644, E. 4.2.1; BGE 111 II 182, 183, E. 3b).

Beschluss zugestimmt, kann der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft wegen Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots dennoch ausgeschlossen sein.⁷¹⁰ Wurde der Beschluss nicht einstimmig gefasst, könnte er als Selbstverschulden qualifiziert werden und zur Reduktion im Rahmen der Schadenersatzbemessung führen.⁷¹¹

Die Einwilligung der Gesellschaft ist eng mit der Frage verknüpft, ob und wie weit Kompetenzverschiebungen zugunsten der Generalversammlung zulässig sind. Für den Verwaltungsrat unverbindlich und insofern ohne Weiteres zulässig sind Konsultativabstimmungen.⁷¹² Nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR und Art. 716 Abs. 1 OR können die Statuten der Generalversammlung nebst den gesetzlich festgehaltenen Kompetenzen auch weitere Kompetenzen einräumen (sog. *Kompetenzattraktion*). Die *Kompetenzdelegation* und *-usurpation* sind hingegen unstatthaft.⁷¹³ 392

Umstritten ist, ob der Verwaltungsrat der Generalversammlung Angelegenheiten zum Beschluss vorlegen kann. Ein Teil der Lehre hält eine derartige *Beschlussdelegation* im Bereich der delegierbaren Geschäftsführungsaufgaben für zulässig.⁷¹⁴ Einem anderen Teil der Lehre zufolge und nach hier vertretener Ansicht ist die Beschlussdelegation auch im Bereich der Geschäftsführung grundsätzlich unzulässig.⁷¹⁵ Zum einen ist die Generalversammlung mangels ausreichender Kenntnisse und Fähigkeiten als Geschäftsführungsorgan in der Regel ungeeignet. Zum anderen würde die genannte Beschlussdelegation den grundsätzlichen Gleichlauf von Entscheidungsmacht und Haftung aufheben. Nebst der problematischen Frage, ob und wie die Generalversammlung für die von ihr gefassten Geschäftsführungsbeschlüsse haftbar gemacht werden könnte, 393

⁷¹⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 455a; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 180; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 157; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 547 in fine.

⁷¹¹ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 547; a.A. ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 aOR, N 97.

⁷¹² BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716b, N 11; JENNY, N 327 und N 338; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 392b; WEBER, Stolpersteine, 181; BÖCKLI, Aktienrecht, § 12, N 42; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 252; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30, N 72; SARASIN, 128 f.

⁷¹³ M.-T. MÜLLER, AJP 1992, 785 ff. Zur Kompetenzusurpation BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 270. Zur Terminologie M.-T. MÜLLER, AJP 1992, 784 ff.

⁷¹⁴ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716, N 6 (sprechen von *Kompetenzdelegation*); BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 249 ff. Für die Zulässigkeit der Beschlussdelegation auch für unübertragbare und unentziehbare Aufgaben M.-T. MÜLLER, AJP 1992, 787.

⁷¹⁵ JENNY, N 337; BÖCKLI, Aktienrecht, § 12, N 34 und N 37; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30, N 71; SARASIN, 128.

ergeben sich auch Fragen zur Haftungsbeschränkung des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 Abs. 2 OR. Diese setzt nämlich die Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung des delegierten Organs voraus, was bei der Generalversammlung freilich Schwierigkeiten bereiten kann.⁷¹⁶

394 Folgt man der Theorie des materiellen Forderungsrechts,⁷¹⁷ wirkt sich die Einwilligung der Gesellschaft lediglich auf deren Anspruch und auf die Ansprüche der der Einwilligung zustimmenden Aktionäre aus.⁷¹⁸ Die Ansprüche der übrigen Aktionäre und Gläubiger aus indirektem Schaden entstehen trotz Einwilligung der Gesellschaft.

395 Anders ist dies nach der Theorie der Prozessstandschaft.⁷¹⁹ Die Einwilligung führt dazu, dass der (nicht entstandene) Anspruch auch nicht im Rahmen der Prozessstandschaft geltend gemacht werden kann. Die Prozessstandschafter müssen sich grundsätzlich alle Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen, die dem Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft zustehen.⁷²⁰ Ohne die bundesgerichtliche Ablösungstheorie⁷²¹ stünde die Einwilligung auch der Klage der Konkursmasse bzw. der Konkursverwaltung und auch der Abtretungsgläubiger entgegen. Einem Teil der Lehre zufolge ist die Frage der Qualifikation der Einwilligung als Einrede oder Einwendung von der Frage, wem gegenüber die Einrede resp. Einwendung geltend gemacht werden kann, zu unterscheiden.⁷²² Die Einwendung der Einwilligung ist demzufolge nicht *anspruchsbezogen*, sondern *personenbezogen* geltend zu machen.⁷²³ Diese Ansicht würde auch ohne die bundesgerichtliche Ablösungstheorie zu angemessenen Ergebnissen führen, weshalb sie v.a. von Kritikern der Raschein-Praxis vertreten wird.⁷²⁴

⁷¹⁶ Zum Ganzen JENNY, N 334 ff. m.w.H.

⁷¹⁷ Hinten N 426 ff.

⁷¹⁸ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 554 ff. und N 551; vgl. KUNZ, Rechtsnatur, 149 ff.

⁷¹⁹ Hinten N 438 ff.

⁷²⁰ Vorne N 363 und hinten N 440.

⁷²¹ Hinten N 452 ff.

⁷²² JENNY, N 346.

⁷²³ JENNY, N 346; so wohl auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 69 (*ad personam* Einreden).

⁷²⁴ Die Raschein-Praxis ablehnend JENNY, N 191 ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 69.

2. Durchsetzung des Anspruchs

a) Beschluss des Verwaltungsrates

Die Entscheidung über die Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage ist ein Akt 396 der Geschäftsführung und obliegt grundsätzlich dem Verwaltungsrat.⁷²⁵ Für die Durchsetzung des Gesellschaftsanspruchs sind somit diejenigen Personen zuständig, welche oft selbst durch ihr pflichtwidriges Handeln der Gesellschaft einen Schaden zugefügt haben.⁷²⁶ Aufgrund dieses Interessenkonflikts wird der Verwaltungsrat häufig Zurückhaltung bei der Entscheidung über die Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage üben.⁷²⁷ Nebst dem Interessenkonflikt können jedoch auch berechnete Interessen der Gesellschaft, welche der Verwaltungsrat zu wahren verpflichtet ist, der Einleitung einer Klage entgegenstehen. So sind auch die Prozessfinanzierung und das Prozessrisiko sowie eine allfällige Reputationschädigung bei der Entscheidung zu berücksichtigen.⁷²⁸

Umgekehrt kann eine Pflicht zur Klageeinleitung bestehen, wenn der Prozess 397 im Interesse der Gesellschaft und die Finanzierung möglich ist.⁷²⁹

b) Beschluss der Generalversammlung

Neben dem Verwaltungsrat kann gemäss h.L. auch die Generalversammlung die 398 Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage beschliessen.⁷³⁰ Der Beschluss ist für den Verwaltungsrat verbindlich.⁷³¹

⁷²⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 4; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 48; ISLER/FISCHER, 43; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224 und N 224a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64 mit Verweis auf Art. 716 Abs. 2 OR und Art. 718 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 190; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 332 in fine; HASENBÖHLER, 169; REITER, 175; PERREN, 186; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 170; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 18; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 11 m.w.H.

⁷²⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Vor Art. 752–761, N 10; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 8; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 292.

⁷²⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 5; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 4; ISLER/FISCHER, 43; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 225 und N 237; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64; HASENBÖHLER, 169; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 170; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art 753/754 aOR, N 53.

⁷²⁸ ISLER/FISCHER, 35 ff.

⁷²⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224a; vgl. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 170.

⁷³⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 4; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 4; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 196 f.; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 48; ISLER/FISCHER, 43 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 332; HASENBÖHLER, 169; REITER, 175; PERREN, 188; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 149 und 171.

⁷³¹ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 9; ISLER/FISCHER, 44; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 171.

- 399 Für die Beschlussfassung sieht das Gesetz in Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR den Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs vor. Richtet sich die Klage gegen sämtliche Verwaltungsratsmitglieder, hat die Generalversammlung auch einen Prozessbeistand zu bestellen.⁷³² Selbiges gilt, sofern die Kapitalmehrheit entgegen der Stimmenmehrheit die Einleitung einer Klage beschliesst.⁷³³ Die Bestellung eines Prozessbeistandes drängt sich namentlich auch dann auf, wenn die Generalversammlung gegen den Willen des Verwaltungsrates über die Anhebung der Klage beschliesst oder bei allfälligen Interessenkonflikten der Verwaltungsratsmitglieder.⁷³⁴ Die Wahl des Prozessvertreters durch die Generalversammlung erfolgt ebenfalls unter Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs.⁷³⁵ Andernfalls wäre aufgrund der Interessenkollision des Verwaltungsrates ein Prozessvertreter analog zu Art. 706a Abs. 2 OR auf Antrag von Aktionären vom Richter zu ernennen.⁷³⁶ Ein solcher Prozessvertreter untersteht als selbständiger Beistand der Gesellschaft nicht den Weisungen des Verwaltungsrates.⁷³⁷
- 400 Die Generalversammlung kann dem Verwaltungsrat auch verbindlich verbieten, eine Verantwortlichkeitsklage einzuleiten.⁷³⁸ Anders als bei der Entlastung verzichtet die Gesellschaft dadurch m.E. nicht auf den Verantwortlichkeitsanspruch, so dass es der Generalversammlung weiterhin offen steht, zu einem späteren Zeitpunkt dennoch die Einleitung eines Prozesses zu beschliessen. Anders als bei der Entlastung ist deshalb das Stimmrechtsprivileg nicht ausgeschlossen.⁷³⁹ Das Verbot kann zeitlich befristet und auf bestimmte Personen oder Sachverhalte beschränkt sein.
- 401 Aufgrund der Gefahr, dass die die Gesellschaft kontrollierende Mehrheit der Aktionäre mit dem Verwaltungsrat unter einer Decke stecken und damit der Beschlussfassung über die Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage entgegenstehen, wird den einzelnen Aktionären und im Konkurs der Gesellschaft auch den Gläubigern die Aktivlegitimation zugestanden.⁷⁴⁰

⁷³² ISLER/FISCHER, 45; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 171; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 20; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 18.

⁷³³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224b.

⁷³⁴ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 19.

⁷³⁵ BGE 132 III 707, 713 f., E. 3.2 und E. 3.3; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224b; HANDSCHIN, 246; a.A. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 171 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 15; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 aOR, N 101.

⁷³⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224b; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 171 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 aOR, N 101.

⁷³⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224b, insbesondere FN 581.

⁷³⁸ LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 332; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 11; a.A. ISLER/FISCHER, 47; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 224a.

⁷³⁹ Vorne N 59 ff.

⁷⁴⁰ Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 Abs. 2 OR. Zur Individualschutzfunktion vorne N 131 ff.

c) *Rechtshängigkeit*

Ausgehend von der Theorie der Prozessstandschaft bewirkt die Prozesseinleitung durch die Gesellschaft Rechtshängigkeit gegenüber den nach Art. 756 Abs. 1 OR ebenfalls aktiv prozessführungsbefugten Aktionären.⁷⁴¹ Der Theorie des materiellen Forderungsrechts zufolge bewirkt die Klageeinreichung durch die Gesellschaft mangels Parteiidentität keine Rechtshängigkeit gegenüber den Aktionären. Widersprüchliche Entscheide sind durch Sistierung einzelner Verfahren oder durch deren Vereinigung zu verhindern.⁷⁴² 402

d) *Teilnahme am Verantwortlichkeitsprozess*

Die Aktiengesellschaft ist partei-⁷⁴³ und prozessfähig.⁷⁴⁴ Sie handelt durch ihre Organe, wobei die Führung des Verantwortlichkeitsprozesses grundsätzlich dem Verwaltungsrat obliegt.⁷⁴⁵ Abgesehen von der Entlastung bzw. dem Verzicht über die Verantwortlichkeitsansprüche ist der Verwaltungsrat m.E. zu allen prozessualen und ausserprozessualen Verfügungshandlungen befugt, ohne dass er dazu der Zustimmung der Generalversammlung bedarf. Der Verwaltungsrat kann mittels Vollmachterteilung die Gesellschaft im Prozess durch einen Dritten vertreten lassen. 403

e) *Wirkungen von Entscheid und Vergleich*

Die materielle Rechtskraft des von der Gesellschaft erstrittenen Entscheids bindet die Gesellschaft selbst.⁷⁴⁶ Sofern der Theorie der Prozessstandschaft gefolgt wird, erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf die Aktionäre.⁷⁴⁷ Der Theorie des materiellen Forderungsrechts zufolge kann sich die materielle 404

⁷⁴¹ Vorne N 387.

⁷⁴² FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 44.

⁷⁴³ Art. 53 ZGB i.V.m. Art. 643 OR; BERTI, 442.

⁷⁴⁴ A.A. BERTI, 442.

⁷⁴⁵ ISLER/FISCHER, 45; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 17; vgl. MEIER-WEHRLI, 48.

⁷⁴⁶ JENNY, N 912; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 465; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 140; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 483. Zu den Wirkungen der materiellen Rechtskraft auf die Konkursmasse bzw. die Konkursverwaltung hinten N 466.

⁷⁴⁷ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 71; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 334; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 13. Einschränkend JENNY, N 912 f., wonach ein Entscheid, der auf einer Einwendung und/oder Einrede basiert, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruht, nur gegenüber denjenigen Aktionären bindend sei, die der entsprechenden Willensbildung zugestimmt haben. Diese Auffassung ist m.E. aufgrund der daraus entstehenden Rechtsunsicherheit abzulehnen. Zur Theorie der Prozessstandschaft hinten N 438 ff., insb. N 444.

Rechtskraft des Entscheids hingegen nicht auf die Ansprüche der Aktionäre erstrecken.⁷⁴⁸ Eine allfällige Zahlung bzw. Zahlungsverpflichtung reduziert jedoch die verbleibenden Schadenersatzansprüche der Aktionäre.⁷⁴⁹

405 Ein von der Gesellschaft abgeschlossener Vergleich bindet die Gesellschaft selbst.⁷⁵⁰ Umstritten ist hingegen, ob ein Vergleich auch die Aktionäre bindet. Der Theorie des materiellen Forderungsrechts zufolge hat ein von der Gesellschaft abgeschlossener Vergleich grundsätzlich keine Bindungswirkungen gegenüber den Ansprüchen der Aktionäre.⁷⁵¹ Die Zahlung des Vergleichsbetrages bzw. die Zahlungsverpflichtung reduziert jedoch den verbleibenden Schadenersatzanspruch der Aktionäre.⁷⁵² Die Lehre befürwortet die analoge Anwendung der Entlastungswirkungen nach Art. 758 OR auf den von der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleich.⁷⁵³ Dies allerdings nur dann, wenn die Generalversammlung den Vergleich genehmigt. Ein Vergleich bindet neben der Gesellschaft infolgedessen nur die dem Vergleich durch Generalversammlungsbeschluss zustimmenden Aktionäre. Mit dem Vergleich nicht einverständene Aktionäre können innerhalb von sechs Monaten eine Verantwortlichkeitsklage einreichen, andernfalls ihr *Klagerecht* erlischt.⁷⁵⁴ Um Rechtssicherheit zu schaffen, wird empfohlen, einen Vergleich unter der Bedingung abzuschliessen, dass die nicht zustimmenden Aktionäre keine Klage innert sechs Monaten erheben.⁷⁵⁵

406 Unter der Theorie der Prozessstandschaft entfaltet einer Mindermeinung zufolge ein Vergleich, abgesehen von der Reduktion des Schadenersatzbetrages, keine Bindungswirkungen gegenüber den Aktionären.⁷⁵⁶ Diese Ansicht führt zum selben Ergebnis wie unter der Theorie des materiellen Forderungsrechts.

407 Zum gegenteiligen Ergebnis gelangt die h.L., die den Vergleichsabschluss in ihren Wirkungen einem Entscheid gleichstellt. Demnach bindet ein von der Ge-

⁷⁴⁸ KNOBLOCH, 187; SCHIESS, 170; vgl. ferner KUNZ, Rechtsnatur, 30; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 45. Zur Theorie des materiellen Forderungsrechts hinten N 426 ff., insb. N 437.

⁷⁴⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 141; SCHIESS, 170.

⁷⁵⁰ JENNY, N 417; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 465; PERREN, 109; KUNZ, Rechtsnatur, 167; RASCHEIN, 363; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 483. Zur Bindung der Konkursmasse bzw. der Konkursverwaltung hinten N 466.

⁷⁵¹ KUNZ, Rechtsnatur, 168; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 141; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 492; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 301.

⁷⁵² KUNZ, Rechtsnatur, 169; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 492, insb. FN 967.

⁷⁵³ KUNZ, Rechtsnatur, 168; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 492.

⁷⁵⁴ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 490 und N 492.

⁷⁵⁵ KUNZ, Rechtsnatur, 169; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 492 in fine. Nach Ansicht von ISLER/FISCHER, 49, soll die Bedingung beinhalten, dass die Generalversammlung die Décharge erteilt und der Beschluss nicht angefochten wird.

⁷⁵⁶ BERTI, 449; so wohl auch ISLER/FISCHER, 48 f.

sellschaft abgeschlossener Vergleich auch die Aktionäre.⁷⁵⁷ Diese Ansicht beruht auf der – im Grunde genommen richtigen – Annahme, dass der Vergleich unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen verhandelt und abgeschlossen wurde.

Auch im Rahmen der Theorie der Prozessstandschaft wird die analoge Anwendung der Entlastungswirkungen in Erwägung gezogen, jedoch – m.E. zu Recht – abgelehnt.⁷⁵⁸ Allein die Tatsache, dass ein Vergleich abgeschlossen wurde, bedeutet, dass die Gesellschaft ihre Verantwortlichkeitsansprüche bereits geltend gemacht hat. Dies entweder auf Anordnung der Generalversammlung hin oder durch Eigeninitiative des Verwaltungsrates. Insofern ist beim Vergleich bereits die Ausgangslage anders als beim Entlastungsbeschluss. Ausserdem ist in erster Linie davon auszugehen, dass der Vergleich durch den Verwaltungsrat⁷⁵⁹ gesetzeskonform, d.h. insbesondere frei von Interessenkonflikten und unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen, verhandelt wurde. Das pflichtwidrige Verhalten eines Verantwortlichen kann nicht eine weitere Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrates beim Abschluss eines Vergleichs implizieren.⁷⁶⁰ Des Weiteren ist Art. 758 OR ausschliesslich bei einem *vollständigen* Erlass bzw. einer negativen Schuldanererkennung anwendbar. Ein Teilerlass im Rahmen eines Vergleichs liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrates.⁷⁶¹ Abgesehen von einer unverbindlichen Konsultativabstimmung kann der Verwaltungsrat den Beschluss über die Annahme bzw. Genehmigung einer Vergleichsvereinbarung deshalb nicht an die Generalversammlung delegieren.⁷⁶²

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsätzen der Prozessstandschaft⁷⁶³ ist somit im Rahmen der Theorie der Prozessstandschaft ein von der Gesellschaft abgeschlossener Vergleich auch für *sämtliche Aktionäre* verbindlich.⁷⁶⁴

⁷⁵⁷ JENNY, N 418 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 466; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 72; PERREN, 109 ff.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 16 und N 21.

⁷⁵⁸ JENNY, N 421; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 20 f.

⁷⁵⁹ Zur Kompetenz des Verwaltungsrates, Vergleiche für die Gesellschaft abzuschliessen JENNY, N 391; vgl. auch vorne N 403.

⁷⁶⁰ Vgl. JENNY, N 421 mit weiteren Argumenten.

⁷⁶¹ Vgl. vorne N 403.

⁷⁶² Zur Beschlussdelegation vorne N 393.

⁷⁶³ Vorne N 363.

⁷⁶⁴ JENNY, N 421; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 466; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 72; PERREN, 109 ff.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 16 und N 21.

B. Sachlegitimation der Gläubiger

1. Direkter Schaden

- 410 Wurde ein Gläubiger widerrechtlich und schuldhaft durch einen Verantwortlichen direkt geschädigt, steht ihm gegen den Verantwortlichen ein Anspruch auf Schadenersatz zu.⁷⁶⁵ Die Anspruchsgrundlagen bilden Art. 752–755 OR.⁷⁶⁶ Aufgrund der Zurechnung gemäss Art. 722 OR wird dem Gläubiger in den meisten Fällen zugleich ein Anspruch gegen die Gesellschaft zustehen.⁷⁶⁷
- 411 Unter *Gläubiger* sind Personen mit einer Forderung gegen die Gesellschaft zu verstehen.⁷⁶⁸ Nicht von Bedeutung ist, ob der Gläubiger bereits vor der schädigenden Handlung Gläubigerstellung hatte oder erst durch die schädigende Handlung zum Gläubiger der Gesellschaft wurde. Der geschädigte Gläubiger muss im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht mehr zwingend Gläubigereigenschaft aufweisen.⁷⁶⁹ Der Gläubiger ist aus dem entstandenen Anspruch materiell berechtigt und prozessführungsbefugt. Er klagt auf Leistung an sich selbst.⁷⁷⁰ Anders als im Konkurs ist die Klage aus direkter Schädigung ausserhalb des Konkurses keiner Beschränkung unterworfen.⁷⁷¹
- 412 Betreffend die Wirkungen der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft gelten die Ausführungen bei den Aktionären sinngemäss auch für die Gläubiger.⁷⁷²

2. Indirekter Schaden

a) Grundsatz: Keine Sachlegitimation ausserhalb des Konkurses

- 413 Gemäss h.L. und Rechtsprechung kann ein Gläubiger einen indirekten Schaden ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft nicht geltend machen.⁷⁷³ Zwar kann

⁷⁶⁵ Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; JENNY, N 33 und N 240; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 238 ff.

⁷⁶⁶ KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 18 f. (zumindest Art. 754 OR); MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 348; REITER, 173; SCHIESS, 36.

⁷⁶⁷ GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 185 f.

⁷⁶⁸ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 84 und N 98.

⁷⁶⁹ BGE 106 II 232, 234 f., E. 2b); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 754 OR, N 1; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 186; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 80.

⁷⁷⁰ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249; BÜHLER, Regulierung, N 719; vgl. HARTMANN, SZW 2006, 322.

⁷⁷¹ Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 241 f. Zur Beschränkung im Konkurs hinten N 473 ff.

⁷⁷² Hinten N 421.

⁷⁷³ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.3, nicht publ. in BGE 136 III 107; BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 131 III 306,

ein Gläubiger auch ausserhalb des Konkurses geschädigt sein.⁷⁷⁴ Allerdings ergibt sich explizit aus dem Gesetzestext, dass dem Gläubiger die Aktivlegitimation erst im Konkurs zukommt.⁷⁷⁵

b) *Sachlegitimation aus indirektem Schaden der Gläubigergemeinschaft?*

In BGE 113 II 283 hält das Bundesgericht eine Klage der *Gläubigergemeinschaft* nach Art. 1164 Abs. 1 OR aus indirektem Schaden für möglich.⁷⁷⁶ Die Gläubigergemeinschaft ist nicht rechtsfähig, jedoch prozess- und beschränkt parteifähig.⁷⁷⁷ Nach Auffassung des Bundesgerichts kann sich die der Gläubigergemeinschaft zustehende Anspruchsberechtigung und Prozessführungsbefugnis gegenüber Dritten nur auf Forderungen beziehen, die ihrerseits zum Anleiensverhältnis in einem unmittelbaren, rechtlichen Zusammenhang stehen, insbesondere darauf ausgerichtet sind, das Haftungssubstrat für die Anleihe zu erhalten. Dazu zählt das Bundesgericht ausdrücklich auch Verantwortlichkeitsklagen aus indirekten Schäden.⁷⁷⁸ Die Klage wurde im genannten Entscheid letztlich mangels Aktivlegitimation der Gläubigergemeinschaft abgewiesen, da es sich beim eingeklagten Schaden aus Prospekthaftung um direkte Gläubigerschäden handelte.⁷⁷⁹

Gegen eine Klage der Gläubigergemeinschaft aus indirektem Schaden sprechen allerdings dieselben Gründe wie gegen die Klage eines einzelnen Gläubigers aus indirektem Schaden. Solange die Gesellschaft zahlungsfähig ist, kann ein Gläubiger nicht indirekt geschädigt sein.⁷⁸⁰

310, E. 3.1.1; BGE 117 II 432, 438 f., E. 1b/dd); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 9; GRAF, GesKR 2012, 385; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 577; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 231; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 236 und N 267; BÜHLER, Regulierung, N 719 und N 764; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 198; HASENBÖHLER, 173; WALTER, 78; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 154; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 179; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 94 ff. Zum indirekten Schaden des Gläubigers vorne N 195 ff. Zur Ersatzfähigkeit indirekter Schäden vorne N 106 f.

⁷⁷⁴ Vorne N 195.

⁷⁷⁵ Art. 757 Abs. 1 OR; **a.A.** FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 75, wonach auf den Zeitpunkt der Überschuldung abzustellen sei: «[...] die Gläubiger einer Aktiengesellschaft [sind] erst dann geschädigt – und folgerichtig auch erst dann klageberechtigt – [...], wenn die Gesellschaft *überschuldet* ist. Vor diesem Zeitpunkt sind nur die Gesellschaft und die Aktionäre zur Klage legitimiert.» (Hervorhebung durch FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY).

⁷⁷⁶ BGE 113 II 283, 289 f., E. 5b); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 754 OR, N 1.

⁷⁷⁷ BGE 113 II 283, 285 f., E. 2; BK ZPO I-STERCHI, Art. 66, N 7.

⁷⁷⁸ BGE 113 II 283, 290, E. 5b).

⁷⁷⁹ BGE 113 II 283, 291, E. 6.

⁷⁸⁰ Vorne N 195.

c) *Sachlegitimation aus indirektem Schaden im Rahmen der Rückerstattungsklage de lege ferenda*

- 416 Der VE-OR 2005 sah die Ausweitung der Aktivlegitimation betreffend die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR auf die Gesellschaftsgläubiger vor,⁷⁸¹ wobei diese Ausweitung aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung wieder fallen gelassen wurde.⁷⁸² Im Rahmen der Botschaft 2008 zur Volksinitiative «Gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts vom 5. Dezember 2008 wurde die Aktivlegitimation der Gläubiger wieder aufgenommen,⁷⁸³ jedoch vom Ständerat in seiner Beratung des Art. 678 E-OR 2008 «[...] ohne eingehende materielle Auseinandersetzung»⁷⁸⁴ erneut abgelehnt.⁷⁸⁵ Dementsprechend hat die Ausweitung der Aktivlegitimation im VE-OR 2014 keinen Eingang gefunden.⁷⁸⁶ Insofern erscheint überraschend, dass die Erweiterung der Aktivlegitimation in einem dritten Anlauf in den Entwurf zur Aktienrechtsrevision aufgenommen wurde. Anders als die Aktivlegitimation der Gesellschaft und der Aktionäre soll diese den Gläubigern jedoch nur zukommen: «[...] falls die Leistung zugunsten einer Gesellschaft des gleichen Konzerns erfolgt.»⁷⁸⁷ Dies wird damit begründet, dass die Interessen der Gläubiger auch ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft berührt sind: «[...] wenn flüssige Mittel innerhalb des Konzerns, z.B. von der kontrollierten Tochtergesellschaft an die sie kontrollierende Muttergesellschaft verschoben werden [...]»⁷⁸⁸ Gemäss Medienmitteilung vom 4. Mai 2018 wurde der bundesrätliche Vorschlag von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates erneut abgelehnt.⁷⁸⁹
- 417 Die Überlegungen zur Aktivlegitimation der Gläubiger sind insofern bemerkenswert, als dass den Gläubigern noch kein indirekter Schaden entsteht, solange die Gesellschaft solvent ist.⁷⁹⁰ Die Ausweitung der Aktivlegitimation auf die Gesellschaftsgläubiger basiert auf dem Gedanken, dass der Gesellschaft durch Gewährung von Konzerndarlehen und insbesondere Aktionärsdarlehen Liquidität entzogen wird. Die Gesellschaftsgläubiger haben unter geltendem Recht erst im Konkurs der Gesellschaft die Möglichkeit, durch allfällige Abtretung des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschaft gegen die Rückerstattungs-

⁷⁸¹ Art. 678 Abs. 3 Satz 2 VE-OR 2005.

⁷⁸² Botschaft 2007, 1664, FN 135.

⁷⁸³ Botschaft 2008, 315.

⁷⁸⁴ Botschaft 2016, 530, FN 362.

⁷⁸⁵ AmtlBull StR 2009, 650 ff.

⁷⁸⁶ Art. 678 Abs. 4 VE-OR 2014.

⁷⁸⁷ Art. 678 Abs. 4 E-OR 2016.

⁷⁸⁸ Botschaft 2016, 530.

⁷⁸⁹ Abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2018-05-04.aspx>>.

⁷⁹⁰ Vorne N 413 und N 195.

pflichtigen und/oder des Verantwortlichkeitsanspruchs gegen die verantwortlichen Organe persönlich vorzugehen.

C. Sachlegitimation der Aktionäre und Partizipanten

Gemäss Art. 656a Abs. 2 OR sind die Partizipanten den Aktionären gleichgestellt.⁷⁹¹ Das Aktienrecht gibt dem Aktionär zwei Möglichkeiten zum Schadensausgleich, welche an die Unterscheidung zwischen dem direkten und dem indirekten Schaden anknüpfen.⁷⁹² 418

1. Direkter Schaden

Wurde ein Aktionär widerrechtlich und schuldhaft durch einen Verantwortlichen direkt geschädigt, steht ihm gegen den Verantwortlichen ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Die Anspruchsgrundlagen bilden Art. 752–755 OR,⁷⁹³ wobei auch die besonderen Bestimmungen über die Solidarität und Rückgriff sowie die Verjährung gemäss Art. 759 f. OR anwendbar sind.⁷⁹⁴ Die Klage geht auf Leistung an den Aktionär.⁷⁹⁵ Dieser ist hinsichtlich des entstandenen Anspruchs rechtszuständig und prozessführungsbefugt. 419

Für die Sachlegitimation ist die Aktionärseigenschaft im Zeitpunkt des Schadenseintritts massgebend.⁷⁹⁶ Ausreichend muss sein, dass die Aktionärseigenschaft mit dem Abschluss des schädlichen Rechtsgeschäfts erworben wurde.⁷⁹⁷ Anders als bei der Klage aus indirekter Schädigung, muss der Geschädigte im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht mehr zwingend Aktionärseigen- 420

⁷⁹¹ In der vorliegenden Arbeit ist nur von Aktionären die Rede, wobei Partizipanten jeweils inkludiert sind.

⁷⁹² Allgemein zum direkten und indirekten Schaden vorne N 198 ff.

⁷⁹³ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 348; JENNY, N 33 (zumindest Art. 754 OR); KNOBLOCH, 159; REITER, 167; SCHIESS, 33; a.A. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 191 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 21; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 293, wonach Art. 755–757 aOR nur das Klagerecht aus mittelbarem Schaden betreffen.

⁷⁹⁴ KNOBLOCH, 159; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 295; ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 21 (betreffend Verjährung gemäss Art. 760 OR und Gerichtsstand gemäss Art. 761 aOR).

⁷⁹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 1; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 18; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 238; BÜHLER, Regulierung, N 719; BÖCKLI, Hürdenlauf, 62.

⁷⁹⁶ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 72; BÖCKLI, Hürdenlauf, 63; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 134, insb. FN 670; vgl. auch KNOBLOCH, 165 (Zeitpunkt der Schadensverursachung); BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249 (Zeitpunkt der Schädigung).

⁷⁹⁷ Urteil des BGer 4C.198/2000 vom 28. September 2000, E. 3; Urteil des BGer 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997, E. 3 (= Pra 87 [1998] Nr. 121); BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 72; JENNY, N 757 f.; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249.

schaft aufweisen.⁷⁹⁸ Der geschädigte Aktionär, der seine Aktien veräussert, bleibt folglich zur Klage legitimiert.⁷⁹⁹

421 Die Rechtshängigkeit und die materielle Rechtskraft eines Entscheids oder eines Entscheidsurrogats wirken grundsätzlich nur zwischen dem Kläger und dem Beklagten.⁸⁰⁰ Ebenso bindet ein aussergerichtlicher Vergleich nur die Vertragsparteien. Weder ein Entscheid noch ein Vergleich haben Auswirkungen auf die Durchsetzung oder den Bestand eines allfälligen Anspruchs des Aktionärs aus indirekter Schädigung.⁸⁰¹ Auch die übrigen Aktionäre, die Gläubiger und die Gesellschaft werden weder durch einen Entscheid noch durch einen Vergleich rechtlich betroffen.⁸⁰²

2. Indirekter Schaden

a) Allgemeines

422 Nach Art. 756 Abs. 1 OR ist der einzelne Aktionär berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage der einzelnen Aktionäre aus indirektem Schaden ist als Individualrecht ausgestaltet.⁸⁰³ Die Klage des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft⁸⁰⁴ und ist nicht subsidiär zur Klage der Gesellschaft.⁸⁰⁵ Die Parteien im Prozess sind der Aktionär und der Verantwortliche, nicht hingegen die Gesellschaft.⁸⁰⁶

423 Die Prozessführungsbefugnis bzw. die Aktivlegitimation der einzelnen Aktionäre soll diese vor Unterlassungen der Gesellschaft – insbesondere infolge

⁷⁹⁸ Urteil des BGer 4C.198/2000 vom 28. September 2000, E. 3; Urteil des BGer 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997, E. 3 (= Pra 87 [1998] Nr. 121); BGE 106 II 232, 234, E. 2b); CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 754 OR, N 1; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 72; JENNY, N 757; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 249; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 240; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 194; BÖCKLI, Hürdenlauf, 63; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 134; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 186. Zur Sachlegitimation aus indirektem Schaden sogleich hinten N 422 ff.

⁷⁹⁹ Urteil des BGer 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997, E. 3 (= Pra 87 [1998] Nr. 121); BGE 106 II 232, 234, E. 2b); JENNY, N 757; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 240; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 134.

⁸⁰⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 468.

⁸⁰¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 468.

⁸⁰² KNOBLOCH, 186.

⁸⁰³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 121.

⁸⁰⁴ Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR.

⁸⁰⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 230, insb. FN 598; SARASIN, 16; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 755 aOR, N 6.

⁸⁰⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 230.

der Interessenkollision der Gesellschaftsorgane – schützen.⁸⁰⁷ Der indirekt Geschädigte muss nicht bereits im Zeitpunkt der schädigenden Handlung oder des Schadeneintritts Aktionärseigenschaft besessen haben.⁸⁰⁸ Die Aktionärseigenschaft muss jedoch im Zeitpunkt der Klageanhebung gegeben sein, wobei eine Aktie genügt.⁸⁰⁹ Bei der Aktie handelt es sich um das Streitobjekt nach Art. 83 Abs. 1 ZPO, so dass die Prozessführungsbefugnis an die Aktie gebunden ist.⁸¹⁰ Überträgt der klagende Aktionär sämtliche Aktien während des Verfahrens an einen Dritten, ist die Klage mangels aktiver Prozessführungsbefugnis bzw. mangels Aktivlegitimation abzuweisen, sofern der Erwerber nicht als Partei in das Verfahren eintritt.⁸¹¹

Der Aktionär ist berechtigt, den gesamten Gesellschaftsschaden geltend zu machen und nicht bloss seinen anteilmässig entstandenen indirekten Schaden.⁸¹² Die Prozesskosten richten sich nach dem Streitwert, welcher dem eingeklagten Schaden der Gesellschaft entspricht.⁸¹³ Der klagende Aktionär trägt die Prozesskosten, falls er im Prozess unterliegt.⁸¹⁴ Die Diskrepanz zwischen dem Kostenrisiko und einem allfälligen, anteilmässigem Wertzuwachs seiner Beteiligung wird als prohibitiv erachtet, was auch die Seltenheit der Aktionärsklage in der Praxis erklärt.⁸¹⁵

⁸⁰⁷ BGE 117 II 432, 438 f., E. 1b/dd); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 2; VOGT, Aktionärsdemokratie, 145; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 225 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art 753/754 aOR, N 53. Zur Interessenkollision vorne N 401.

⁸⁰⁸ BGE 131 III 640, 643, E. 4.1; HASENBÖHLER, 171; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173.

⁸⁰⁹ BGE 131 III 640, 643, E. 4.1; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 5; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 754 OR, N 1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 230a; HASENBÖHLER, 171; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 138; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 46. Bei Partizipanten genügt ein Partizipationschein. Zum direkten Schaden vorne N 420.

⁸¹⁰ Vgl. KNOBLOCH, 35 f., wobei jedoch von der Veräusserung des *Prozess- oder Streitgegenstands* die Rede ist.

⁸¹¹ Vgl. Art. 83 Abs. 1 ZPO. Übergang des *Klageanspruchs*: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 5; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 11; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 46; MEIER-WEHRLI, 55.

⁸¹² BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 7; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 12; KNOBLOCH, 174 f.; PERREN, 136; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 39; a.A. KUNZ, Rechtsnatur, 135 ff., insb. 144.

⁸¹³ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 59; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 584; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 62; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 271; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 120; CASUTT, 81; FORSTMOSER, Alter Wein, 18 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 581; SCHIESS, 168.

⁸¹⁴ Art. 106 Abs. 1 ZPO; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 60; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 232a.

⁸¹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 14; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 188 und 198; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 43 f.; VOGT, Aktionärsdemokratie, 145 f.;

425 In der Lehre ist umstritten, ob der Aktionär einen eigenen materiellen Anspruch geltend macht oder lediglich als Prozessstandschafter den Anspruch der Gesellschaft einklagt. Auf diese Thematik ist im Folgenden näher einzugehen.

b) *Theorie des materiellen Forderungsrechts*

426 Der Theorie des materiellen Forderungsrechts zufolge steht jedem Aktionär ein eigener materieller Anspruch aus Art. 756 Abs. 1 OR zu,⁸¹⁶ welcher vom Anspruch der Gesellschaft grundsätzlich unabhängig ist.⁸¹⁷ Trotz dieser Unabhängigkeit bleibt zu berücksichtigen, dass die Ansprüche der Aktionäre ebenfalls einen *Gesellschaftsschaden* voraussetzen.⁸¹⁸ Aufgrund des haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbots ist der gesamte Gesellschaftsschaden nur einmal zu ersetzen.⁸¹⁹ Dies und der Umstand, dass der Verantwortliche nur befreiend an die Gesellschaft als einzige Leistungsdestinatärin erfüllen kann, führen dazu, dass die Erfüllung des Anspruchs gegenüber allen Anspruchsberechtigten Wirkungen entfalten muss.⁸²⁰ Hinsichtlich der Erfüllung sind die Ansprüche der Aktionäre somit akzessorischer Natur.⁸²¹

427 Der einzelne Aktionär ist hinsichtlich seines eigenen Anspruchs sowohl aktiv- als auch passiv prozessführungsbefugt, d.h. der Verantwortliche kann eine negative Feststellungsklage gegen den Aktionär erheben, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Aufgrund der fehlenden Rechtskrafterstreckung auf Dritte bringt eine erfolgreiche negative Feststellungsklage dem Verantwortlichen jedoch praktisch keine Vorteile.⁸²² Überträgt der Aktionär sämtliche Aktien an einen Dritten, geht damit auch der Schadenersatzanspruch sowie die Prozessführungsbefugnis auf den Erwerber über. Überträgt der Aktionär lediglich einen Teil seiner Aktien, entsteht beim Erwerber ein neuer, eigenständiger Schaden-

VON DER CRONE/BLOCH, 114; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 271; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 176 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 122; KUNZ, Rechtsnatur, 123; FORSTMOSER, Alter Wein, 18 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 50, N 581 und N 1191.

⁸¹⁶ KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 18; GRAF, GesKR 2012, 387 in fine; KNOBLOCH, 168 f.; HANDSCHIN, 247 ff.; KUNZ, Rechtsnatur, 98 f.; GROSS, 109; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 41; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 292; SCHIESS, 142 f. und 146 f.; MEIER-WEHRLI, 82; vgl. auch die ausführlichen Hinweise zum aOR bei KUNZ, Rechtsnatur, 75 f. sowie zum geltenden Recht a.a.O., 98.

⁸¹⁷ KNOBLOCH, 187.

⁸¹⁸ SCHIESS, 64.

⁸¹⁹ Zum Bereicherungsverbot vorne N 100.

⁸²⁰ Dazu sogleich hinten N 432.

⁸²¹ Vorne N 161 ff.

⁸²² Zur Rechtskraft hinten N 437.

ersatzanspruch.⁸²³ In einem rechtshängigen Verfahren findet jedoch kein Parteiwechsel statt.

Der Aktionär kann über seinen Anspruch gerichtlich und aussergerichtlich selbständig verfügen, ohne dass dadurch die Ansprüche der übrigen Aktionäre oder der Gesellschaft beeinträchtigt werden. 428

Als Folge dieser Theorie kann der Verantwortliche dem Aktionär grundsätzlich nur diejenigen Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche diesem gegen jenen persönlich zustehen.⁸²⁴ Hat der Aktionär namentlich in die schädigende Handlung gegen die Gesellschaft eingewilligt,⁸²⁵ dem Entlastungsbeschluss zugestimmt oder seine Aktien in Kenntnis der Zustimmung des Veräusserers erworben, kann ihm dies entgegengehalten werden. 429

Den Aktionären, die weder Schädigungshandlungen toleriert noch nichtige Generalversammlungsbeschlüsse gutgeheissen haben, und den Gläubigern stehen die Zustimmung bzw. die entsprechenden Beschlüsse nicht entgegen.⁸²⁶ 430

Fraglich ist, ob der Verantwortliche dem Aktionär die Einwendung der Verrechnung mit einer Forderung, welche ihm gegen den Aktionär persönlich zusteht, entgegenhalten kann. Die Zulässigkeit der Verrechnung wäre für den Aktionär vorteilhaft, da dieser eine Schuld gegenüber dem Verantwortlichen zum Untergang bringen könnte, welche den Betrag seines indirekten Schadens übersteigt. Für den Verantwortlichen kann sich die Verrechnung hingegen als nachteilig erweisen. Die Verrechnung wird ihn wohl nicht vor der Geltendmachung des Gesamtschadenersatzes durch andere Aktionäre schützen. Dadurch entsteht für den Verantwortlichen das Risiko einer Doppelzahlung. M.E. hat die Klage eines Aktionärs unter der Theorie des materiellen Forderungsrechts Parallelen zum Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 OR, bei welchem die Verrechnung mit Forderungen gegenüber dem Promissar zulasten des Dritten gemäss Art. 122 OR ausgeschlossen ist.⁸²⁷ Der Vertragszweck richtet sich auf effektive Leistung an den Dritten.⁸²⁸ M.E. gilt gleiches für Art. 756 Abs. 1 OR, der ausdrücklich die Leistung an die Gesellschaft bezweckt. Die Verrechnung von Forderungen zwischen dem Verantwortlichen und dem Aktionär ist somit ausgeschlossen.⁸²⁹ 431

Einreden und Einwendungen, welche sich gegen die Gesellschaft richten, sind dem klagenden Aktionär gegenüber grundsätzlich ausgeschlossen. Dies 432

⁸²³ Vgl. jedoch die Einschränkung betreffend die Entlastung gemäss Art. 758 Abs. 1 OR.

⁸²⁴ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 12.

⁸²⁵ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 551.

⁸²⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 159 f.

⁸²⁷ BSK OR I-PETER, Art. 122, N 1 f.

⁸²⁸ BSK OR I-PETER, Art. 120, N 7 und Art. 122, N 2.

⁸²⁹ A.A. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 15 in fine; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 229.

gilt namentlich für die Einwilligung und die Entlastung. Wie bereits angedeutet, muss es dem Verantwortlichen jedoch möglich sein, die teilweise oder vollständige Erfüllung der Schadenersatzforderung gegenüber sämtlichen Anspruchsberechtigten einzuwenden.⁸³⁰ Schadenersatzzahlungen an die Gesellschaft und verbindliche bzw. rechtskräftige Zahlungsverpflichtungen lassen allfällige Klagen in diesem Umfang gegenstandslos werden.⁸³¹

433 Gleiches gilt m.E. auch für die *ausserprozessuale* Verrechnung mit Forderungen gegenüber der Gesellschaft.⁸³² Die gegenteilige Ansicht würde zu einem Ausschluss der Verrechnung führen, welche gesetzlich nicht vorgesehen ist und ausserhalb des Konkurses lediglich dazu führt, dass die wechselseitigen Forderungen tatsächlich erfüllt werden müssen, was im Ergebnis der Verrechnung gleichkommt.

434 Auch im Konkurs ist m.E. die Verrechnung mit Forderungen gegenüber der Gesellschaft zuzulassen.⁸³³ Die Zulässigkeit der ausserprozessualen Verrechnung führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bevorteilung des Verantwortlichen. Vielmehr würde die Unzulässigkeit der Verrechnung zu einer Ungleichbehandlung des Verantwortlichen gegenüber den übrigen Konkursgläubigern führen.⁸³⁴ Für den Verantwortlichen gelten jedoch dieselben Einschränkungen hinsichtlich der Verrechnung im Konkurs wie für die übrigen Gläubiger.⁸³⁵

435 Ausgeschlossen ist die Verrechnung im Prozess, d.h. gegenüber dem klagenden Aktionär mit einer Verrechnungsforderung, die sich gegen die Gesellschaft richtet.⁸³⁶

436 Aufgrund fehlender Parteiidentität bewirkt die Prozesseinleitung eines Aktionärs keine Rechtshängigkeit gegenüber den übrigen prozessführungsbefugten Aktionären und der Gesellschaft.⁸³⁷ Es ist somit möglich, dass mehrere Klagen an unterschiedlichen Gerichten zur gleichen Zeit hängig sind. Sofern mehrere Klagen beim selben Gericht eingereicht werden, können sich sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite einfache Streitgenossenschaften bilden.⁸³⁸

⁸³⁰ Vorne N 426.

⁸³¹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 140.

⁸³² A.A. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 30; HANDSCHIN, 249; kritisch FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 536.

⁸³³ Es gelten allerdings die Einschränkungen gemäss Art. 213 f. SchKG.

⁸³⁴ Dazu hinten N 544 ff.

⁸³⁵ Art. 213 f. SchKG.

⁸³⁶ Vgl. zur ähnlichen Situation bei der *actio pro socio* ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 199, wonach es an der Gegenseitigkeit mangle.

⁸³⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 12; RAUBER, 170.

⁸³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 28; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 44, insb. FN 114; ferner NOBEL, 114.

Ein Gerichtsentscheid oder eine prozessuale oder ausserprozessuale Verfügung über den einzelnen Anspruch wirken grundsätzlich nur inter partes. Lediglich die Schadenersatzzahlung oder die gerichtliche oder vergleichsweise Verpflichtung dazu lässt die anderen hängigen Klagen in dem geleisteten bzw. zu leistenden Umfang gegenstandslos werden.⁸³⁹ Aufgrund der fehlenden Rechtskrafterstreckung auf die übrigen Aktionäre und die Gesellschaft kann es zu widersprüchlichen Entscheiden kommen. 437

c) *Theorie der Prozessstandschaft*

Der Theorie der Prozessstandschaft zufolge, welche von der h.L. und Rechtsprechung vertreten wird, macht der Aktionär den der Gesellschaft verursachten Schaden als Prozessstandschafter geltend.⁸⁴⁰ Ausserhalb des Konkurses ist und bleibt einzig die Gesellschaft Rechtsträgerin des Verantwortlichkeitsanspruchs. Die Prozessstandschaft ist doppelt paralleler Natur, d.h. die Prozessführungsbefugnis steht sowohl der Gesellschaft als auch jedem Aktionär zu.⁸⁴¹ 438

Nach hier vertretener Ansicht ist der Aktionär aus Art. 756 Abs. 1 OR lediglich aktiv, nicht jedoch passiv prozessführungsbefugt. Der Verantwortliche kann somit nicht gegen einen beliebigen Aktionär als Prozessstandschafter eine negative Feststellungsklage erheben, sondern muss zwingend gegen die Gesellschaft vorgehen. Ist eine echte Teilklage eines Aktionärs bereits rechtshängig, ist die negative Feststellungswiderklage gegen den klagenden Aktionär m.E. jedoch zuzulassen.⁸⁴² Die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Aktivlegitimation⁸⁴³ gehen beim indirekten Schaden mit dem Tod des Aktionärs auf dessen 439

⁸³⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 12; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 154; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 142; RAUBER, 170.

⁸⁴⁰ BGE 132 III 342, 350, E. 4.3; Urteil des BGer 6B_680/2013 vom 6. November 2013, E. 3.2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 15; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 13; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 47; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12, N 93; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 254; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 226 ff.; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, GesKR 2009, 485; GORDON-VRBA, 150 (sogar als *klassischer Fall* der Prozessstandschaft bezeichnet); VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 64 f.; BÖCKLI, Hürdenlauf, 62 f.; WALTER, 78; PERREN, 103; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 153; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173; SARASIN, 16 und 18 f.; BERTI, 442 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 753/754 aOR, N 53. Zur Prozessstandschaft vorne N 348 ff.

⁸⁴¹ LÖTSCHER, N 1125.

⁸⁴² Zur Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage gegen den Prozessstandschafter vorne N 377.

⁸⁴³ BGE 131 III 640, 643, E. 4.1. Als Übergang des *Klageanspruchs* bezeichnet bei BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 5; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 138; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 46.

Erben, bei rechtsgeschäftlicher Übertragung der Aktien auf die Rechtsnachfolger über.⁸⁴⁴

440 Der klagende Aktionär muss sich im Grundsatz sämtliche Einreden und Einwendungen, welche dem Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft zur Verfügung stehen, entgegenhalten lassen.⁸⁴⁵ Ein von der Gesellschaft abgeschlossener Vergleich bindet deshalb m.E. auch sämtliche Aktionäre.⁸⁴⁶

441 Einem Teil der Lehre zufolge soll dies auch für die Entlastung gelten, so dass sich der klagende Aktionär den Entlastungsbeschluss der Gesellschaft entgegenhalten lassen muss.⁸⁴⁷ Diese Auffassung ergibt jedoch wenig Sinn und widerspricht dem Gesetzestext. Sowohl die Beschränkung des Wirkungsbereiches auf die Gesellschaft und die zustimmenden Aktionäre sowie die sechsmonatige Verwirkungsfrist würden andernfalls obsolet.⁸⁴⁸ Art. 758 OR ist gerade als Ausnahme zur allgemeinen Einredeordnung der Prozessstandschaft aufzufassen, so dass sich der klagende Aktionär die Entlastung durch die Gesellschaft nicht entgegenhalten lassen muss.⁸⁴⁹ Nach Art. 758 Abs. 2 OR erlischt das Klagerecht des Aktionärs sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss. Wie bereits festgestellt wurde, ist im Rahmen der Theorie der Prozessstandschaft die Entlastung als *Klageverzicht* aufzufassen.⁸⁵⁰

442 Im Sinne eines wertenden Eingriffs ist auch die Einwendung der Einwilligung durch die Gesellschaft gegenüber dem klagenden Aktionär in Analogie zu Art. 758 OR nur dann zuzulassen, wenn dieser einem entsprechenden Generalversammlungsbeschluss zugestimmt hat oder seine Aktien in Kenntnis der Einwilligung erworben hat.⁸⁵¹ Dementsprechend soll nach überwiegender Auf-

⁸⁴⁴ BGE 131 III 640, 643, E. 4.1 (nur betreffend Erbschaft); BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 230a.

⁸⁴⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 14; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; JENNY, N 16, N 129 und N 149; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 254; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66; HANDSCHIN, 247 und 249; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 184 f.; SARASIN, 17 und 20.

⁸⁴⁶ Vorne N 407 ff.

⁸⁴⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 228; vgl. auch RAUBER, 159 (betreffend die Gläubiger).

⁸⁴⁸ Zum Wirkungsbereich der Entlastung vorne N 74 ff.

⁸⁴⁹ JENNY, N 289 ff.; vgl. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 173. Zur allgemeinen Einredeordnung der Prozessstandschaft vorne N 363 ff.

⁸⁵⁰ Vorne N 82 f.

⁸⁵¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 18e; JENNY, N 352; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 319 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 551. Nur für den Fall, dass die Einwilligung einer Décharge gleichkommt: HASENBÖHLER, 197 f.; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 174.

fassung auch die sechsmonatige Verwirkungsfrist nach Art. 758 Abs. 2 OR analog zur Anwendung gelangen.⁸⁵²

Persönliche Einreden und Einwendungen gegen den klagenden Aktionär sind grundsätzlich ausgeschlossen.⁸⁵³ 443

Die Prozesseinleitung bewirkt gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Aktionären Rechtshängigkeit.⁸⁵⁴ Folglich bewirkt auch ein allfälliger Gerichtsentscheid *res iudicata* gegenüber der Gesellschaft und den anderen Aktionären.⁸⁵⁵ Ein gerichtlicher Vergleich hat nach Art. 241 Abs. 2 ZPO dieselben Wirkungen wie ein rechtskräftiger Entscheid. Die Prozessführung durch einen Prozessstandschafter birgt indes die Gefahr, durch einen vorsätzlich oder fahrlässig mangelhaft geführten Prozess eines Aktionärs, eine Klageabweisung zugunsten des Verantwortlichen zu bewirken.⁸⁵⁶ Diese Gefahr hält sich jedoch insofern in Grenzen, als der Prozessstandschafter *de lege lata* das (oftmals nicht unerhebliche) Kostenrisiko trägt. Des Weiteren setzt er sich durch Verletzung einer allfälligen Sorgfaltspflicht u.U. selbst der Verantwortlichkeit aus.⁸⁵⁷ 444

III. Sachlegitimation im Konkurs

A. Ausgangslage

Bevor auf die Rechtszuständigkeit und die Prozessführungsbefugnis der Gesellschaft und der Konkursmasse im Rahmen der bundesgerichtlichen Ablösungs-

⁸⁵² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 18e in fine; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 320. Differenzierend HASENBÖHLER, 197 f.; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 174; a.A. JENNY, N 353; KUNZ, Rechtsnatur, 161, FN 77.

⁸⁵³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 14 in fine; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; JENNY, N 16, N 129 und N 149; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 229; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 184 f.; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 174; SARASIN, 17 und 20. Zu den Ausnahmen vorne N 363.

⁸⁵⁴ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; LÖTSCHER, N 332 ff., N 336 ff. und N 1125; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, GesKR 2009, 485; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 65; ferner MABILLARD, 129 (betreffend die Rückerstattungsklage). Vgl. auch vorne N 387.

⁸⁵⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756, N 10; LÖTSCHER, N 1125; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a und N 466; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, GesKR 2009, 485; GORDON-VRBA, 153 (implizite Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft); VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66 und 71 f. Einschränkung JENNY, N 914, wonach ein Entscheid, der auf einer Einwendung und/oder Einrede basiert, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruht, nur gegenüber denjenigen Aktionären bindend sei, die der entsprechenden Willensbildung zugestimmt haben. Diese Auffassung ist m.E. aufgrund der daraus entstehenden Rechtsunsicherheit abzulehnen.

⁸⁵⁶ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 72.

⁸⁵⁷ Vorne N 362.

theorie eingegangen wird, soll zunächst die Ausgangslage für Ansprüche aufgezeigt werden, welche *nicht* der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen. Diese Ausgangslage ist jedoch auch auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit anwendbar, sofern die Ablösungstheorie nicht davon abweicht. Nebst der Rechtszuständigkeit und der Prozessführungsbefugnis ist auch kurz auf die Einreideordnung einzugehen.

- 446 Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ist das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung dem Konkurs gleichgestellt.⁸⁵⁸ Nicht gleichgestellt sind dem Konkurs der Stundungs- und Prozentvergleich als ordentlicher Nachlassvertrag nach Art. 314 ff. SchKG.⁸⁵⁹ Gleiches gilt für den Konkursaufschub⁸⁶⁰ sowie den blossen Eintritt der Überschuldung.⁸⁶¹ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Konkurs der Gesellschaft, sind jedoch sinngemäss auf das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung anwendbar.

1. Rechtsträgerschaft der Gesellschaft

- 447 Die Gesellschaft bleibt auch nach der Konkurseröffnung Rechtsträgerin ihres Vermögens.⁸⁶² Sie verliert jedoch die Verfügungsbefugnis über das von der Kon-

⁸⁵⁸ Zur Abtretung *sämtlicher* Vermögenswerte: BGE 122 III 166, 170, E. 3b/aa); BGE 117 II 432, 441, E. 1b/ii); BGE 49 II 241, 244 f., E. 2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 2; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 3; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 2; JENNY, N 154; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 67; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 250, insb. FN 100; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 173 f.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 77 und N 116.

Zur *teilweisen* Vermögensabtretung: BGE 122 III 176, 181 ff., E. 5b-e); BGE 122 III 166, 172 ff., E. 3b/cc); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 2; JENNY, N 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 284; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 174 f.

⁸⁵⁹ BGE 122 III 166, 171, E. 3b/bb); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 3; JENNY, N 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 283; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 67; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 175.

⁸⁶⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 3; JENNY, N 154; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 283; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 67; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 175.

⁸⁶¹ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 3; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 283.

⁸⁶² Urteil des BGer 5A_826/2010 vom 1. März 2011, E. 2; BGE 132 III 432, 435, E. 2.4; BGE 68 III 162, 163; KUKO SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197, N 4; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204, N 1; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 34; GRAF, GesKR 2012, 384; JENNY, N 152 und N 396; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204, N 1; GULDENER, 126; a.A., wonach die Konkursmasse Rechtsträgerin sein soll: Urteil des BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67, N 22 mit Verweis auf BGE 116 III 96, E. 4 und BGE 132 III 342, E. 2.2 sowie auf BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 56 mit Verweis auf BGE 86 III 154, 158; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250.

kursmasse erfasste Vermögen⁸⁶³ und die Prozessführungsbefugnis zur Geltendmachung bestrittener Forderungen.⁸⁶⁴ Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden alle bereits hängigen Zivilverfahren eingestellt, an denen die Gesellschaft beteiligt ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren.⁸⁶⁵ Sie können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden.⁸⁶⁶

2. Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis der Konkursmasse

Die Verfügungs- und Verwaltungsrechte über das Vermögen der Gesellschaft gehen mit Konkurseröffnung auf die Konkursmasse über.⁸⁶⁷ Gleiches gilt grundsätzlich für die Prozessführungsbefugnis.⁸⁶⁸ Die Konkursmasse hat als Sondervermögen zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit, jedoch kommt ihr Partei- und Prozessfähigkeit zu.⁸⁶⁹ Sie kann bereits hängige Zivilverfahren der konkurssiten Gesellschaft übernehmen und tritt infolgedessen an deren Stelle.⁸⁷⁰ Aufgrund des Auseinanderfallens von Rechtsträgerschaft und Prozessführungsbefugnis wird die Konkursmasse als Prozessstandschafterin qualifiziert.⁸⁷¹

⁸⁶³ Art. 204 SchKG; BGE 133 III 377, 379 f., E. 5.1 (= Pra 97 [2008] Nr. 17); BGE 132 III 432, 435, E. 2.4; BGE 114 III 60, 61, E. 2b); BGE 68 III 162, 163 f.; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204, N 1; GULDENER, 126.

⁸⁶⁴ BGE 132 III 89, 93, E. 1.3; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204, N 10; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 34; GRAF, GesKR 2012, 384; JENNY, N 153; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204, N 44.

⁸⁶⁵ Vgl. Art. 207 Abs. 1 SchKG; BGE 133 III 377, 379 f., E. 5.1 (= Pra 97 [2008] Nr. 17); BGE 132 III 89, 93, E. 1.4; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 35.

⁸⁶⁶ Art. 207 Abs. 1 SchKG.

⁸⁶⁷ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204, N 1; GRAF, GesKR 2012, 383 f.; JENNY, N 153 und N 396; GULDENER, 126.

⁸⁶⁸ GRAF, GesKR 2012, 384; JENNY, N 153. Zu den Ausnahmen BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 38. Zur Prozessführungsbefugnis vorne N 295 ff.

⁸⁶⁹ Urteil des BGer 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.2; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204, N 1; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 36; JENNY, N 153. Nur die Parteifähigkeit erwähnen: Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 1b); KUKO SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197, N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13, N 5; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204, N 1. Die Konkursmasse als blosser *Name im Prozess* bei GULDENER, 126 f.

⁸⁷⁰ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 207, N 19; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 36; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204, N 44.

⁸⁷¹ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83, N 36; JENNY, N 191, insb. FN 707 (allgemein für alle aus dem Gesellschaftsschaden Klageberechtigten); a.A. Urteil des BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2, wo die Konkursmasse als Rechtsträgerin bezeichnet wird.

- 449 Die Gläubigerversammlung kann einen Konkursverwalter bestellen.⁸⁷² Die Konkursverwaltung gilt als Organ bzw. gesetzliche Vertreterin der Konkursmasse.⁸⁷³ Die Gläubigerversammlung kann gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG einen allfälligen Gläubigerausschuss zum Abschluss von Vergleichen ermächtigen. Der Gläubigerausschuss wiederum kann die Konkursverwaltung zum Vergleichsabschluss ermächtigen.⁸⁷⁴
- 450 Solange die Gläubigergesamtheit bzw. die Konkursverwaltung nicht auf die Geltendmachung einzelner Ansprüche verzichtet, ist die Konkursmasse zur Geltendmachung aller Ansprüche der Gesellschaft sachlegitimiert.

3. Einredeordnung

- 451 Macht die Konkursverwaltung einen Anspruch der Gesellschaft geltend, kann die Gegenpartei der Konkursmasse sämtliche Einreden und Einwendungen entgegenhalten, die ihr gegenüber der Gesellschaft zustehen. Ebenso kann sie sämtliche Einreden und Einwendungen dem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG entgegenhalten, der einen Anspruch der Gesellschaft geltend macht.

B. Sachlegitimation der Gesellschaft

1. Ablösungstheorie

- 452 Die soeben in der Ausgangslage beschriebene Einredeordnung wird vom Bundesgericht im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als unsachgemäss erachtet. Vor der Konkurseröffnung ist die Gesellschaft über ihren Verantwortlichkeitsanspruch Verfügungsbefugt. Der Verantwortliche könnte dem Anspruch der Gesellschaft folglich sämtliche Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche die Gesellschaft bzw. ihre Aktionäre durch Verfügung über den Anspruch beschlossen haben. Da die Gläubiger keinen Einfluss auf die Einredeordnung haben, kann es stossend sein, sämtliche Einreden und Einwendungen gegen die Klage der Konkursgläubiger über den Gesellschaftsschaden zuzulassen.⁸⁷⁵
- 453 Der bundesgerichtlichen *Raschein-Praxis*⁸⁷⁶ zufolge werden deshalb im Konkurs sämtliche Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft durch den

⁸⁷² Art. 237 Abs. 2 SchKG. Im Folgenden wird von der *Konkursverwaltung* als Oberbegriff für das *Konkursamt* und den ausseramtlichen *Konkursverwalter* gesprochen.

⁸⁷³ JENNY, N 153 in fine und N 194; vgl. Urteil des BGer 5P.376/2002 vom 21. November 2002, E. 2.2 (Organ der Konkursmasse); BGE 116 III 96, 102 f., E. 4c) (Vertreterin der Masse und Ausführungsorgan); BGE 97 II 403, 409, E. 2 (gesetzliche Vertreterin).

⁸⁷⁴ BSK SchKG II-RUSSENBERGER, Art. 237, N 46.

⁸⁷⁵ Zum Ganzen CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 18.

⁸⁷⁶ Grundlegend RASCHEIN, 357 ff.

einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst (auch *Ablösungstheorie*⁸⁷⁷).⁸⁷⁸ Dieser stimmt mit dem Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft sowohl betragsmässig als auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen überein.⁸⁷⁹ Ebenso stellt das Bundesgericht fest, dass der gesamte indirekte Gläubiger- und Aktionärsschaden mit dem Gesellschaftsschaden deckungsgleich ist.⁸⁸⁰

Der Entscheid über die Geltendmachung des einheitlichen Anspruchs kommt der zweiten Gläubigerversammlung zu.⁸⁸¹ Die Konkursmasse, welche im Konkurs ausschliesslich befugt ist, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen, stützt ihre Klage nicht auf individuelle Rechte der einzelnen Gläubiger, sondern auf den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit.⁸⁸² Die Gläubiger haben also keinen materiellen Anspruch aus indirektem Schaden und hatten diesen auch nie.⁸⁸³ In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht ausserdem festgehalten, dass der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit in der Rechtszuständigkeit der Gemeinschuldnerin steht und nicht in derjenigen der Gläubigergesamtheit.⁸⁸⁴

⁸⁷⁷ GRAF, GesKR 2012, 383; WEBER, Beurteilung, 153; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 156.

⁸⁷⁸ Grundlegend BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee; bestätigt in Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.2; BGE 142 III 23, 34, E. 4.4; Urteile des BGer 4A_555/2009 und 4A_561/2009 vom 3. Mai 2010, E. 2.2; BGE 136 III 322, 332, E. 4.5; Urteil des BGer 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 4.3.2; Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.3 f., nicht publ. in BGE 136 III 107; BGE 136 III 148, 149, E. 2.3 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); Urteil des BGer 4C.363/2006 vom 13. März 2007, E. 4.3; Urteil des BGer 4C.182/2006 vom 12. Dezember 2006, E. 3.1; BGE 132 III 731, 734, E. 3.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 81); BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 132 III 342, 347, E. 2.3.1; BGE 131 III 306, 310 f., E. 3.1.1; BGE 127 III 374, 377, E. 3a/b); Urteil des BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2e/aa); BGE 125 III 86, 88, E. 3a); BGE 122 III 195, 201, E. 9a) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BGE 122 III 176, 189 f., E. 7a); BGE 122 III 166, 168 f., E. 3a); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 13 f., N 18 und N 42; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 16; JENNY, N 163; WEBER, Beurteilung, 153; kritisch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 38 f. und 67 ff.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 157 f. und 184, wonach der Anspruch der Gesellschaft weiter bestehe, dessen Durchsetzung im Konkurs jedoch modifiziert werde.

⁸⁷⁹ BGE 122 III 176, 190, E. 7a); BGE 122 III 166, 169, E. 3b); JENNY, N 164; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 249; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 156.

⁸⁸⁰ BGE 117 II 432, 438, E. 1b/cc); RASCHEIN, 359.

⁸⁸¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 20; BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 273; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 276; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 19. Zum Entscheide über den Verzicht hinten N 458.

⁸⁸² BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee).

⁸⁸³ BGE 117 II 432, 439 f., E. 1b/ee) und ff); VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 249.

⁸⁸⁴ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3; vgl. auch Urteil des BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 3.1 in fine, wonach das Bundesgericht sinn-

Das Prozessergebnis wird nach Massgabe des Kollokationsplans auf die Gläubiger verteilt.⁸⁸⁵

455 Als Klägerin tritt die Konkursmasse im Prozess auf, wobei sie durch die Konkursverwaltung vertreten wird.⁸⁸⁶ Diese hat ein *Vorklagerecht* gegenüber den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern.⁸⁸⁷ Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht auch die konkursite Gesellschaft als Klagpartei, vertreten durch die Konkursverwaltung, als zulässig erachtet,⁸⁸⁸ da das Handeln der Konkursverwaltung im Namen der Gemeinschuldnerin in Liquidation dem Handeln der Konkursverwaltung im Namen der Konkursmasse gleichgesetzt werden könne.⁸⁸⁹ Dies führt im Ergebnis dazu, dass sowohl der Konkursmasse als auch der konkursiten Gesellschaft die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Aktivlegitimation hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklage zukommt, was jedoch im Widerspruch zum konkursrechtlichen Übergang der Prozessführungsbefugnis steht.⁸⁹⁰ Die Aktivlegitimation kann der konkursiten Gesellschaft zumindest dann nicht zukommen, wenn sie im Prozess nicht durch die Konkursverwaltung vertreten ist, sondern eigenständig über ihren Anspruch zu verfügen versucht. Richtigerweise wäre nämlich eine Klage der Gesellschaft mangels Prozessführungsbefugnis und damit auch mangels Aktivlegitimation abzuweisen.⁸⁹¹

456 Ziel der Raschein-Praxis ist zum einen die möglichst einheitliche Durchsetzung sämtlicher Ansprüche unter der Führung des Konkursverwalters.⁸⁹² Zum

gemäss und unwidersprochen die Ansicht der Vorinstanz wiedergibt: «Die Masse bleibe dabei Trägerin der (behaupteten) Ansprüche.»

⁸⁸⁵ BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee).

⁸⁸⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 20; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 18; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 276; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 20.

⁸⁸⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 18; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 9; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 347.

⁸⁸⁸ BGE 97 II 403, 409, E. 2, wobei es um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 43 Abs. 3 BankG ging, wonach im Konkurs der Bank die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger gegen die gemäss Art. 40–42 BankG haftenden Personen zunächst der Konkursverwaltung zusteht. Die Art. 40–45 BankG sind nicht mehr in Kraft, wurden jedoch durch einen Verweis in Art. 39 BankG auf die Bestimmungen des Aktienrechts ersetzt. GULDENER, 126.

⁸⁸⁹ So zumindest die Begründung im Rahmen der paulianischen Anfechtungsklage im Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 1b).

⁸⁹⁰ Vorne N 447 f.

⁸⁹¹ Vgl. vorne N 324 und N 345.

⁸⁹² BGE 142 III 23, 29, E. 4.2.1; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 9; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 288.

anderen sollen damit Einreden und Einwendungen, welche der Gesellschaft gegenüber hätten vorgebracht werden können, eingeschränkt werden.⁸⁹³

Unter dem Begriff der Gläubigergesamtheit ist im Rahmen der Raschein- und Biber-Praxis wörtlich die Gesamtheit *sämtlicher* Gläubiger der konkursiten Gesellschaft zu verstehen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass dem Verantwortlichen grundsätzlich nur diejenigen Einreden und Einwendungen zur Verfügung stehen, die sich gegen sämtliche Gesellschaftsgläubiger richten.⁸⁹⁴ Zum anderen setzt sich der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit aus allen indirekten Einzelschäden der Gläubiger und Aktionäre zusammen, deren Summe dem Gesellschaftsschaden entspricht.⁸⁹⁵

Der Begriff der *Gläubigergesamtheit* ist mit der *Gesamtheit der Gläubiger* nach Art. 260 SchKG, wonach jeder Gläubiger die Abtretung des Anspruchs verlangen können, auf dessen Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat, identisch. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass der Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit gerade nicht Einstimmigkeit sämtlicher Gläubiger voraussetzt.⁸⁹⁶ Vielmehr richtet sich die Beschlussfassung nach den konkursrechtlichen Regeln über die Beschlussfähigkeit der Gläubigerversammlung. Da Verantwortlichkeitsansprüche in der Regel bestritten sind, hat die zweite Gläubigerversammlung über den Verzicht zu befinden.⁸⁹⁷

Die *Gläubigergesamtheit* nach Art. 260 SchKG ist von der *Gläubigergemeinschaft* bei Anleiheobligation nach Art. 1157 ff. OR zu unterscheiden.⁸⁹⁸

⁸⁹³ Hinten N 466.

⁸⁹⁴ Zur Einredeordnung hinten N 466.

⁸⁹⁵ Vorne N 453.

⁸⁹⁶ BGE 116 III 96, 101 f., E. 4a) in fine; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 5.

⁸⁹⁷ BGE 138 III 219, 223, E. 3.1.1 (= Pra 101 [2012] Nr. 121); BGE 116 III 96, 102, E. 4a) in fine; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 5; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 7.

⁸⁹⁸ OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 16, sprechen fälschlicherweise von *Gläubigergemeinschaft*, später jedoch von *Gläubigergesamtheit* (a.a.O., N 18 und N 54) und *Gesamtheit der Gläubiger* (a.a.O., N 19). Im Urteil des BGer 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015 spricht das BGer bzw. die Vorinstanz ebenso von *Gläubigergemeinschaft* (a.a.O., E. 4), später jedoch konsequent von *Gläubigergesamtheit* (a.a.O., E. 4.1 in fine und E. 4.4). Auch im Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005 spricht das BGer bzw. die Vorinstanz fälschlicherweise vom Schaden der Gläubigergemeinschaft (a.a.O., Sachverhaltsfeststellung B.). Vgl. auch die Regesten von BGE 136 III 148 (= Pra 99 [2010] Nr. 114) und BGE 132 III 731 (= Pra 96 [2007] Nr. 81). Zur Gläubigergemeinschaft vorne N 414 ff.

2. *Raichle-Entscheid (aufgegebene Praxis)*

- 460 Im Zuge der Raschein- und X. Corporation-Praxis⁸⁹⁹ hat das Bundesgericht mit dem Raichle-Entscheid im Jahr 2000 der Konkursverwaltung weitere Befugnisse zugestanden.⁹⁰⁰ Die Konkursverwaltung wurde berechtigt: «[...] den Schaden, der den Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden war, mittels Verantwortlichkeitsklage [...] geltend zu machen, unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft (bzw. im Konkurs bei der Konkursmasse) eine Vermögensverminderung, mithin ein Schaden vorlag.»⁹⁰¹ Die Konkursverwaltung erhielt mit anderen Worten die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Schadenersatzleistungen infolge von Schäden, welche ausschliesslich bei den Konkursgläubigern eingetreten waren.⁹⁰²
- 461 Infolge der restriktiven X. Corporation-Praxis bestand offenbar die Befürchtung, dass ein Schaden, welcher ausschliesslich im Vermögen eines Gläubigers entstanden ist, überhaupt nicht geltend gemacht werden konnte. Zum einen konnte der Gläubiger den Schaden nicht geltend machen, weil es an der Verletzung einer ausschliesslich die Gläubiger schützenden Norm fehlte. Ebenso wenig konnte die Konkursverwaltung den Schaden geltend machen, da es an einem Schaden im Vermögen der Gesellschaft bzw. der Konkurs- oder Nachlassmasse mangelte.⁹⁰³ Das Bundesgericht liess im Raichle-Entscheid indessen offen, ob die geltend gemachte Forderung auch durch eine paulianische Anfechtungsklage erfolgreich hätte geltend gemacht werden können.⁹⁰⁴
- 462 Bereits in zwei früheren Urteilen erwog das Bundesgericht, dass diese Einschränkungen bzw. die Unterscheidung, wer Ersatz des erlittenen Schadens verlangen könne, in einer solchen Konstellation nicht sachgerecht seien, da die Gesellschaft keinen Schaden erlitten habe.⁹⁰⁵ Erst Ende 2015 distanzierte es sich schliesslich vollends vom Raichle-Entscheid. Die Konkurs- bzw. Nachlassmasse ist infolgedessen nur noch zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Schäden im Vermögen der Gesellschaft bzw. deren Masse befugt,⁹⁰⁶ was m.E. zu begrüssen ist. Folgerichtig kann die Konkursverwaltung auch keinen Ver-

⁸⁹⁹ Zur Raschein-Praxis vorne N 452 ff. Zur X. Corporation-Praxis vorne N 186 ff.

⁹⁰⁰ Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000.

⁹⁰¹ BGE 142 III 23, 29, E. 4.2.

⁹⁰² Urteil des BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 2.1; BGE 142 III 23, 29, E. 4.2.

⁹⁰³ Zum Ganzen BGE 142 III 23, 29 ff., E. 4.2.1.

⁹⁰⁴ Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 3.e).

⁹⁰⁵ Urteil des BGer 4C.198/2000 vom 28. September 2000, E. 4b) und Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); vgl. auch BGE 142 III 23, 31, E. 4.2.2.

⁹⁰⁶ BGE 142 III 23, 32 f., E. 4.3.

gleich über einen Anspruch, welcher nicht der Konkursmasse zusteht, abschliessen.⁹⁰⁷

Der Raichle-Entscheid zeigt exemplarisch die Problematik des Schadensbegriffs und die Schwierigkeiten hinsichtlich der Abgrenzung der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtung auf.⁹⁰⁸ Wie das Bundesgericht feststellt, hätte das im Raichle-Entscheid beklagte Organ im Rahmen einer paulianischen Anfechtung zur Rückzahlung an die Konkursmasse verpflichtet werden können.⁹⁰⁹ Im jüngst ergangenen Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 musste die Klage der Beschwerdeführerin, welche sich zum Zeitpunkt der Klageanhebung zu Recht auf den Raichle-Entscheid verlassen hatte, aufgrund der zwischenzeitlichen Aufhebung der Praxis abgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin wurde damit zum vorerst letzten Opfer einer im Übrigen begrüssenswerten Praxisänderung. 463

3. Biber-Praxis

Wie bereits dargestellt, hat das Bundesgericht zur Verhinderung eines Wettlaufs um das beschränkte Haftungssubstrat der Verantwortlichen die Durchsetzung der Ansprüche aus direkten Gläubigerschäden eingeschränkt.⁹¹⁰ Nach einem Exkurs in BGE 122 III 176 (*X. Corporation*) ist das Bundesgericht schliesslich in BGE 131 III 306 (*Biber Holding*) zur ursprünglichen Schadensabgrenzung zurückgekehrt und hat die Einschränkung der Gläubigerklagen auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt. Infolgedessen werden die Klagen der direkt Geschädigten nicht mehr anhand der Umschreibung des direkten und indirekten Schadens, sondern anhand der Sachlegitimation eingeschränkt.⁹¹¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beschränkt die *Klagebefugnis* der Aktionäre und Gläubiger, sofern ihre Ansprüche in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten.⁹¹² Dies kann nur dann zutreffen, wenn durch die pflichtwidrige Handlung neben dem Gläubiger auch die Gesellschaft geschädigt wurde.⁹¹³ Des Weiteren setzt die Konkurrenzsituation voraus, dass die Konkursverwaltung nicht auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat und auch keine 464

⁹⁰⁷ Vgl. BGE 101 II 323, 328, E. 2; KRIZAJ, AJP 2013, 833, bei FN 69.

⁹⁰⁸ Zur Abgrenzung zur paulianischen Anfechtungsklage vorne N 240 ff.

⁹⁰⁹ BGE 142 III 23, 33 f., E. 4.3 in fine.

⁹¹⁰ Vorne N 186 ff.

⁹¹¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 20; KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation, 25; vgl. auch hinten N 473 ff.

⁹¹² Grundlegend BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2.

⁹¹³ BGE 132 III 564, 569 ff., E. 3.2.1 und E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; JENNY, N 221; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 7.

Situation eingetreten ist, die einem Verzicht gleichzustellen ist.⁹¹⁴ Ist eine Konkurrenzsituation gegeben, steht es der Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse zu, den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend zu machen.⁹¹⁵ Den direkt geschädigten Gläubigern ist es in dieser Situation nur noch unter besonderen Voraussetzungen möglich, ihren Anspruch parallel zum Konkursverfahren geltend zu machen.⁹¹⁶

- 465 Die Einschränkung der Sachlegitimation des direkt geschädigten Gläubigers kann dazu führen, dass dieser einen Teil seiner Forderung verliert.⁹¹⁷ Macht nämlich die Konkursverwaltung den Konkurrenzanspruch der Gesellschaft erfolgreich geltend, so wird der Erlös nach den Vorschriften des SchKG verteilt. Der direkt geschädigte Gläubiger erhält dadurch nur einen Bruchteil seiner ursprünglichen Forderung. Profiteure dieser Regelung sind folglich alle anderen Gesellschaftsgläubiger.⁹¹⁸

4. Einredeordnung

- 466 Aus dem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit ergibt sich ein differenzierter Einredeausschluss, dessen Ziel es ist, all jene Einreden auszuschliessen, die den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind, nicht jedoch den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft jemals hatte.⁹¹⁹ Persönliche Einreden gegen die einzelnen Gläubiger sind der Gläubigergesamtheit gegenüber im Grundsatz ausgeschlossen.⁹²⁰ Gleiches gilt für die Einreden gegenüber der Gesellschaft. Jedoch können diejenigen Einreden, welche unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben, zulässig bleiben.⁹²¹ Gestattet sind demnach die Einrede der Verjährung,⁹²²

⁹¹⁴ Hinten N 507.

⁹¹⁵ DOBLER/VON DER CRONE, SZW 2005, 215; vgl. Art. 757 Abs. 1 OR.

⁹¹⁶ Hinten N 473 ff.

⁹¹⁷ Vgl. dazu das Fallbeispiel hinten N 578 ff.

⁹¹⁸ Zum Ganzen BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 328.

⁹¹⁹ BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.1; BGE 132 III 342, 351, E. 4.4; JENNY, N 166; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248.

⁹²⁰ BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.1; BGE 117 II 432, 440, E. 1b/gg); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 13; JENNY, N 164; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248. Zu den Ausnahmen bei der Geltendmachung durch die Abtretungsgläubiger hinten N 511 ff.

⁹²¹ BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.1; BGE 132 III 342, 351, E. 4.4; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248 und 254: «[...] die auf der Willensbildung der Gesellschaft basierenden Einreden haben [...] gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gar nie bestanden.» (Hervorhebungen durch VOGT/SCHÖNBÄCHLER).

⁹²² ISLER/FISCHER, 49 in fine; JENNY, N 167 f.; ISLER/SCHOTT, Décharge, 218; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 254; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 277 und N 298; REITER, 193. Ausgeschlossen ist jedoch die Einrede der relativen Verjährung, da die zur Ver-

die Einrede der Verrechnung⁹²³ – mit Forderungen, welche vor Konkurseröffnung entstanden sind – und die Einrede des Rechtsmissbrauchs.⁹²⁴ Ebenfalls zulässig ist die Einrede der abgeurteilten Sache aus einem vor der Konkurseröffnung ergangenen, gutheissenden oder abweisenden Entscheid.⁹²⁵ Sie ist jedoch nicht zulässig bei einem Klagerückzug durch die Gesellschaft.⁹²⁶ Ausgeschlossen sind ausserdem die Schiedseinrede,⁹²⁷ die Entlastungseinrede⁹²⁸ und die Einwilligung⁹²⁹ der Gesellschaft. Des Weiteren ist die Einrede hinsichtlich eines von der Gesellschaft noch vor Konkurseröffnung abgeschlossenen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleichs ausgeschlossen.⁹³⁰ Ein Teil der Lehre setzt sich auch für die Zulässigkeit dieser Einrede ein.⁹³¹ Den Gläubigern sollten jedoch die vor der Konkurseröffnung erfolgten Vergleichszahlungen an die Gesellschaft entgegengehalten werden können.⁹³²

M.E. sollten den Konkursgläubigern bzw. der Konkursverwaltung auch Einwendungen und Einreden entgegengehalten werden können, die auf der Willensbildung der Gesellschaft beruhen, sofern die Gläubigerinteressen dadurch nicht beeinträchtigt wurden.⁹³³ 467

antwortung gezeigten Organe nicht von ihrer eigenen Untätigkeit profitieren sollen und die Abtretungsgläubiger vor Konkurseröffnung die Verjährung nicht unterbrechen können: BGE 136 III 322, 332, E. 4.5.

⁹²³ BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.1 in fine; BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 132 III 342, 351, E. 4.4; ISLER/FISCHER, 49 in fine; ISLER/SCHOTT, Décharge, 218; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 277 und N 298. Anders noch Urteil des BGer 4C.262/2000 vom 15. Dezember 2000, E. 2c).

⁹²⁴ ISLER/SCHOTT, Décharge, 219; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 277 und 298; REITER, 193. Vgl. auch hinten N 512 ff.

⁹²⁵ ISLER/FISCHER, 49 f.; ISLER/SCHOTT, Décharge, 220; a.A. WALTER, 87, wonach die Gesellschaft und die Gläubigergesamtheit als Subjekte im Rahmen der materiellen Rechtskraft zu unterscheiden seien.

⁹²⁶ ISLER/FISCHER, 50; ISLER/SCHOTT, Décharge, 220.

⁹²⁷ BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.2 (betreffend eine statutarische Schiedsklausel); VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248 und 255; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 468b.

⁹²⁸ BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 132 III 342, 349, E. 4.1; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758, N 10; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 19; ISLER/FISCHER, 49; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 255; a.A. REITER, 193.

⁹²⁹ BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 132 III 342, 349, E. 4.1; BGE 117 II 432, 440, E. 1b/gg); OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 19; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248 und 255.

⁹³⁰ ISLER/FISCHER, 49 ff.; ISLER/SCHOTT, Décharge, 220.

⁹³¹ JENNY, N 426; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 277.

⁹³² ISLER/FISCHER, 51.

⁹³³ Vorne N 75 ff., insb. N 78.

5. *Wirkungen von Entscheid und Vergleich*

- 468 Der von der Konkursmasse bzw. der Konkursverwaltung erstrittene Sachentscheid über den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit bewirkt zum einen *res iudicata* gegenüber sämtlichen Gläubigern bzw. der Gläubigergesamtheit. Zum anderen erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf die Aktionäre.⁹³⁴
- 469 Ein von der Konkursverwaltung abgeschlossener Vergleich ist von der Gläubigerversammlung oder von einem allfällig dazu ermächtigten Gläubigerausschuss⁹³⁵ zu genehmigen.⁹³⁶ Da es sich dabei nicht um einen Verzicht nach Art. 260 SchKG handelt, kann der Vergleich auch ohne Vorbehalt von Abtretungen an einzelne Gläubiger genehmigt werden.⁹³⁷ Dennoch kann den einzelnen Gläubigern angeboten werden, unter Einwerfung des Vergleichsbetrages, sich den Anspruch in analoger Anwendung von Art. 260 SchKG abtreten zu lassen und auf eigenes Risiko selbst geltend zu machen.⁹³⁸ Andernfalls werden neben der Konkursmasse auch sie durch den Vergleich gebunden.⁹³⁹
- 470 Hat die Konkursverwaltung einen Anspruch der Gesellschaft geltend gemacht, der in Konkurrenz zu einem Anspruch aus direkter Schädigung eines Gläubigers steht, so erstreckt sich die materielle Rechtskraft des Entscheids bzw. die Bindungswirkung eines Vergleichs auch auf den Anspruch des Gläubigers.⁹⁴⁰
- 471 Diese Konsequenz lässt sich dogmatisch kaum begründen und ist auch insofern unbefriedigend, als dem direkt geschädigten Gläubiger ein Rechtsverlust zugemutet wird. Ein allfälliger Prozesserlös fällt in die Konkursmasse und führt zur Bereicherung der übrigen Gläubiger.⁹⁴¹ Andernfalls bestünde die Gefahr der Doppelzahlung durch den Verantwortlichen, wenn der Gläubiger im Anschluss

⁹³⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 48; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 467; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 334; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 55 und N 144; vgl. RASCHEIN, 364 (nur betreffend die Gläubiger).

⁹³⁵ Art. 237 Ziff. 3 SchKG; Urteil des BGer 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 8a).

⁹³⁶ JENNY, N 396 m.w.H.

⁹³⁷ BGE 86 III 124, 129 f., E. 3; KUNZ, Rechtsnatur, 167; a.A. RASCHEIN, 364, wonach ein Vergleich nur abgeschlossen werden dürfe, wenn den Gläubigern erfolglos die Prozessführung angeboten wurde.

⁹³⁸ BGE 86 III 124, 129 f., E. 3; JENNY, N 397; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 467a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 144; KUNZ, Rechtsnatur, 167; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 493; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 9.

⁹³⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 467a; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 493 in fine.

⁹⁴⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 468; a.A. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 145.

⁹⁴¹ Vgl. hierzu die ausführliche Kritik hinten N 578.

an den Entscheid oder den Vergleich über den Konkurrenzanspruch der Gesellschaft weiterhin seine Differenz aus direktem Schaden geltend machen könnte, die nicht durch die Konkursdividende gedeckt ist.

C. Sachlegitimation der Gläubiger

1. Direkter Schaden

a) Allgemeines

Mit Ausnahme der folgenden Ausführungen gelten grundsätzlich die vorne gemachten Aussagen betreffend die Situation ausserhalb des Konkurses.⁹⁴² 472

b) Biber-Praxis

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verbleiben dem Gläubiger nach Konkursöffnung diejenigen Ansprüche aus direkter Schädigung, welche ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers und nicht auch im Vermögen der Gesellschaft eingetreten sind.⁹⁴³ 473

Wenn sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger direkt geschädigt wurden, verbleiben dem Gläubiger noch: 474

- i. Ansprüche, welche auf einer ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienenden Bestimmung beruhen sowie 475
- ii. Ansprüche, welche auf Art. 41 OR oder 476
- iii. dem Tatbestand der culpa in contrahendo gründen.⁹⁴⁴ 477

(1) Einschränkung der Aktivlegitimation

Ungeklärt ist die Frage, ob die Praxis des Bundesgerichts die *Entstehung* des Gläubigeranspruchs aus direktem Schaden oder lediglich dessen *Durchsetzung* einschränkt. In der Lehre wird im Rahmen der Biber-Praxis teilweise von der *Einschränkung der Aktivlegitimation* gesprochen, ohne dass dabei ersichtlich ist, ob damit die Entstehung oder die Durchsetzung des Anspruchs gemeint 478

⁹⁴² Vorne N 410 ff.

⁹⁴³ BGE 132 III 564, 569 ff., E. 3.2.1 und E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGER 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; ferner Urteil des BGER 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); JENNY, N 222; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 250; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 278 und N 304; ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 94.

⁹⁴⁴ Zum Ganzen Urteil des BGER 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 4.3.3 in fine; BGE 141 III 112, 117, E. 5.2.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); BGE 136 III 14, 20, E. 2.4 (= Pra 99 [2010] Nr. 72); BGE 132 III 564, 570 f., E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGER 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; BSK OR II-GERICHKE/WALLER, Art. 754, N 17; HARTMANN, SZW 2006, 324; WEBER, Beurteilung, 154; REITER, 174; RUOSS, 46; UMBACH/WEBER, 118 f.

ist.⁹⁴⁵ Dies hat seine Ursache in der uneinheitlich verwendeten Terminologie betreffend die Sachlegitimation.⁹⁴⁶

(2) Materiellrechtliche Einschränkung

479 Ein Teil der Lehre vertritt die erstgenannte Ansicht und leitet dies aus dem X. Corporation-Entscheid ab, wonach es für direkte Gläubigerschäden eine Verschärfung der Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit im Sinne der modifizierten Schutzzwecktheorie einführt. Demnach kann ein Gläubigeranspruch aus direkter Schädigung nur dann *entstehen*, wenn die Widerrechtlichkeit auf einer ausschliesslichen Gläubigerschutzbestimmung, Art. 41 OR oder dem Tatbestand der c.i.c. gründet.⁹⁴⁷

480 Für diese Ansicht spricht der Wortlaut des Bundesgerichts in seiner früheren Rechtsprechung: «Solche unmittelbare Schadenersatzansprüche *entstehen* dann nur, wenn [...]»⁹⁴⁸ Unmittelbare Folge dieser Auffassung sind die unterschiedlichen Anforderungen an das widerrechtliche Handeln gegenüber den Gläubigern im Konkurs und ausserhalb des Konkurses.⁹⁴⁹ Im Konkurs wird zusätzlich danach differenziert, ob ausschliesslich ein Gläubiger oder auch die Gesellschaft geschädigt wurde.⁹⁵⁰

481 Des Weiteren würden Ansprüche, welche ausserhalb des Konkurses entstanden sind, durch die Konkurseröffnung oder den Eintritt der Konkurrenzsituation *untergehen*. Ob diese durch den Wegfall der Konkurrenzsituation bzw. den Verzicht durch die Gläubigergesamtheit wieder aufleben, erscheint zumindest fraglich. Lebt der Anspruch aus direkter Schädigung wieder auf, stellen sich Fragen hinsichtlich laufender Verjährungs- und Verwirklichungsfristen. Lebt der Anspruch hingegen nicht wieder auf, kann der Gläubiger seinen Schaden nur durch Geltendmachung des Anspruchs der Gläubigergesamtheit ersetzen. Dies erschwert seine prozessuale Stellung, zumal er seinen Anspruch aus direktem Schaden indirekt über den Schaden der Gesellschaft geltend machen muss.

⁹⁴⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; CEREGATO/BIERI, GesKR 2015, 300 f.; vgl. auch die Interpretation bei SUTER, 97, FN 453, wonach der von der Lehre verwendete Begriff *Aktivlegitimation* als *Klagebefugnis* zu verstehen sei.

⁹⁴⁶ Dazu vorne N 298 ff., insb. N 326 ff. und N 334 f.

⁹⁴⁷ KÄLIN, AJP 2016, 141 f.; JENNY, N 219 ff., insb. FN 807, wobei unter *Aktivlegitimation* die Rechtszuständigkeit zu verstehen sei (a.a.O., N 754 f.); WEBER, Beurteilung, 157; DOBLER/VON DER CRONE, SZW 2005, 216 f.

⁹⁴⁸ BGE 122 III 176, 194, E. 7c) (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹⁴⁹ BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 291.

⁹⁵⁰ Zur ausschliesslichen Gläubigerschädigung sogleich hinten N 484 ff.

(3) Einschränkung der Klagbarkeit

Die zweitgenannte Ansicht, welcher hier gefolgt wird, geht davon aus, dass die bundesgerichtliche Einschränkung nicht die Entstehung bzw. den Bestand der Gläubigeransprüche berührt, sondern lediglich deren Durchsetzung im Konkurs.⁹⁵¹ Ein Gläubigeranspruch aus direktem Schaden gestützt auf der Verletzung einer Doppelnorm bleibt folglich auch im Konkurs weiter bestehen, jedoch wird dessen Durchsetzung verhindert, solange die Konkurrenzsituation besteht. Eingeschränkt werden die Prozessführungsbefugnis und damit auch die Aktivlegitimation.⁹⁵² Im Grunde genommen handelt es sich um eine durch das Bundesgericht angeordnete zeitliche Beschränkung der Klagbarkeit des Gläubigeranspruchs aus direktem Schaden.

Diese Ansicht hat den Vorteil, dass sowohl im Konkurs als auch ausserhalb des Konkurses einheitliche Anforderungen an die Widerrechtlichkeit für die Entstehung eines Anspruchs gestellt werden.⁹⁵³ Für dieses Verständnis spricht ausserdem, dass das Bundesgericht seit dem Biber Holding-Entscheid von der Einschränkung der *Klagebefugnis* der Gläubiger und Aktionäre aus direkten Schäden im Konkurs spricht.⁹⁵⁴ In BGE 141 III 112 hat das Bundesgericht angedeutet, dass in der Situation, in welcher der Konkurs über die Gesellschaft abgeschlossen und die Gesellschaft bereits aus dem Handelsregister gelöscht worden ist, der direkt geschädigte Gläubiger auch zur Klage gegen den Verantwortlichen aktivlegitimiert sein müsste, ohne dass er seine Klage auf eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR, dem Tatbestand der culpa in contrahendo oder eine Verletzung einer aktienrechtlichen Bestimmung, welche ausschliesslich zum Schutz des Gläubigers dient, abstützen können muss.⁹⁵⁵ Daraus könnte

⁹⁵¹ KRIZAJ, AJP 2013, 826; SUTER, 97, FN 453; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 278; so wohl auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 13 ff. (Durchsetzungssperre).

⁹⁵² KRIZAJ, AJP 2013, 826; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 278: «Die eigenständige Aktivlegitimation (Prozessführungsbefugnis) des Klägers bleibt nach dem Konkursdekret nur in seltenen Fällen erhalten [...]» Zu den Definitionen der Sachlegitimation vorne N 299 ff.

⁹⁵³ Zur Widerrechtlichkeit vorne N 199 ff.

⁹⁵⁴ BGE 141 III 112, 117, E. 5.2.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96) (*le droit d'agir*); BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2 (Biber Holding); bestätigt in BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; vgl. auch Urteil des BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 4.3.3: «In diesen Urteilen [gemeint sind BGE 131 III 306 und BGE 132 III 564] war klargestellt worden, dass die *Klageberechtigung* der direkt geschädigten Gläubiger (bzw. Aktionäre) nur in jenen Fällen eingeschränkt ist (sog. *Durchsetzungssperre*), in welchen sowohl ein Gesellschaftschaden als auch ein Direktschaden eines Gläubigers (bzw. Aktionärs) vorliegt.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁹⁵⁵ BGE 141 III 112, 118, E. 5.3.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); CEREGATO/BIERI, GesKR 2015, 300 f.

geschlossen werden, dass generell in Fällen, in welchen eine Konkurrenzsituation zwischen Ansprüchen des direkt geschädigten Gläubigers und Ansprüchen der Gläubigersamtheit nicht mehr vorliegt, die Prozessführungsbefugnis wieder auflebt.⁹⁵⁶

c) *Ausschliessliche Gläubigerschädigung*

484 Der Gläubiger kann im Konkurs seinen Anspruch aus direkter Schädigung geltend machen, wenn nicht auch die Gesellschaft geschädigt wurde.⁹⁵⁷ Der geschädigte Gläubiger trägt die Beweislast dafür, dass die Gesellschaft nicht ebenfalls geschädigt wurde.⁹⁵⁸

485 Die ausschliessliche Gläubigerschädigung hat ausserhalb der Konkursverschleppung keine oder nur geringe Bedeutung. Ein haftpflichtrelevantes Handeln eines Verantwortlichen wird aufgrund der Zurechnung nach Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR in der Regel zu einer übereinstimmenden Haftung der Gesellschaft führen.⁹⁵⁹ Die folgenden Ausführungen gelten daher unter der Prämisse, dass eine *pflichtwidrig verschuldete Konkursverschleppung* vorliegt.

486 Durch das Weiterwirtschaften der überschuldeten Gesellschaft kann zum einen die Gesellschaft geschädigt werden. Zum anderen kann auch der *gewöhnliche Neugläubiger* geschädigt werden, welcher während dieser Überschuldungsphase noch Austausch- oder Finanzierungsgeschäfte mit der Gesellschaft abschliesst. Er wird im Moment, in dem er seine Leistung erbringt, ebenfalls

⁹⁵⁶ Vgl. CEREGATO/BIERI, GesKR 2015, 300 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348 und N 352, wonach die Klagebefugnis der Gesellschaftsgläubiger (wieder) auflebt. Ob sich diese Aussage auch auf Ansprüche aus direkten Schäden erstrecken soll, bleibt indes unklar.

⁹⁵⁷ Urteil des BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 4.2; BGE 141 III 112, 116, E. 5.2.1 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); BGE 132 III 564, 569 ff., E. 3.2.1 und E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; ferner Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); JENNY, N 222; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 250; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 278 in fine, N 304 und N 342; RUOSS, 49; vgl. auch HARTMANN, SZW 2006, 326 m.w.H., wonach auch bei einem geringfügigen Gesellschaftsschaden auf eine Einschränkung der Aktivlegitimation zu verzichten sei.

⁹⁵⁸ Vgl. Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.2: «Der Klägerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie die Ansicht vertritt, durch die von ihr behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten sei die Gesellschaft nicht ebenfalls geschädigt worden.» BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 336 f.

⁹⁵⁹ Vgl. BGE 141 III 112, 115, E. 4.5 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), wo die Gesellschaft als Arbeitgeberin im Vorfeld für die Nichtzahlung von Versicherungsbeiträgen zugunsten des Arbeitnehmers von diesem gestützt auf Art. 97 OR belangt worden war.

direkt geschädigt.⁹⁶⁰ Er hat seine Leistung gegen eine blossе Konkursdividende eingetauscht.⁹⁶¹ Durch die Leistung des Gläubigers sind der Gesellschaft Vermögenswerte zugeflossen, so dass sie aus dem Rechtsgeschäft in der Regel selbst nicht geschädigt wird.⁹⁶²

Wenn das Verhalten eines Verantwortlichen einen Gläubiger direkt schädigt, während die Gesellschaft selbst keinen Schaden erleidet, kann der geschädigte Gläubiger persönlich gegen den Verantwortlichen vorgehen und Schadenersatz verlangen. Seine Klage untersteht den gewöhnlichen Regeln der zivilrechtlichen Haftung und ist, unter der Voraussetzung, dass sie auf einem gültigen rechtlichen Fundament basiert, keiner Einschränkung unterworfen.⁹⁶³ Der Gläubiger kann somit seinen Anspruch auch auf die Verletzung einer Doppelnorm,⁹⁶⁴ insbesondere auch auf Art. 725 OR stützen.

d) *Exklusive Gläubiger- und Aktionärsschutznormen*

Das Bundesgericht hält es für zulässig, dass ein Aktionär oder Gläubiger seinen Anspruch aus direkter Schädigung auch nach Konkurseröffnung geltend machen kann, wenn die schädigende Handlung gegen eine gesellschaftsrechtliche⁹⁶⁵ Norm verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dient.⁹⁶⁶

⁹⁶⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43; RUOSS, 50; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 197.

⁹⁶¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 332; BÖCKLI, Hürdenlauf, 43.

⁹⁶² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 333 f.; HARTMANN, SZW 2006, 323; RUOSS, 49 f.

⁹⁶³ BGE 132 III 564, 569, E. 3.2.1 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3, nicht publ. in BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105); vgl. auch BGE 141 III 112, 116, E. 5.2.1 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); Urteil des BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1; BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; KRIZAJ, AJP 2013, 826; JENNY, N 222; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 250.

⁹⁶⁴ Urteil des BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002 bzw. BGE 129 III 129 (= Pra 92 [2003] Nr. 105): Die Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 755 OR i.V.m. Art. 729b Abs. 1 OR wurde gutgeheissen, wobei es sich bei Art. 729b Abs. 1 OR nicht um eine ausschliessliche Gläubigerschutzbestimmung handelt. KRIZAJ, AJP 2013, 826 f.

⁹⁶⁵ Urteil des BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 4.3.3 in fine; BGE 141 III 112, 117, E. 5.2.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); BGE 132 III 564, 570 f., E. 3.2.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); CEREGATO/BIERI, GesKR 2015, 297; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 305; ferner BGE 122 III 176, 194, E. 7c); RUOSS, 47, insb. FN 120, wonach auch das Verbot des Kreditbetrugs eine ausschliesslich die Gläubiger schützende Norm darstellen soll. Einschränkung auf *aktienrechtliche* Normen: BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; Urteil des BGer 4C.17/2000 vom 17. April 2000, E. 5a); BGE 125 III 86, 88, E. 3a); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24.

⁹⁶⁶ BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 305.

489 Bei den meisten aktienrechtlichen Bestimmungen – insbesondere bei Art. 725 OR⁹⁶⁷ – handelt es sich jedoch um Doppelnormen. Sie dienen neben den Gläubigern auch dem Schutz anderer Personengruppen, z.B. der Gesellschaft, der Aktionäre oder der Allgemeinheit.⁹⁶⁸

490 Als exklusive Gläubigerschutzbestimmung wird das Verbot der vorzeitigen Verteilung des Liquidationserlöses nach Art. 744 Abs. 2 OR qualifiziert.⁹⁶⁹ Wenn also bei der Liquidation der Gesellschaft Auszahlungen an die Aktionäre erfolgen, bevor alle Gläubiger befriedigt oder die Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeiten sichergestellt ist, werde die Gläubigerschutzvorschrift von Art. 744 Abs. 2 OR verletzt, welche ausschliesslich den Schutz der Gläubiger bezweckt.⁹⁷⁰

491 Die Verletzung einer exklusiven Aktionärsschutzbestimmung wird in der Verweigerung des Bezugsrechts nach Art. 652b OR und im unrechtmässigen Vorenthalten der nach Art. 660 Abs. 1 OR zustehenden Dividende gesehen.⁹⁷¹

492 Das Veranlassen zur Zeichnung neuer Aktien durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft⁹⁷² und die Erstellung und Verwendung von unwahren Jahresabschlüssen werden ebenfalls dem exklusiven Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz zugeschrieben,⁹⁷³ wobei es sich genau genommen in beiden Fällen um Täuschungen und insofern nicht um *aktienrechtliche* Bestimmungen handelt.⁹⁷⁴

e) Unerlaubte Handlung

493 Stützt sich die Klage eines Gläubigers auf eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 ff. OR,⁹⁷⁵ muss im Bereich des Aktienrechts ebenfalls die modifizierte

⁹⁶⁷ BGE 136 III 14, 20 f., E. 2.4 (= Pra 99 [2010] Nr. 72); Urteil des BGer 4C.316/2003 vom 3. März 2003, E. 6.2; BGE 128 III 180, 183, E. 2c) (= Pra 91 [2002] Nr. 173); Urteil des BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2e/bb); BGE 125 III 86, 89, E. 3b); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725, N 6; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1263; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 306; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 204.

⁹⁶⁸ JENNY, N 221; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 239 und 242; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 305 ff.; BÖCKLI, Hürdenlauf, 47 ff.; RUOSS, 47, insb. FN 118.

⁹⁶⁹ Urteil des BGer 4C.17/2000 vom 17. April 2000, E. 5a); BGE 122 III 176, 192 f., E. 7b) in fine; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 7; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 310; BÖCKLI, Hürdenlauf, 49 f.

⁹⁷⁰ KRIZAJ, AJP 2013, 828; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 310; BÖCKLI, Hürdenlauf, 49 f.

⁹⁷¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 242.

⁹⁷² BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 242.

⁹⁷³ Urteil des BGer 4C.344/1998 vom 24. November 2000, E. 3c); vgl. auch BGE 110 II 391, 395, E. 2b).

⁹⁷⁴ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 242.

⁹⁷⁵ Allgemein zur unerlaubten Handlung vorne N 94 ff.

Schutzzwecktheorie zur Anwendung gelangen. Der Gläubiger kann seinen Anspruch also nur durchsetzen, wenn eine aktienrechtliche Schutznorm verletzt wurde, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient. Andernfalls würde das Erfordernis der exklusiven Schutznorm im Bereich von Art. 754 Abs. 1 OR umgangen und es entstände wiederum eine Konkurrenzsituation.⁹⁷⁶ Für Schutznormen ausserhalb des Aktienrechts ist diese Einschränkung jedoch nicht gerechtfertigt.⁹⁷⁷

Eine unerlaubte Handlung liegt gemäss Lehre und Rechtsprechung vor, 494 wenn ein für die Gesellschaft handelndes Organ einen Dritten beim Vertragsschluss täuscht, so z.B. wenn ein Gesellschaftsorgan einen Dritten durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft zur Kreditgewährung an die Gesellschaft veranlasst.⁹⁷⁸ Eine unerlaubte Handlung liegt bspw. auch vor bei Missbrauch von Lohnabzügen i.S.v. Art. 159 StGB und Art. 87 Abs. 3 AHVG.⁹⁷⁹

Als zusätzliche Haftungsvoraussetzung verlangt das Bundesgericht ein be- 495 stimmtes schädigendes Verhalten in der *direkten Beziehung* zum Geschädigten.⁹⁸⁰ Diese Einschränkung kann dazu führen, dass die Klage eines Gläubigers mangels unmittelbarem Kontakt zwischen dem Verantwortlichen und dem Geschädigten abgewiesen wird.⁹⁸¹ Wie BERTSCHINGER m.E. richtig feststellt, führt diese Einschränkung zu einem *Organisationsprivileg*, was abzulehnen ist.⁹⁸²

f) *Culpa in contrahendo*

Betreffend die Haftung aus culpa in contrahendo gelten die vorne gemachten 496 Ausführungen.⁹⁸³

⁹⁷⁶ BGE 122 III 176, 193, E. 7c); BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 286.

⁹⁷⁷ BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 240, insb. FN 54.

⁹⁷⁸ Urteil des BGer 4C.344/1998 vom 24. November 2000, E. 3c); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 24; BÄRTSCHI, Unmittelbarer Schaden, 242; vgl. auch BGE 110 II 391, 395, E. 2b).

⁹⁷⁹ Urteil des BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 6.2, nicht publ. in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96).

⁹⁸⁰ BGE 122 III 176, 192, E. 7b) mit Verweis auf BGE 106 II 257, 260.

⁹⁸¹ So geschehen in BGE 125 III 86, 90, E. 3c).

⁹⁸² BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 82 ff., insb. N 87.

⁹⁸³ Vorne N 119 ff.

2. Indirekter Schaden

a) Allgemeines

497 Nach Art. 757 Abs. 1 OR ist im Konkurs der Gesellschaft auch der Gläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Erforderlich ist, dass die Gläubigereigenschaft im Zeitpunkt der Konkursöffnung besteht.⁹⁸⁴ Er kann Ersatz des gesamten Schadens, den der Gesellschaft direkt und den Gläubigern indirekt zugefügt wurde, fordern.⁹⁸⁵ Er klagt als Prozessstandschafter den Gesellschaftsschaden bzw. einheitlichen Anspruch der Gläubiger-gesamtheit ein.⁹⁸⁶ Aufgrund der Prozesskostenverteilung und des Vorabfrie-dungsrechts nach Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG wird der Gläubiger jedoch in der Regel nur seinen eigenen Forderungs-ausfall geltend machen.⁹⁸⁷

b) Verhältnis zwischen Art. 757 Abs. 2 und Abs. 3 OR

498 Umstritten ist das Verhältnis zwischen Abs. 2 und Abs. 3 von Art. 757 OR bzw. das Verhältnis zwischen Art. 757 OR und Art. 260 SchKG. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Art. 260 SchKG durch Art. 757 Abs. 1 und 2 OR als *lex specialis* verdrängt wird.⁹⁸⁸ Nach Ansicht des Bundesgerichts besteht in materieller Hinsicht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben.⁹⁸⁹ Art. 757 OR ist somit

⁹⁸⁴ SCHIESS, 74 f.

⁹⁸⁵ BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 128 III 180, 183, E. 2c) (= Pra 91 [2002] Nr. 173); BGE 122 III 195, 201, E. 9a) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BGE 117 II 432, 440, E. 1b/gg); BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a; a.A. KUNZ, Rechtsnatur, 141 ff., insb. 144, wonach nur der persönlich erlittene Schaden einklagbar sei.

⁹⁸⁶ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107 (in einer Art Prozessstandschaft); BGE 136 III 148, 149, E. 2.3 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 29; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 12; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 249 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a und N 351; LEUENBERGER, 195 f. (eine Art Prozessstandschaft).

⁹⁸⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 41c; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a; ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 96; REITER, 194 f.

⁹⁸⁸ BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 8; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR N 5, wobei unter aOR kein Abs. 3 vorhanden war.

⁹⁸⁹ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.2 mit Verweis auf das Urteil des BGer 4A_449/2009 (recte: 4A_446/2009) vom 8. Dezember 2009, E. 2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107; Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2, nicht publ. in BGE 132 III 222.

als blosser Anwendungsfall von Art. 260 SchKG aufzufassen.⁹⁹⁰ In beiden Fällen verleiht Art. 757 Abs. 3 OR jedoch keine zusätzlichen Rechte und ist als rein deklaratorisch aufzufassen.⁹⁹¹ Einer Mindermeinung zufolge stelle Art. 757 Abs. 2 OR keinen blossen Anwendungsfall von Art. 260 SchKG dar. Vielmehr komme Art. 757 Abs. 3 OR eine eigenständige Bedeutung zu.⁹⁹² Auf die genannten Bestimmungen ist im Folgenden näher einzugehen.

(1) Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG

Die Abtretung nach Art. 260 SchKG setzt einen Verzichtsbeschluss der zweiten 499 Gläubigerversammlung voraus.⁹⁹³ Es handelt sich dabei nicht um eine Abtretung nach Art. 164 OR, sondern um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis.⁹⁹⁴

Mit der Abtretung wird der Gläubiger ermächtigt, den streitigen Rechts- 500 anspruch an Stelle der Masse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung geltend zu machen.⁹⁹⁵ Gemäss h.L. und Rechtsprechung wird im Rahmen von Art. 260 SchKG das *Prozessführungsrecht* übertragen, welches ein Nebenrecht der Konkursforderung darstellt.⁹⁹⁶

⁹⁹⁰ BGE 122 III 488, 490, E. 3b) (= Pra 86 [1997] Nr. 93); BGE 117 II 432, 440, E. 1b/ff); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 42 in fine.

⁹⁹¹ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 36; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 11; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 17; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 358; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 68 und 73 (*gesetzgeberisches Versehen*); LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 343; KUNZ, Rechtsnatur, 97.

⁹⁹² VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 252 f.

⁹⁹³ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251; vgl. Art. 260 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 20.

⁹⁹⁴ Urteil des BGer 6B_236/2014 vom 1. September 2014, E. 3.4.4; BGE 121 III 488, 492, E. 2b); BGE 113 III 135, 137, E. 3a); OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 1; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 167; vgl. auch BGE 109 III 27, 29, E. 1a); BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 4 f.; LEUENBERGER, 196.

⁹⁹⁵ Urteil des BGer 5C.194/2001 vom 25. Februar 2002, E. 5a); BGE 121 III 488, 492, E. 2b); BGE 113 III 135, 137, E. 3a); BGE 109 III 27, 29, E. 1a); BGE 111 II 81, 83, E. 3a); OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 1 und N 52; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 167 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 15.

⁹⁹⁶ Urteil des BGer 5C.194/2001 vom 25. Februar 2002, E. 5a); BGE 122 III 488, 490, E. 3 (= Pra 86 [1997] Nr. 93); BGE 121 III 488, 492, E. 2b); BGE 111 II 81, 83, E. 3a); BGE 109 III 27, 29, E. 1a); LORANDI, AJP 2018, 725; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 21; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 33; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 167; vgl. LEUENBERGER, 195. Als *Prozessführungsbefugnis* bezeichnet: BGE 132 III 342, 346, E. 2.2.2; BGE 121 III 488, 493, E. 2d); JENNY, N 174.

- 501 Im Gegensatz zu Art. 757 Abs. 2 OR können nach Art. 260 SchKG nur rechtskräftig kollozierte Gläubiger die Abtretung verlangen.⁹⁹⁷ Noch nicht rechtskräftig abgewiesene Gläubiger können die bedingte Abtretung verlangen, falls sie eine Kollokationsklage auf Anerkennung ihres Anspruchs gegen die Masse angestrengt haben.⁹⁹⁸ Ist die Klage erfolgreich, wird auch die Abtretung definitiv. Bei Abweisung der Klage fällt die Abtretung dahin.⁹⁹⁹ Die Kollokation hat keine präjudizielle Wirkung für den Bestand oder die Höhe des Verantwortlichkeitsanspruchs.¹⁰⁰⁰ Das Gericht kann die materielle Begründetheit der rechtskräftig kollozierten Forderung im Verantwortlichkeitsprozess nicht überprüfen.¹⁰⁰¹
- 502 Die Abtretungsgläubiger klagen als Prozessstandschafter.¹⁰⁰² Mehrere Abtretungsgläubiger bilden eine *uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft*.¹⁰⁰³ In Anlehnung an die einfache Streitgenossenschaft kann jeder Abtretungsgläubiger von der Klageeinleitung absehen, eine Klage jederzeit zurückziehen und eigene Vorbringen geltend machen. Ausserdem kann jeder Gläubiger mit dem Verantwortlichen einen Vergleich abschliessen und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten lassen.¹⁰⁰⁴ Es ist somit möglich, dass die Rechtsbegehren der einzelnen Abtretungsgläubiger in der Höhe variieren.¹⁰⁰⁵ Über den eingeklagten Anspruch der Gläubigersamtheit kann das Gericht nur einheitlich entscheiden.¹⁰⁰⁶ «[Es] ist nicht denkbar, dass für einen Teil der Abtretungsgläubiger aufgrund ihrer Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträge die Klage geschützt, gegenüber

⁹⁹⁷ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 13; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 350.

⁹⁹⁸ BGE 128 III 291, 292, E. 4c/aa); BGE 111 II 81, 83, E. 3a); OFK SchKG-KREN KOST-KIEWICZ, Art. 260, N 25.

⁹⁹⁹ BGE 109 III 27, 29, E. 1a) in fine.

¹⁰⁰⁰ BGE 122 III 195, 202, E. 9b) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 350; GLASL, SZW 2005, 163.

¹⁰⁰¹ BGE 132 III 564, 575, E. 6.1 (= Pra 96 [2007] Nr. 57); BGE 132 III 342, 348, E. 2.3.2; BGE 111 II 81, 85 f., E. 3c); CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 27; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 27; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 350; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 133.

¹⁰⁰² Vorne N 497.

¹⁰⁰³ BGE 136 III 534, 535, E. 2.1; BGE 121 III 488, 493, E. 2c); OFK SchKG-KREN KOST-KIEWICZ, Art. 260, N 1 und N 47; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 351; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N 211; LEUENBERGER, 196 f.; REITER, 178.

¹⁰⁰⁴ Zum Ganzen BGE 121 III 488, 492 f., E. 2c); VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 351; REITER, 178; vgl. auch LEUENBERGER, 201 ff., wobei sich die Abtretungsgläubiger hinsichtlich der Vorbringen abzusprechen haben und die Koordination nötigenfalls durch die Konkursverwaltung herbeizuführen sei.

¹⁰⁰⁵ LEUENBERGER, 201.

¹⁰⁰⁶ BGE 136 III 534, 535, E. 2.1; BGE 121 III 488, 494, E. 2e).

einem anderen Teil aber aufgrund fehlender Behauptungen die Klage abgewiesen würde [...]»¹⁰⁰⁷ Zieht ein Abtretungsgläubiger im Verlaufe des Verfahrens seine Klage zurück, schreibt das Gericht die Klage bezüglich der ausgetretenen Partei ab und auferlegt dieser die entsprechenden Gerichts- und Parteikosten.¹⁰⁰⁸

Die Konkursverwaltung kann den Abtretungsgläubigern eine Frist zur Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs setzen.¹⁰⁰⁹ Wenn die Abtretungsgläubiger noch keine prozessuale oder ausserprozessuale Vorkehren zur Eintreibung des Anspruchs getroffen haben, kann die Abtretungsverfügung durch die Konkursverwaltung widerrufen werden.¹⁰¹⁰ Wird der Konkurs eingestellt oder widerrufen, so ist auch die Abtretung zu widerrufen.¹⁰¹¹ Mit der Abtretung verbunden ist das Recht auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös,¹⁰¹² wobei die Abtretungsgläubiger in den meisten Fällen nur ihren Anteil am Schaden geltend machen werden, so dass kaum ein Überschuss zugunsten der Masse verbleibt.¹⁰¹³

(2) Art. 757 Abs. 2 OR

Gemäss Art. 757 Abs. 2 OR können sowohl Gläubiger als auch Aktionäre die Ansprüche der Gläubigersamtheit geltend machen, sobald die Konkursverwaltung darauf verzichtet hat.

Gläubiger gemäss Art. 757 Abs. 2 OR ist, wer über einen Anspruch gegenüber der konkursiten Gesellschaft verfügt.¹⁰¹⁴ Nach hier vertretener Ansicht ist nicht von Bedeutung, ob dieser Anspruch bestritten wird oder nicht kolloziert wurde.¹⁰¹⁵ Dies kann jedoch zu Schwierigkeiten beim Nachweis der Gläubigereigenschaft führen.¹⁰¹⁶

¹⁰⁰⁷ BGE 136 III 534, 535, E. 2.1.

¹⁰⁰⁸ LEUENBERGER, 203 f.

¹⁰⁰⁹ BGE 65 III 61, 63; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 35; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 49 ff.; PERREN, 222; SCHIESS, 220 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 13.

¹⁰¹⁰ Urteil des BGer 5C.194/2001 vom 25. Februar 2002, E. 5a); BGE 102 III 29, 31 f.; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 36 und N 41; PERREN, 222 f.; SCHIESS, 220 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 13.

¹⁰¹¹ BGE 109 III 27, 29, E. 1a) m.w.H.; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 71.

¹⁰¹² Art. 260 Abs. 2 SchKG; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260, N 55 f.; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250.

¹⁰¹³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a.

¹⁰¹⁴ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251.

¹⁰¹⁵ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251; a.A. Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3, wonach nur rechtskräftig kollozierte Gläubiger zur Erhebung der Klage aus Art. 757 Abs. 2 OR befugt seien.

¹⁰¹⁶ Vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 26 in fine.

- 506 In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass nur rechtskräftig kollozierte Gläubiger zur Erhebung der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt sind.¹⁰¹⁷ Dies würde bedeuten, dass Aktionäre generell, sofern sie nicht zugleich rechtskräftig kollozierte Gläubiger sind, nicht zur Klage gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR befugt sind.¹⁰¹⁸
- 507 Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, ob ein Gläubiger gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR ohne entsprechende Abtretung direkt klagen könne.¹⁰¹⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist der Verzicht der Konkursverwaltung für den Übergang der Prozessführungsbefugnis ausreichend.¹⁰²⁰ Einem Verzicht gleichgestellt ist die Situation, in welcher keine Konkursverwaltung bestellt wird, bspw. wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird.¹⁰²¹ Das Bundesgericht stellte ausserdem fest, dass die Konkurrenzsituation nicht mehr aktuell sei, wenn die Gesellschaft bereits aus dem Handelsregister gelöscht worden war und weder die Konkursverwaltung noch Abtretungsgläubiger gegen die Gesellschaftsorgane vorgegangen waren.¹⁰²²
- 508 Die klagenden Gläubiger und Aktionäre klagen als Prozessstandschafter den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit ein. Sie bilden gemäss Bundesgericht eine notwendige Streitgenossenschaft, wobei es jedoch auf Art. 260 SchKG verweist, weshalb wohl eher eine *uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft* gemeint ist.¹⁰²³ Die Klage mehrerer Gläubiger und Aktionäre muss in

¹⁰¹⁷ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3.

¹⁰¹⁸ Dazu hinten N 533.

¹⁰¹⁹ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107; Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2 in fine, nicht publ. in BGE 132 III 222; vgl. auch BGE 127 III 374, 381, E. 3e) in fine, wonach die Gläubigerin nicht geltend macht, dass sie gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR *oder* auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG berechtigt sei, einen Teil des Gesellschaftsschadens einzuklagen.

¹⁰²⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 17; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 11; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348; vgl. Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2, nicht publ. in BGE 132 III 222; a.A. Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3 und 2.3 und BGE 132 III 731, 734 f., E. 3.3 (= Pra 96 [2007] Nr. 81), wonach die Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister zwecks Kollokation der Konkursforderung und Abtretung des Prozessführungsrechts notwendig sei.

¹⁰²¹ BGE 110 II 396, 397, E. 2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 29; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 26; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 14; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 282a und 352; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 175 f.; vgl. auch SUTER, 115 f.

¹⁰²² BGE 141 III 112, 118, E. 5.3.3 (= Pra 104 [2015] Nr. 96); CEREGATO/BIERI, GesKR 2015, 300 f.; vgl. auch BGE 110 II 396, 397, E. 2. Zu den Wirkungen der Liquidation und Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister hinten N 518 ff.

¹⁰²³ Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2, nicht publ. in BGE 132 III 222; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250, insb. FN 47.

irgendeiner Weise koordiniert sein, so dass keine widersprüchlichen Urteile über den gleichen Anspruch ergehen.¹⁰²⁴ Dazu hat das Bundesgericht die Frage aufgeworfen, ob es der Rechtssicherheit bzw. der Koordination unter den klagebefugten Gläubigern halber nicht doch einer Ermächtigung oder zumindest einer förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung bedarf.¹⁰²⁵ Dies setzt allerdings voraus, dass eine Konkursverwaltung bestellt wurde und diese zu gegebener Zeit noch im Amt ist.

Nach Art. 757 Abs. 2 OR dient ein allfälliger Prozesserlös zunächst den klagenden Gläubigern zur Deckung ihrer Forderungen nach den Vorschriften des SchKG. Die Verteilung zwischen den klagenden Gläubigern ist entsprechend dem unter ihnen bestehenden Rang vorzunehmen.¹⁰²⁶ Danach nehmen die klagenden Aktionäre an einem allfälligen Überschuss im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil.¹⁰²⁷ Verbleibt nochmals ein Überschuss, fällt dieser in die Konkursmasse. Diese Verteilordnung ist insofern bemerkenswert, als die klagenden Aktionäre einen Teil ihres Risikokapitals zurückerstattet erhalten, noch bevor sämtliche Gläubiger befriedigt sind.¹⁰²⁸ 509

(3) Zwischenfazit

Es kann festgehalten werden, dass sich Art. 757 Abs. 2 OR von Art. 260 SchKG sowohl bezüglich der Prozessführungsbefugnis als auch hinsichtlich der Erlösverteilung unterscheidet. Im Rahmen der Ablösungstheorie besteht jedoch in materiellrechtlicher Hinsicht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben.¹⁰²⁹ Sie stützen sich alle auf den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit. Art. 757 Abs. 2 OR geht somit m.E. als *lex specialis et posterior* für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Art. 260 SchKG vor.¹⁰³⁰ Art. 757 Abs. 3 OR verweist für alle übrigen Ansprüche auf Art. 260 SchKG, wobei dieser Verweis weder Klarheit schafft noch zusätzliche Rechte verleiht. Dieser Ab- 510

¹⁰²⁴ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251.

¹⁰²⁵ Urteil des BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E.1.2 in fine, nicht publ. in BGE 132 III 222; zustimmend WEBER, Beurteilung, 152.

¹⁰²⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 32; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 22.

¹⁰²⁷ Das Vorabbefriedigungsrecht der klagenden Aktionäre beschränkt sich dabei nicht auf den Nominalwert der gehaltenen Aktien. Dazu ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 22.

¹⁰²⁸ Dazu hinten N 532 ff.

¹⁰²⁹ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E.2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 35.

¹⁰³⁰ BSK SchKG II-BERTI, Art. 260, N 8.

satz ist somit obsolet und hätte gemäss Botschaft 2007 aufgehoben werden sollen.¹⁰³¹ Weder im VE-OR 2014 noch im E-OR 2016 hat die Aufhebung von Abs. 3 jedoch Eingang gefunden.

c) Einredeordnung

- 511 Die gegen die klagenden Gläubiger und Aktionäre zulässigen Einreden und Einwendungen ergeben sich aus dem Anspruch der Gläubigersamtheit.¹⁰³² Der Verantwortliche kann demnach grundsätzlich keine Einreden geltend machen, welche ihm gegen die klagenden Gläubiger oder Aktionäre persönlich zustehen.¹⁰³³
- 512 In der Lehre wird vertreten, dass ausnahmsweise die Einrede des Rechtsmissbrauchs zulässig sein kann.
- 513 Zum einen dann, wenn der Gläubiger in Kenntnis der Überschuldung der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und als Abtretungsgläubiger auf dem Umweg über die Gesellschaft seinen persönlichen Forderungsausfall einklagt. Der Gläubiger mache zwar nicht rechtlich, jedoch wirtschaftlich seinen eigenen Schaden geltend, so dass er sich die Einrede gefallen lassen müsse, in die mögliche Schädigung eingewilligt zu haben.¹⁰³⁴ Mit derselben Begründung wird in der Lehre teilweise auch die Frage aufgeworfen, ob nicht alle persönlichen Einreden bis zum Betrag des Vorabbefriedigungsanspruchs zulässig sein sollten.¹⁰³⁵
- 514 Zum anderen müsse sich der Gläubiger, welcher zugleich Aktionär ist, u.U. entgegenhalten lassen, dass er dem Entlastungsbeschluss zugestimmt hat. Dies könne dann gerechtfertigt sein, wenn all diejenigen Gläubiger, welche die Gläubigersamtheit bilden, auch Aktionäre sind und der Entlastung zugestimmt haben.¹⁰³⁶
- 515 M.E. ist die Einrede des Rechtsmissbrauchs in den genannten Fällen nur zurückhaltend anzuwenden. Das Gericht kann m.E. im erstgenannten Fall nicht das Vorabbefriedigungsrecht des Abtretungsgläubigers beschränken, zumal es sich dabei um eine interne Angelegenheit des Konkursverfahrens handelt, welche im Übrigen auch den Prozessgegner grundsätzlich nichts angeht.¹⁰³⁷

¹⁰³¹ Botschaft 2007, 1693.

¹⁰³² Vorne N 466.

¹⁰³³ BGE 136 III 148, 151, E. 2.5 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 136 III 107, 109, E. 2.5.1; BGE 117 II 432, 440, E. 1b/gg); BGE 106 II 141, 145, E. 3c); VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 248; UMBACH/WEBER, 124.

¹⁰³⁴ Zum Ganzen VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 256; vgl. auch SCHNYDER, 49 f.

¹⁰³⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 298a; REITER, 195.

¹⁰³⁶ Zum Ganzen VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 256 m.w.H.

¹⁰³⁷ BGE 113 III 20, 22, E. 3.

Sind neben dem Darlehensgeber auch andere Abtretungsgläubiger am Verfahren beteiligt, würde die Gutheissung der Einrede des Rechtsmissbrauchs und damit die teilweise Abweisung der Klage v.a. die übrigen Gläubiger treffen.¹⁰³⁸

Die Einrede des Rechtsmissbrauchs könnte ausserdem leicht umgangen werden, indem der Abtretungsgläubiger einen seine Konkursforderung leicht übersteigenden Betrag geltend macht, der nicht dem Rechtsmissbrauch unterliegt. Das Gericht kann nicht einen Teil der eingeklagten Forderung wegen Rechtsmissbrauch abweisen und den Abtretungsgläubiger verpflichten, den übrigen (gutgeheissenen) Betrag der Konkursmasse abzuliefern. 516

Auch der Durchgriff der Entlastung der Aktionäre auf die identischen Gläubiger ist grundsätzlich abzulehnen. Das von den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kapital betrifft unterschiedliche Vermögensmassen. Die Entlastung der Aktionäre beschränkt sich auf das Eigenkapital der Gesellschaft und kann damit nicht ohne Weiteres als Verzicht hinsichtlich des Schadens im Fremdkapital verstanden werden. Das Fremdkapital verdient schliesslich im gesellschafts- und konkursrechtlichen System einen höheren Schutz als das Eigenkapital. Ein Durchgriff einer allfälligen Entlastung auf die Forderung eines Gläubigers wäre unverhältnismässig, wenn dieser nur einen minimalen Anteil am Aktienkapital hält, seine Forderung jedoch einen grossen Anteil am Fremdkapital ausmacht. Diese Unterscheidung der betreffenden Vermögensmasse in der Eigenschaft als Aktionär und Gläubiger muss m.E. auch dann Berücksichtigung finden, wenn das Aktionariat und die Gläubiger der Gesellschaft identisch sind. 517

d) Liquidation der Gesellschaft und Löschung aus dem Handelsregister

Gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 739 Abs. 1 OR führt der Eintritt der Liquidation nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit. 518

Fraglich ist jedoch, in welchem Zeitpunkt die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft erlischt und welche Auswirkungen dies auf den Bestand und die Durchsetzbarkeit allfälliger noch bestehender Forderungen hat. 519

Die Aussagen des Bundesgerichts zu dieser Frage sind widersprüchlich. In einem Entscheid erklärt das Bundesgericht explizit, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukomme und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit 520

¹⁰³⁸ SCHNYDER, 50, schlägt eine *Aufspaltung* der Ansprüche vor. Vgl. auch JENNY, N210, der davon ausgeht, dass bei einer Klage von Gläubigern und Aktionären im Konkurs letztere aufgrund einer allfälligen Einrede oder Einwendung nicht zulasten der Konkursmasse am Prozessbetroffnis partizipieren.

führe.¹⁰³⁹ In einem neueren Entscheid hält es hingegen mit Verweis auf die ältere (und teilweise identische) Rechtsprechung fest, dass die Löschung einer sich in Liquidation befindenden Gesellschaft aus dem Handelsregister zum Untergang der Rechtspersönlichkeit führe.¹⁰⁴⁰

521 Auch in der Lehre sind sowohl Vertreter der konstitutiven Wirkung¹⁰⁴¹ als auch der deklaratorischen Wirkung¹⁰⁴² der Löschung aus dem Handelsregister zu finden.

522 M.E. kann die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister konstitutive, teilweise aber auch bloss deklaratorische Wirkung haben. Die Löschung aus dem Handelsregister ist zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Vielmehr muss auch die Liquidation der Gesellschaft beendet sein, damit die Rechtspersönlichkeit mit der Löschung aus dem Handelsregister erlischt.¹⁰⁴³ Solange Aktiven der Gesellschaft vorhanden sind, bleibt die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bestehen.¹⁰⁴⁴

523 Dafür spricht, dass der Gesetzgeber die rein konstitutive Wirkung der Löschung anders als bei der Gründung der Gesellschaft gemäss Art. 643 Abs. 1 und 2 OR nicht gesetzlich verankert hat.¹⁰⁴⁵ Anders als bei der konstitutiven Wirkung erübrigt sich ausserdem die Frage, welches rechtliche Schicksal die verbliebenen Aktiven nach der Löschung der Gesellschaft widerfährt.¹⁰⁴⁶

524 Hinsichtlich der Klage der Gläubiger gemäss Art. 757 Abs. 2 und 3 OR konnte das Bundesgericht lange Zeit offen lassen, ob der Abschluss des Kon-

¹⁰³⁹ Urteil des BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2 mit Verweis auf BGE 132 III 731, E. 3.1 (= Pra 96 [2007] Nr. 81) und BGE 117 III 39, E. 3b).

¹⁰⁴⁰ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3 mit Verweis auf BGE 132 III 731, 733, E. 3.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 81); Urteil des BGer 5A_65/2008 vom 15. Dezember 2008, E. 2.1; Urteil des BGer 4A_188/2008 vom 9. September 2008, E. 4.4.

¹⁰⁴¹ LORANDI, AJP 2018, 727 f. m.w.H.; CHK-BENEDICK, Art. 746 OR, N 5; SCHUMACHER, Anwaltsrevue 2015, 120; VISCHER, GesKR 2015, 259 ff. m.w.H.; BILEK/VON DER CRONE, SZW 2007, 82 f.; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 285.

¹⁰⁴² CR CO II-AMSTUTZ/WIPRÄCHTIGER, Art. 913, N 44; CR CO II-RAYROUX, Art. 746, N 2 und N 6; BSK OR II-STÄUBLI, Art. 746, N 1; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14, N 72; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56, N 152; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 739 aOR, N 3 und Art. 746 aOR, N 6 ff.; vgl. die Hinweise bei LORANDI, AJP 2018, 728, FN 34 sowie JUNG, recht 2013, 88, FN 86.

¹⁰⁴³ JUNG, recht 2013, 90; vgl. Urteil des BGer 2C_408/2012 vom 25. September 2012, E. 3.1; BGE 132 III 731, 733, E. 3.1 (= Pra 96 [2007] Nr. 81); BGE 117 III 39, 41 f., E. 3b).

¹⁰⁴⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14, N 72; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56, N 152; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 746 aOR, N 7.

¹⁰⁴⁵ JUNG, recht 2013, 86.

¹⁰⁴⁶ Eine Übersicht über die verschiedenen Theorien bei VISCHER, GesKR 2015, 260 f.

kursverfahrens und die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister zum *Verlust der Aktivlegitimation* der Gläubiger führen.¹⁰⁴⁷

Zunächst ist zu klären, ob die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft für die Durchsetzung des indirekten Schadens überhaupt von Bedeutung ist. Der Raschein-Praxis zufolge wird der Gesellschaftsanspruch durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst. Es könnte folglich argumentiert werden, dass die Gläubigergesamtheit Rechtsträgerin des Anspruchs und dessen Durchsetzung vom Bestand der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft unabhängig ist. Schliesslich sollen dadurch nur noch Einreden und Einwendungen zugelassen werden, die sich gegen die Gläubigergesamtheit richten.¹⁰⁴⁸ 525

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid jedoch festgehalten, dass der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit nicht in der Rechtszuständigkeit der Gläubigergesamtheit, sondern in derjenigen der Gemeinschaftnerin stehe.¹⁰⁴⁹ Demnach ist auch betreffend die Durchsetzung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche auf die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft abzustellen. 526

In demselben Entscheid hat das Bundesgericht ausserdem festgestellt, dass die Löschung einer sich in Liquidation befindenden Gesellschaft aus dem Handelsregister zum Untergang der Rechtspersönlichkeit führe und folglich der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs fehle.¹⁰⁵⁰ Dem Gesellschaftsgläubiger, der den Anspruch gestützt auf Art. 757 OR als Prozessstandschafter geltend macht, mangle es deshalb an der Aktivlegitimation, womit dessen Klage als unbegründet abzuweisen sei.¹⁰⁵¹ Die Geltendmachung des Gesellschaftschadens setze somit die Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister voraus.¹⁰⁵² 527

Wie vorne bereits beschrieben, hat die Löschung der Gesellschaft m.E. keinen Einfluss auf die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft. Nach hier vertrete- 528

¹⁰⁴⁷ Urteil des BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2 in fine; vgl. jedoch Urteil des HGer SG HG.2011.15 vom 10. Mai 2011.

¹⁰⁴⁸ Zum Ganzen vgl. vorne N 452 ff.

¹⁰⁴⁹ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3.

¹⁰⁵⁰ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3; zustimmend LORANDI, AJP 2018, 728 f.; vgl. auch Urteil des HGer SG HG.2011.15 vom 10. Mai 2011, wonach die Klage eines Gläubigers mangels Abtretung abgewiesen wurde (a.a.O., E. II. 2.), wobei die Gesellschaft bereits aus dem Handelsregister gelöscht worden war (a.a.O., E. I. 1. in fine).

¹⁰⁵¹ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3; vgl. LORANDI, AJP 2018, 728 f., wonach auf die Klage mangels Prozessführungsbefugnis nicht einzutreten sei.

¹⁰⁵² Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.1.3 und 2.3; BGE 110 II 396, 397, E. 2; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 29.

ner Ansicht und entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind deshalb die klagenden Aktionäre und Gläubiger zur Klage gemäss Art. 757 Abs. 2 OR aktivlegitimiert, auch wenn die Gesellschaft bereits aus dem Handelsregister gelöscht wurde.

e) Wirkungen von Entscheidung und Vergleich

529 Da das Gericht über den eingeklagten Anspruch der Gläubigersamtheit nur einheitlich entscheiden kann,¹⁰⁵³ erstreckt sich die materielle Rechtskraft eines von den Abtretungsgläubigern erstrittenen Entscheids nach hier vertretener Auffassung auf alle übrigen Gläubiger bzw. die Gläubigersamtheit und die Aktionäre.¹⁰⁵⁴

530 Als Ausfluss der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft bindet ein von einem oder mehreren Abtretungsgläubigern abgeschlossener, aussergerichtlicher Vergleich nur die Vertragsparteien.¹⁰⁵⁵ Da ein gerichtlicher Vergleich gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO in den Wirkungen einem rechtskräftigem Entscheid gleichkommt, kann ein derartiger Vergleich nur von sämtlichen Abtretungsgläubigern gemeinsam abgeschlossen werden. Die Konkursverwaltung kann nach hier vertretener Ansicht die Gültigkeit eines Vergleichs nicht (auch nicht durch expliziten Vorbehalt) von ihrer Zustimmung abhängig machen. Andernfalls könnten die Abtretungsgläubiger zur Weiterführung der Klage gezwungen werden.¹⁰⁵⁶

D. Sachlegitimation der Aktionäre

1. Direkter Schaden

531 Der direkt geschädigte Aktionär kann seinen Schaden im Konkurs unter denselben Voraussetzungen geltend machen wie der Gläubiger.¹⁰⁵⁷ Die vorne gemachten Ausführungen gelten somit im Grundsatz auch für den direkten Schaden der Aktionäre.¹⁰⁵⁸ Nebst den Tatbeständen der unerlaubten Handlung und der culpa in contrahendo kann bzw. muss sich der Aktionär auf die Verletzung einer aus-

¹⁰⁵³ BGE 136 III 534, 535, E. 2.1; BGE 121 III 488, 494, E. 2e).

¹⁰⁵⁴ REITER, 198; a.A. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 47; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 29.

¹⁰⁵⁵ Vorne N 502. Nach Ansicht von LEUENBERGER, 204, müsse der Vergleichsbetrag jedoch allen Abtretungsgläubigern gemeinsam zur Verfügung stehen.

¹⁰⁵⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 467c; offengelassen in BGE 102 III 29, 31; a.A. REITER, 198; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 756 aOR, N 16; SCHIESS, 219 f.

¹⁰⁵⁷ BGE 131 III 306, 311, E. 3.1.2; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 18; JENNY, N 221.

¹⁰⁵⁸ Vorne N 472 ff.

schliesslich den Aktionär schützenden Norm stützen, um seinen direkten Schaden auch im Konkurs geltend machen zu können.¹⁰⁵⁹

2. Indirekter Schaden

Nach dem Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR sind die Aktionäre berechtigt, nach dem Verzicht der Konkursverwaltung die Ansprüche aus dem Schaden der Gesellschaft geltend zu machen.¹⁰⁶⁰ Der Aktionär klagt als eine Art Prozessstandschafter für die Gläubigergesamtheit.¹⁰⁶¹ Subsidiär zu den klagenden Gläubigern nehmen die klagenden Aktionäre gemäss Art. 757 Abs. 2 OR ausserdem am Prozessergebnis im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil. Im Übrigen gelten die vorne gemachten Ausführungen bei den Gläubigern sinngemäss.¹⁰⁶²

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Klage eines Aktionärs aus indirektem Schaden nach Konkurseröffnung nicht mehr denkbar.¹⁰⁶³ Es erscheint tatsächlich ungewöhnlich, dass ein Aktionär Ansprüche geltend machen kann und damit einen Teil seines Risikokapitals zurückerhält, bevor sämtliche Gläubiger befriedigt sind.¹⁰⁶⁴ Nach hier vertretener Auffassung ist jedoch – mit Verweis auf den expliziten Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR – die Klage des Aktionärs subsidiär zur Klage der Konkursverwaltung zuzulassen.¹⁰⁶⁵ Gemäss BÖCKLI und SCHIESS steht den Aktionären die Klage *doppelt subsidiär* offen, also erst wenn auch kein Gläubiger Klage einreicht.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁵⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754, N 18. Zu den exklusiven Aktionärsschutzbestimmungen vorne N 491 f.

¹⁰⁶⁰ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 15; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 340.

¹⁰⁶¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 22; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 15; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 340. Betreffend die Gesellschaftsgläubiger vgl. Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4, nicht publ. in BGE 136 III 107 (in einer Art Prozessstandschaft); BGE 136 III 148, 149, E. 2.3 (= Pra 99 [2010] Nr. 114); BGE 132 III 564, 570, E. 3.2.2 (= Pra 96 [2007] Nr. 57). A.A. wohl Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3, wonach die Rechtszuständigkeit bei der konkursiten Gesellschaft verbleibe, so dass der Aktionär als Prozessstandschafter für die Gesellschaft klagen müsse.

¹⁰⁶² Vorne N 497 ff.

¹⁰⁶³ BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee) mit Verweis auf RASCHEIN, 361 f. Im Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.3 nicht publ. in BGE 136 III 107, hält das BGer hingegen fest, dass auch Aktionäre zur Klage nach Art. 757 Abs. 1 und 2 OR befugt sein können.

¹⁰⁶⁴ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 252; RASCHEIN, 361.

¹⁰⁶⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 25; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 21 f.; ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 98 f.

¹⁰⁶⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348b; SCHIESS, 121 f.

534 Eine Abtretung nach Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG ist für Aktionäre ausgeschlossen.¹⁰⁶⁷

E. Theorie der Doppelnatur und Theorie der Prozessstandschaft

535 Neben der bundesgerichtlichen Ablösungstheorie, welche mittlerweile von der h.L. als geltendes Richterrecht qualifiziert wird, sind in der Lehre zwei weitere Theorien zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage im Konkurs der Gesellschaft zu finden, auf welche im Folgenden näher einzugehen ist.

1. Theorie der Doppelnatur

a) Vorbemerkungen

536 Die Theorie der Doppelnatur entspricht im Wesentlichen der Theorie des materiellen Forderungsrechts ausserhalb des Konkurses.¹⁰⁶⁸ Dies bedeutet, dass zwischen dem Anspruch der Gesellschaft und den Ansprüchen der Gläubiger und der Aktionäre zu unterscheiden ist.¹⁰⁶⁹ Den Aktionären und Gläubigern kommen im Konkurs der Gesellschaft eigene materielle Ansprüche zu und nicht bloss die Prozessführungsbefugnis für den Anspruch der Gesellschaft. Die Ansprüche gehen grundsätzlich auf Leistung an die Konkursmasse. Vor Einführung der Raschein-Praxis hatte auch das Bundesgericht diese Theorie mit noch zunehmend gefestigter Rechtsprechung vertreten.¹⁰⁷⁰

b) Prozessführungsbefugnis

537 Gemäss Art. 757 Abs. 2 OR steht es primär der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger geltend zu machen. Es geht dabei um den der Gesellschaft verursachten Schaden, also den indirekten Schaden der Aktionäre und Gläubiger und deren Ansprüche. Der Konkursverwaltung kommt die Prozessführungsbefugnis über die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger zu.¹⁰⁷¹ Sie tritt als deren Prozessstandschafterin auf. Die Klage der Konkursverwaltung kann sich somit auf eine doppelte Grundlage stützen, zum einen auf den Anspruch der Gesellschaft und zum anderen auf die einzelnen Ansprüche

¹⁰⁶⁷ VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 251; LUTERBACHER, Schadenminderungspflicht, N 340; SCHIESS, 123; a.A. offenbar ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 98.

¹⁰⁶⁸ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 7. Zur Theorie des materiellen Forderungsrechts vorne N 426 ff.

¹⁰⁶⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 8; RAUBER, 159.

¹⁰⁷⁰ BGE 113 II 277, 278 f., E. 3; BGE 111 II 182, 183, E. 3a); BGE 93 III 59, 63 f., E. 1.b); BGE 86 III 154, 160 f., E. 3; RAUBER, 160 m.w.H.

¹⁰⁷¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 11; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 8; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 52; MEIER-WEHRLI, 99 f.

der Gläubiger und Aktionäre.¹⁰⁷² Die Konkursverwaltung kann den Anspruch der Gesellschaft und die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger nebeneinander und gleichzeitig geltend machen.¹⁰⁷³

Verzichtet die Konkursverwaltung gemäss Art. 757 Abs. 2 OR auf die Geltendmachung der Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich ihrer eigenen Ansprüche kommt damit wieder den Aktionären und Gläubigern zu.¹⁰⁷⁴ Der Verantwortliche kann den Ansprüchen der klagenden Aktionäre und Gläubiger lediglich Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche ihm diesen gegenüber persönlich zustehen. Anders als bei der Theorie des materiellen Forderungsrechts ausserhalb des Konkurses verleiht Art. 757 Abs. 2 OR den klagenden Aktionären und Gläubigern ein Vorabbefriedigungsrecht, d.h. sie können Leistung an sich selbst verlangen.¹⁰⁷⁵ Rechtskräftig kollozierte Gläubiger können sich zusätzlich den Anspruch der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG abtreten lassen. Eine Abtretung nach Art. 757 Abs. 2 OR an einen Gläubiger kann (neben den Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG) nur seine eigenen Ansprüche betreffen, nicht auch diejenigen anderer Gläubiger oder Aktionäre.¹⁰⁷⁶ Die Klage der Abtretungsgläubiger stützt sich somit ebenfalls auf eine doppelte Rechtsgrundlage.¹⁰⁷⁷

c) Schaden

Umstritten ist, ob die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger auf den gesamten ersatzfähigen Schaden der Gesellschaft lauten oder sich auf die quotalen Anteile beschränken. 539

Ausserhalb des Konkurses herrscht im Rahmen der Theorie des materiellen Forderungsrechts weitgehend Einigkeit darüber, dass der Aktionär den gesamten Schaden der Gesellschaft geltend machen kann.¹⁰⁷⁸ KUNZ vertritt hingegen 540

¹⁰⁷² BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 8; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 53, insb. FN 140.

¹⁰⁷³ BGE 86 III 154, 161, E. 3: «Die gleichzeitige Geltendmachung der dieselbe Leistung betreffenden Ansprüche dieser Einzelberechtigten geschieht also meistens vorsorglicherweise, für den Fall eben, dass dem Anspruch der Gesellschaft, nicht aber auch jenen andern Ansprüchen oder doch einzelnen von ihnen nicht besondere Einreden entgegenstehen.» FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 53, insb. FN 140; SCHIESS, 177.

¹⁰⁷⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 11; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 8; RAUBER, 159 f.

¹⁰⁷⁵ Zur gesetzlichen Verteilordnung vorne N 532 ff.

¹⁰⁷⁶ BGE 86 III 154, 160 ff., E. 3.

¹⁰⁷⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 11; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 8; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 229.

¹⁰⁷⁸ Vorne N 424.

die Ansicht, dass sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurs nur der auf die klagenden Aktionäre und Gläubiger entfallende Anteil am Gesamtschaden geltend gemacht werden kann.¹⁰⁷⁹ Auch FORSTMOSER geht zumindest im Konkurs der Gesellschaft davon aus, dass die Ansprüche auf quotale Befriedigung des Gesamtschadens lauten.¹⁰⁸⁰

541 Das Bundesgericht hat sich in BGE 111 II 182 ausdrücklich für die Geltendmachung des Gesamtschadens durch die Aktionäre und Gläubiger ausgesprochen.¹⁰⁸¹ M.E. ist dem Bundesgericht zu folgen. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass der Schaden der Gesellschaft nur dann vollständig ersetzt werden kann, wenn sämtliche Aktionäre und Gläubiger Klage erheben.¹⁰⁸² Diese Ansicht widerspräche dem Gesetzeswortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR, wonach ein allfälliger Rest, also nachdem sämtliche klagenden Gläubiger und Aktionäre befriedigt wurden, in die Konkursmasse fällt. Dies ist nur möglich, wenn mehr als der quotaler Anteil der Kläger eingeklagt werden kann. Die Ansprüche der Gläubiger und Aktionäre können somit auf Ersatz des gesamten ersatzfähigen Schadens der Gesellschaft lauten.

542 Aufgrund der Prozesskostenverteilung und des Vorabbefriedigungsrechts nach Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG werden die Aktionäre und Gläubiger jedoch in der Regel nur ihren eigenen Forderungsausfall geltend machen.¹⁰⁸³

d) Einreden und Einwendungen

543 Die Einreden und Einwendungen sind für sämtliche Ansprüche getrennt zu prüfen.¹⁰⁸⁴ So kann bspw. der Entlastungsbeschluss der Gesellschaft und der zustimmenden Aktionäre den Ansprüchen der Gläubiger und der nicht zustimmenden Aktionäre nicht entgegengehalten werden.¹⁰⁸⁵ Infolgedessen sind Einreden und Einwendungen gegen die Klage der Konkursverwaltung nur sehr eingeschränkt zulässig.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁹ KUNZ, Rechtsnatur, 135 ff., insb. 144.

¹⁰⁸⁰ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 235; a.A. RAUBER, 161 f.

¹⁰⁸¹ BGE 113 II 277, 278 f., E. 3; BGE 111 II 182, 182 ff., E. 3; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 9 in fine.

¹⁰⁸² FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 235; vgl. die Kritik bei RAUBER, 169, FN 49, wonach nicht die gesamte Schadenersatzforderung ersetzt werden könne, wenn einzelnen Ansprüchen der Gläubiger Einwendungen entgegenstehen.

¹⁰⁸³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 348a.

¹⁰⁸⁴ Vgl. BGE 111 II 182, 183, E. 3a) in fine: «Ce sont là des actions distinctes, soumises chacune à des règles et à des conditions propres.» JENNY, N 160; RAUBER, 168.

¹⁰⁸⁵ Vgl. BGE 111 II 182, 183 f., E. 3b) und c) betreffend Einwilligung der Gesellschaft.

¹⁰⁸⁶ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 53.

Wie bereits bei der Theorie des materiellen Forderungsrechts dargestellt, 544
müssen m.E. Einwendungen betreffend die Erfüllung des Gesellschaftsan-
spruchs gegenüber sämtlichen Aktionären und im Konkurs auch gegenüber den
Gläubigern zulässig sein.¹⁰⁸⁷

M.E. muss namentlich die Einwendung der Verrechnung mit Forderungen ge- 545
genüber der Gesellschaft zulässig sein.¹⁰⁸⁸ Es mag unbillig erscheinen, dass dem
Verantwortlichen aus der Tatsache, dass er schadenersatzpflichtig wird, im Kon-
kurs der Gesellschaft ein *windfall profit* zukommt. Er muss sich nicht wie andere
Konkursgläubiger mit einer allfälligen Konkursdividende zufriedengeben, son-
dern kann seine Forderung bis zum Betrag der von ihm geschuldeten Schaden-
ersatzforderung verrechnen. Allerdings kommen dem Verantwortlichen dadurch
nicht mehr Rechte zu als den übrigen Konkursgläubigern. Diese können die Ver-
rechnung unter denselben Voraussetzungen erklären wie der Verantwortliche.

Der Ausschluss der Verrechnung wäre ein gesetzlich nicht vorgesehener 546
Eingriff in die Rechte des Verantwortlichen, welcher ihn gegenüber den übrigen
Konkursgläubigern schlechter stellen würde. Dem Ausschluss der Verrechnung
liegt zudem der Gedanke zugrunde, dass der Verantwortliche implizit für den
Konkurs der Gesellschaft verantwortlich sei. Dadurch wird dessen *Schuld am
Konkurs* der Gesellschaft präjudiziert.

Aus den genannten Gründen ist die Verrechnung durch den Verantwort- 547
lichen m.E., sofern die Voraussetzungen gegeben sind, mit Wirkung gegenüber
der Gesellschaft als auch gegenüber den Aktionären und Gläubigern zuzulassen.

e) Wirkungen von Rechtshängigkeit sowie Entscheid und Vergleich

Da die Prozessführungsbefugnisse hinsichtlich der Ansprüche der Aktionäre 548
und Gläubiger primär der Konkursmasse zustehen, sind parallele Klagen der
Aktionäre oder Gläubiger mangels Prozessführungsbefugnis und damit auch
fehlender Aktivlegitimation abzuweisen.

Der von der Konkursverwaltung erstrittene Sachentscheid bewirkt *res iudi-* 549
cata gegenüber sämtlichen Gläubigern und Aktionären.¹⁰⁸⁹

Betreffend die Wirkungen eines von der Konkursverwaltung abgeschlosse- 550
nen Vergleichs gelten die vorne im Rahmen der Ablösungstheorie gemachten
Ausführungen sinngemäss.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁷ Vorne N 432.

¹⁰⁸⁸ Vorne N 433 ff.

¹⁰⁸⁹ RAUBER, 169. In diesem Sinne wohl auch FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 488
i.V.m. N 45; ferner SCHIESS, 170, wonach eine Klageabweisung jedoch nur gegenüber
den Gläubigern wirke, sofern alle Einzelansprüche geltend gemacht wurden. Die Abwei-
sung wirke ausserdem nicht gegenüber den Aktionären.

¹⁰⁹⁰ Vorne N 469 ff.

2. Theorie der Prozessstandschaft

- 551 Die Theorie der Prozessstandschaft *im Konkurs* entspricht im Wesentlichen der Theorie der Prozessstandschaft *ausserhalb des Konkurses*.¹⁰⁹¹
- 552 Dieser Theorie zufolge bestehen keine materiellen Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger, sondern lediglich der Anspruch der Gesellschaft.¹⁰⁹² Gemäss Art. 757 Abs. 2 OR steht es primär der Konkursverwaltung zu, den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen. Verzichtet diese auf die Geltendmachung, können sowohl Aktionäre als auch Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft geltend machen. Sie erhalten dazu die Prozessführungsbefugnis und treten als Prozessstandschafter für die Konkursmasse auf.
- 553 Diese Theorie führt dazu, dass der Klage eines Gläubigers oder eines Aktionärs grundsätzlich sämtliche Einreden und Einwendungen entgegengehalten werden können, die dem Verantwortlichen auch gegenüber der Gesellschaft zustehen.¹⁰⁹³ Dies gilt insbesondere für die Einwilligung durch die Gesellschaft. Aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts in Art. 758 Abs. 1 OR kann die Entlastung den nicht zustimmenden oder in Unkenntnis des Beschlusses Aktien erwerbenden Aktionären nicht entgegengehalten werden. Ebenso entfaltet der Entlastungsbeschluss gegenüber den Gläubigern gemäss h.L. keine Wirkungen.¹⁰⁹⁴ Des Weiteren sind persönliche Einreden und Einwendungen gegenüber den klagenden Aktionären oder Gläubigern grundsätzlich nicht zuzulassen.¹⁰⁹⁵
- 554 Zum Verhältnis zwischen Art. 757 Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG gelten die vorne gemachten Ausführungen,¹⁰⁹⁶ wobei allerdings der Anspruch der Gesellschaft nicht vom einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit abgelöst wird.
- 555 Die Klageanhebung durch die Konkursverwaltung, die Abtretungsgläubiger und/oder Aktionäre bewirkt gegenüber den übrigen Prozessführungsbefugten

¹⁰⁹¹ Zur Theorie der Prozessstandschaft ausserhalb des Konkurses vorne N 438 ff. Allgemein zur Prozessstandschaft vorne N 348 ff.

¹⁰⁹² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 12; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 10; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 180 und 183.

¹⁰⁹³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 12; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 11; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 68; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 185.

¹⁰⁹⁴ Vorne N 74 ff.

¹⁰⁹⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 757, N 12; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 11; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 68; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 184 f.

¹⁰⁹⁶ Vorne N 498 ff.

Rechtshängigkeit.¹⁰⁹⁷ Folglich bewirkt auch ein allfälliger Gerichtsentscheid *res iudicata* gegenüber allen anderen Prozessführungsbefugten und der Gesellschaft als Rechtsträgerin.¹⁰⁹⁸ Bezüglich eines von der Konkursverwaltung abgeschlossenen Vergleichs gelten die vorne gemachten Ausführungen bei der Ablösungstheorie.¹⁰⁹⁹ Ein von einem oder mehreren Abtretungsgläubigern abgeschlossener, aussergerichtlicher Vergleich bindet nur die Vertragsparteien.¹¹⁰⁰ Da ein gerichtlicher Vergleich gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO in den Wirkungen einem rechtskräftigem Entscheid gleichkommt, kann ein derartiger Vergleich nur von sämtlichen Abtretungsgläubigern gemeinsam abgeschlossen werden.

¹⁰⁹⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 65; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 332 f.; **a.A.** BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 29; JENNY, N 926.

¹⁰⁹⁸ Vgl. LÖTSCHER, N 1125; JENNY, N 926; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 227a und N 466; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 66 und 71 f.; GORDON-VRBA, 153 (implizite Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft); **a.A.** BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 29.

¹⁰⁹⁹ Vorne N 469 ff.

¹¹⁰⁰ Vorne N 502.

§ 10 Kritik an der geltenden Rechtsordnung und den übrigen Theorien

I. Vorbemerkungen

- 556 Die in § 9 beschriebenen Theorien zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage weisen diverse Ungereimtheiten auf. Im Folgenden werden die Kritik der Doktrin sowie weitere Probleme der einzelnen Theorien aufgezeigt (II.). Im Anschluss folgt die Zusammenfassung der wichtigsten Problembereiche (III.), welche als Grundlage für die im 4. Teil zu untersuchenden Lösungsvorschläge dient.
- 557 Zur Vereinfachung werden im Folgenden die Theorie des materiellen Forderungsrechts und der Doppelnatur als eine einheitliche Theorie zusammengefasst. Selbiges gilt für die beiden Theorien zur Prozessstandschaft. Die bundesgerichtliche Ablösungstheorie im Konkurs wird hingegen als eigenständige Theorie separat gewürdigt, wobei auf die Raschein- und Biber-Praxis einzeln eingegangen wird.

II. Würdigung der einzelnen Theorien zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage

A. Würdigung der Bundesgerichtspraxis

- 558 Die Würdigung der Bundesgerichtspraxis orientiert sich am derzeitigen Stand der Praxis. Mangels Relevanz wird die Kritik betreffend die aufgegebenen Ansichten des Bundesgerichts nicht beschrieben.

1. Kritik der Lehre an der Raschein-Praxis

- 559 Das Bundesgericht hat sich mit Einführung der Raschein-Praxis von seiner bisherigen Rechtsprechung abrupt distanziert. Die Praxisänderung erfolgte ausserdem ohne Berücksichtigung der erst kurz zuvor in Kraft getretenen Gesetzesrevision. Infolgedessen ist die Raschein-Praxis in der Lehre anfänglich auf heftige Kritik gestossen.¹¹⁰¹ Die Kritik im Einzelnen:

a) Fehlende gesetzliche Grundlage

- 560 Die Raschein-Praxis widerspreche dem Gesetzestext, welche die Verschiedenheit der Klage aus dem Schaden der Gesellschaft und aus dem Schaden der Gläubiger voraussetzt.¹¹⁰² Die Klage der Gläubiger sei dogmatisch vom An-

¹¹⁰¹ Vgl. die Übersichten zur Kritik in der Lehre bei JENNY, N 169, insb. FN 621; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 289 ff. und BÖCKLI, Hürdenlauf, 34 f.; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 157 f.

¹¹⁰² BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 290; BÖCKLI, Hürdenlauf, 34 je m.w.H.; vgl. auch ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 97; kritisch GRAF, GesKR 2012, 383.

spruch der Gesellschaft abgeleitet, da der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem verantwortlichen Organ und der Gesellschaft bestehe.¹¹⁰³ Bereits vor der Aktienrechtsrevision von 1991 ging das Gesetz von der doppelten Grundlage aus. Dies habe sich mit der Revision von 1991 nicht geändert.¹¹⁰⁴

b) Ausweitung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung

Der Konkurs erhalte durch die Raschein-Praxis institutsfremde Wirkungen.¹¹⁰⁵ 561 Die konkursrechtliche Gleichbehandlung der Gläubiger betreffe ausschliesslich die Konkursgläubiger und nicht die Gläubiger der Verantwortlichen.¹¹⁰⁶ Für eine Erweiterung der Gleichbehandlung der Gläubiger bräuchte es eine gesetzliche Grundlage.¹¹⁰⁷ Des Weiteren sei das Vermögen der Verantwortlichen nicht Teil des Konkursverfahrens der Gesellschaft.¹¹⁰⁸

c) Beschränkte Wirkung

Die Raschein-Praxis habe nur geringfügige Auswirkungen auf die Einrede- 562 ordnung. Die persönlichen Einreden gegen die klagenden Aktionäre oder Gläubiger seien auch bei der Theorie der Prozessstandschaft ausgeschlossen. Im Übrigen gelte die Entlastungseinrede nur gegenüber der Gesellschaft und den zustimmenden Aktionären.¹¹⁰⁹

Gemäss BÄRTSCHI werde weder die Rechtsnatur noch die Einredenlage 563 durch die Konkursöffnung verändert. Es handle sich weiterhin um das materielle Recht der konkursiten Gesellschaft, deren Geltendmachung im Konkurs modifiziert werde. Bei der Gläubigergesamtheit handle es sich um ein Konstrukt, das sich weder auf das Gesetz noch eine einleuchtende Begründung stützen lasse.¹¹¹⁰

d) Dogmatische Probleme der Gläubigergesamtheit

Das Bundesgericht vertritt die Ablösungstheorie, wonach der einheitliche 564 Anspruch der Gläubigergesamtheit¹¹¹¹ den Anspruch der Gesellschaft im Konkurs ablöst. Wie vorne gezeigt, liegt dieser Theorie der Gedanke zugrunde, eine

¹¹⁰³ Vgl. die Hinweise bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 292.

¹¹⁰⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 293 m.w.H.; BÖCKLI, Hürdenlauf, 35.

¹¹⁰⁵ GRAF, GesKR 2012, 383; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 65, FN 367.

¹¹⁰⁶ JENNY, N 225.

¹¹⁰⁷ JENNY, N 225; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 14.

¹¹⁰⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 14.

¹¹⁰⁹ Zum Ganzen VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 68 f.

¹¹¹⁰ Zum Ganzen BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 157 f.

¹¹¹¹ Zum Begriff der Gläubigergesamtheit vorne N 457 ff.

Einredeordnung zu schaffen, welche von der Gesellschaft, aber auch von den einzelnen Gläubigern und Aktionären unabhängig ist.

565 Das Bundesgericht hatte ausdrücklich festgehalten, dass: «[...] für einen Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft [...] im Konkurs [...] kein Raum mehr [bleibt.]»,¹¹¹² was dahingehend verstanden werden konnte bzw. musste, dass nicht mehr die Gesellschaft, sondern die Gläubigergesamtheit Rechtsträgerin des Verantwortlichkeitsanspruchs ist. Von der Lehre und Rechtsprechung wurde infolgedessen auch vertreten, dass der Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG als Prozessstandschafter *für die Gläubigergesamtheit* handelt,¹¹¹³ was ebenfalls darauf hinweist, dass die Gläubigergesamtheit die Rechtsträgerin des Anspruchs sein sollte. Die Einreden und Einwendungen richten sich in der Folge nicht mehr gegen die Gesellschaft als Rechtsträgerin, sondern müssen sich gegen die Gläubigergesamtheit richten.

566 Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Lehre die Rechtsfähigkeit der Gläubigergesamtheit bezweifelt, zumal die Rechtsfähigkeit nur natürlichen und juristischen Personen zukommt.¹¹¹⁴

567 In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht ausserdem festgehalten, dass der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit in der Rechtszuständigkeit der Gemeinschuldnerin steht und nicht in derjenigen der Gläubigergesamtheit.¹¹¹⁵ Dadurch, dass der Gläubigergesamtheit die Rechtszuständigkeit abgesprochen wird, entzieht das Bundesgericht m.E. der gewünschten Einredeordnung die Grundlage. Die blosse Prozessführungsbefugnis in Bezug auf den Anspruch der Gemeinschuldnerin und die Prozessfähigkeit der Gläubigergesamtheit reichen m.E. nämlich nicht aus, um die vom Bundesgericht gewünschte Einredeordnung zu begründen. Die Gläubigergesamtheit wird damit zu einem blossen Begriff, dem (abgesehen von der Einredeordnung) keine weitere Bedeutung zukommt, weshalb der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit m.E. auf einer schwachen dogmatischen Grundlage basiert.

2. Kritik der Lehre an der Biber-Praxis

568 Wie bei der Raschein-Praxis wurde auch die durch den X. Corporation-Entscheid eingeführte und durch die Biber-Praxis abgelöste Klagebeschränkung der Aktionäre und Gläubiger stark kritisiert.¹¹¹⁶ Die Kritik im Einzelnen:

¹¹¹² BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee).

¹¹¹³ Urteil des BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4 in fine, nicht publ. in BGE 136 III 107; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 22.

¹¹¹⁴ Vgl. Art. 11 und Art. 53 ZGB; JENNY, N 178 m.w.H.

¹¹¹⁵ Urteil des BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017, E. 2.3.

¹¹¹⁶ Eine Übersicht zur Kritik in der Lehre bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 322 ff.

a) *Fehlende gesetzliche Grundlage*

Für die Biber-Praxis fehle es sowohl an einer gesetzlichen Grundlage als auch an einer echten Gesetzeslücke.¹¹¹⁷ Die Biber-Praxis sei demnach mit dem Gesetzestext unvereinbar. Im Ergebnis überspanne das Bundesgericht damit seine Kompetenzen oder reize sie zumindest in extremis aus.¹¹¹⁸ 569

Diesem Argument entgegnet BÖCKLI, dass die Biber-Praxis als Ergänzung zur Raschein-Doktrin in der Praxis handhabbare Lösungen für eine ganze Reihe von Problemen bringe, die im Gesetz völlig unregelt oder als solche gar nicht erkannt wurden.¹¹¹⁹ Dies werde auch dadurch bestätigt, als die derzeitige Aktienrechtsrevision keine Alternative zur etablierten Bundesgerichtspraxis bringe.¹¹²⁰ 570

b) *Kein Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat*

Der Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat habe nicht die vom Bundesgericht angenommene Bedeutung.¹¹²¹ Schliesslich müsse der direkt geschädigte Gläubiger die Konkursdividende abwarten, um seinen direkten Schaden überhaupt beziffern zu können.¹¹²² 571

BÖCKLI entgegnet diesem Argument, der direkt geschädigte Gläubiger klage definitionsgemäss den *bei ihm selbst* entstandenen Schaden ein.¹¹²³ Dies trifft jedoch nur beim direkt geschädigten Altgläubiger zu, weil dieser denselben Anspruch sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen den Verantwortlichen geltend machen kann. Insofern braucht er nicht die Konkursdividende abzuwarten, um seinen Schaden zu beziffern. 572

Der direkt geschädigte Neugläubiger hingegen, dessen Schaden in der Differenz zwischen seiner Konkursdividende und dem Nennwert seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft liegt,¹¹²⁴ muss im Rahmen der Schadensberechnung die Konkursdividende abwarten, um seinen Schaden beziffern zu können. Insofern kann der direkt geschädigte Neugläubiger nicht vorzeitig auf das Haftungssubstrat zugreifen. 573

¹¹¹⁷ ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation, 97; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 14 f.; vgl. BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 274.

¹¹¹⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 12 in fine.

¹¹¹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 327a.

¹¹²⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 327a.

¹¹²¹ JENNY, N 225.

¹¹²² JENNY, N 225 m.w.H.

¹¹²³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 325, FN 789.

¹¹²⁴ Vorne N 194 in fine.

574 Dem angeblichen Wettlauf wird ausserdem entgegengehalten, dass die Konkursverwaltung jederzeit, also auch unmittelbar nach der Konkursöffnung, den Verzicht auf ihr Klagerecht erklären könne.¹¹²⁵ Denkbar wäre auch, dass die erste Gläubigerversammlung die Konkursverwaltung ermächtigt, die Gesellschaftsklage nach Art. 757 OR zu erheben, um den direkt geschädigten Gläubigern zuvorzukommen.¹¹²⁶

c) Beschränkte Wirkungen

575 Da die meisten Neugläubiger ihren Anspruch aus direkter Schädigung zusätzlich auf eine unerlaubte Handlung oder den Tatbestand der culpa in contrahendo stützen können und/oder die Gesellschaft nicht ebenfalls geschädigt ist, habe die Beschränkung der Klagebefugnis nur geringe Wirkung.¹¹²⁷

d) Uneinheitliche Anforderungen an die Widerrechtlichkeit

576 Die Beschränkung der Aktivlegitimation der Gläubiger im Konkurs werde durch die modifizierte Schutzzwecktheorie im Rahmen der Widerrechtlichkeit erreicht. Die Widerrechtlichkeit werde dadurch im und ausserhalb des Konkurses unterschiedlich definiert. Auch dafür fehle die gesetzliche Grundlage.¹¹²⁸ Dem kann jedoch m.E. entgegengehalten werden, dass die Beschränkung der Aktivlegitimation die Entstehung und den Bestand des Gläubigeranspruchs nicht berührt, sondern lediglich dessen Durchsetzung im Konkurs einschränkt.¹¹²⁹

e) Uneinbringlichkeit als Prämisse

577 Kritisiert wird des Weiteren, dass es unüblich sei, eine Regelung deshalb zu treffen, weil dem Verantwortlichen das Geld ausgehen könnte.¹¹³⁰ Die Annahme, das Haftungssubstrat reiche im Falle eines Wettlaufs nicht für die Deckung sämtlicher Forderungen, verkennt wirtschaftliche Tatsachen. Schliesslich werden die präsumtiv Verantwortlichen zunehmend durch Versicherungen finanziell entlastet.

f) Umverteilung der Schadenersatzleistung

578 Die Einschränkung der Prozessführungsbefugnis im Rahmen der Biber-Praxis kann dazu führen, dass es zu Umverteilungen der Schadenersatzleistung

¹¹²⁵ JENNY, N 225.

¹¹²⁶ Zum Ganzen JENNY, N 225, insb. FN 831.

¹¹²⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 327.

¹¹²⁸ Zum Ganzen JENNY, N 226 m.w.H.

¹¹²⁹ Vorne N 478 ff., insb. N 482 f.

¹¹³⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 324 in fine.

kommt, womit zwangsläufig eine Entreicherung der direkt geschädigten Gläubiger und eine Bereicherung der übrigen Konkursgläubiger einhergeht.

(1) Ausgangslage

Um festzustellen, ob eine Umverteilung der Schadenersatzleistung stattfindet, sind die einzelnen Fallkonstellationen mit der Ausgangslage zu vergleichen, d.h. wenn keine zusätzliche Schädigung eines Dritten stattgefunden hätte. 579

(2) Identische Forderungen

Problematisch wird es zum einen, wenn der Dritte aufgrund der Zurechnung des schädigenden Verhaltens auch eine Forderung gegenüber der Gesellschaft erwirbt und diese im Konkurs der Gesellschaft rechtskräftig kollektiert wurde. Aus der direkten Schädigung des Dritten entsteht auch der Gesellschaft ein (identischer) Schaden, dessen Ersatz sie in der Regel gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen kann. 580

Macht die Konkursverwaltung die zusätzliche Forderung erfolgreich geltend, werden die übrigen Gläubiger dadurch bereichert. Ihre Konkursdividende erhöht sich, wohingegen der direkt Geschädigte benachteiligt wird. Er kann seinen verbleibenden Schaden nicht geltend machen, andernfalls läge eine ungerechtfertigte Doppelzahlung seitens des Verantwortlichen vor. 581

Macht die Konkursverwaltung den Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft nicht geltend oder unterliegt sie im Prozess, reduziert sich die Konkursdividende der übrigen Gläubiger gegenüber der Ausgangslage ohne Schädigung. Sie tragen einen Teil des Schadens des direkt geschädigten Gläubigers mit. Der direkt geschädigte Gläubiger kann jedoch seinen verbleibenden direkten Schaden nach Abschluss des Konkursverfahrens beim Verantwortlichen geltend machen. Der direkt Geschädigte ist damit vollständig befriedigt. Der Verantwortliche ist bevorteilt, indem er den Schaden nur teilweise ersetzen musste. 582

(3) Nicht identische Forderungen

Zum anderen kann es problematisch werden, wenn der Gesellschaft bereits eine andere bzw. mit dem direkten Gläubigerschaden nicht identische Forderung gegenüber dem Verantwortlichen zusteht, welche in Konkurrenz zur Forderung des Dritten tritt. 583

Es stellt sich dann die Frage, ob das Haftungssubstrat des Verantwortlichen zur Befriedigung des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit ausreicht, nachdem die Forderung des direkt geschädigten Dritten bereits bezahlt wurde. Ist das Haftungssubstrat nicht ausreichend, kann es tatsächlich zu einem Ausfall für die übrigen Konkursgläubiger kommen. Um dieses Risiko zu um- 584

gehen, hat das Bundesgericht die Klagebefugnis des direkt geschädigten Gläubigers eingeschränkt, so dass dieser nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen gegen den Verantwortlichen direkt vorgehen kann.¹¹³¹

585 Macht hingegen der direkt geschädigte Dritte seine Forderung gegenüber dem Verantwortlichen nicht geltend, sondern lediglich gegenüber der Gesellschaft, steht es der Konkursverwaltung frei, den Schaden der Gesellschaft geltend zu machen. Selbst wenn das Haftungssubstrat beschränkt sein sollte, liegt keine Konkurrenzsituation zwischen den Ansprüchen vor.

(4) Fazit

586 Die genannten Fallkonstellationen zeigen, dass die Einschränkung der Prozessführungsbefugnis gemäss Biber-Praxis einzig bei konkurrenzierenden Forderungen die gewünschten Wirkungen entfaltet, und auch nur, soweit das Haftungssubstrat tatsächlich beschränkt ist.¹¹³² Die übrigen Konkursgläubiger werden dadurch vor einer Benachteiligung gegenüber dem direkt geschädigten Dritten bewahrt. Der direkt geschädigte Dritte kann seine Forderung infolge der Einschränkung seiner Prozessführungsbefugnis im Konkurs nicht geltend machen. Er muss seine Forderung kollozieren und kann nur noch durch die Verteilung im Konkurs Schadenersatz erhalten.

587 Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass die Biber-Praxis auch im Idealfall zu einer Bereicherung der übrigen Gläubiger führen kann. Es ist möglich, dass der Konkursmasse durch die zusätzliche Forderung gegenüber dem Verantwortlichen mehr Verwertungssubstrat zugeführt werden kann als ohne die zusätzliche Schädigung des Dritten.¹¹³³

588 Die Biber-Praxis führt somit nur in engen Grenzen bzw. in seltenen Konstellationen zu einem gerechtfertigten Ergebnis.¹¹³⁴ Namentlich müssen folgende Prämissen gegeben sein:

- 589 i. Die Konkursverwaltung darf nicht auf die Forderung gegenüber dem Verantwortlichen verzichten, sondern muss diese geltend machen;
- 590 ii. Die Forderung muss durch die Konkursverwaltung erfolgreich geltend gemacht werden;
- 591 iii. Das Haftungssubstrat des Verantwortlichen muss beschränkt sein;
- 592 iv. Die Forderung muss jedoch zumindest teilweise einbringlich sein;

¹¹³¹ Dazu vorne N 464 f. und N 473 ff.

¹¹³² Vorne N 584.

¹¹³³ Dazu auch sogleich hinten N 595.

¹¹³⁴ Vgl. BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 274, welche der Bundesgerichtspraxis zustimmen, jedoch feststellen, dass es nur in seltenen Konstellationen zur realen Gefahr einer Konkurrenz um das Haftungssubstrat kommt.

v. Der direkt Geschädigte muss seine Forderung gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen. 593

Ist eine dieser Annahmen nicht gegeben, kann es zu einer Umverteilung des Schadenersatzes oder zusätzlichem Schaden für sämtliche Gläubiger führen. Schliesslich gibt es zahlreiche Gründe, weshalb eine Voraussetzung nicht gegeben sein kann. So kann es der Konkursverwaltung mangels finanzieller Mittel verunmöglicht sein, die Forderung geltend zu machen.¹¹³⁵ Macht sie die Forderung geltend, tragen die Konkursgläubiger das zusätzliche Risiko im Falle des Unterliegens. Gleiches gilt für die Einbringlichkeit bzw. Vollstreckbarkeit der Forderung. Letztlich kann sich auch der direkt geschädigte Dritte freiwillig mit einer allfälligen Konkursdividende zufriedengeben und davon absehen, seine Forderung gegenüber dem Verantwortlichen geltend zu machen, zumal er die Prozessrisiken alleine tragen muss. 594

Liegen hingegen sämtliche Voraussetzung vor und kann die Konkursverwaltung die Forderung erfolgreich geltend machen, kann dies zu einer Erhöhung der Konkursdividende führen. Ist das Haftungssubstrat nicht beschränkt, kann die Konkursdividende nochmals höher ausfallen. Durch die Schädigung des Dritten werden die übrigen Konkursgläubiger im Vergleich zur Ausgangslage also bereichert. Es liesse sich argumentieren, dass dieses Ergebnis aufgrund der Partizipation des direkt Geschädigten an der Konkursmasse und durch die Übernahme des Prozessrisikos durch die Konkursgläubiger gerechtfertigt sei. M.E. ist jedoch dem Grundsatz zu folgen, wonach direkte Schäden direkt zu ersetzen sind und nicht indirekt. Andernfalls käme es zu einer Erweiterung der Gläubigergleichbehandlung sowie zu einer faktischen Ausweitung der Konkursmasse auf das Vermögen des Verantwortlichen. 595

3. Befürwortende Stimmen in der Lehre

Trotz aller anfänglicher Kritik¹¹³⁶ hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Doktrin in der Zwischenzeit viele Anhänger gefunden.¹¹³⁷ So wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts als geltendes Richterrecht anerkannt und als *pragmatisches Ganzes* begrüsst.¹¹³⁸ Die Bundesgerichtspraxis verhindere den Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat und schränke damit die Pro- 596

¹¹³⁵ HARTMANN, SZW 2006, 322.

¹¹³⁶ Vgl. vorne N 559 ff. und N 568 ff.

¹¹³⁷ Vgl. die Hinweise bei BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 274, FN 43; JENNY, N 170, FN 626; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 293b und N 346.

¹¹³⁸ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757, N 12; CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 5; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 249; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 280; vgl. BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 274.

zesshäufung ein.¹¹³⁹ Ausserdem fördere sie die vergleichsweise Streiterledigung.¹¹⁴⁰ Es fehle im Übrigen an einem anderen, ebenso brauchbaren Lösungsansatz.¹¹⁴¹

4. Würdigung

- 597 M.E. ist der Kritik der Lehre grundsätzlich zuzustimmen. Sowohl der Raschein als auch der Biber-Praxis fehlt es m.E. an der gesetzlichen Grundlage. Allerdings ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgrund ihrer langjährigen Anwendung als geltendes Richterrecht anzuerkennen. Ausserdem liegt in der Loslösung vom Gesetzeswortlaut ein grosser Vorteil dieser Praxis. Durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit legt das Bundesgericht die Grundlage, um die Einredeordnung nach eigenem Ermessen neu zu regeln.
- 598 Zuzustimmen ist auch der Kritik betreffend die Ausweitung der konkursrechtlichen Gläubigergleichbehandlung sowie hinsichtlich der beschränkten Wirkung auf die Einredeordnung im Vergleich zur Theorie der Doppelnatur.
- 599 Schwer wiegt m.E. auch der Umstand, dass die Biber-Praxis nur dann zum gewünschten Ergebnis führt, sofern eine ganze Reihe spezifischer Anforderungen erfüllt sind. Selbst bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen kommt es zu einer Umverteilung des Schadenersatzes zuungunsten des direkt geschädigten Gläubigers bzw. zugunsten der übrigen Konkursgläubiger.

B. Würdigung der Theorie der Prozesstandschaft

- 600 Die Theorie der Prozesstandschaft erweist sich hinsichtlich der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft als vorteilhaft. Es existiert lediglich der Anspruch der Gesellschaft, über den nur einheitlich und grundsätzlich nur ein einziges Mal zu entscheiden ist. Art. 756 f. OR regeln folglich ausschliesslich die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft. Im Unterschied zur Theorie des materiellen Forderungsrechts kann es somit nicht zur Klagenhäufung und widersprüchlichen Entscheiden kommen. Sie kann sich m.E. auch auf eine bessere dogmatische Grundlage stellen als die Ablösungstheorie.
- 601 Der Prozesstandschaftler muss den gesamten Schaden der Gesellschaft geltend machen, um vollständigen Ersatz seines indirekten Schadens zu erhalten. Damit hat er aber auch die entsprechenden Verfahrenskosten vorzuschliessen und trägt das Kostenrisiko im Falle des Unterliegens grundsätzlich alleine.

¹¹³⁹ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 8; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 295 und N 344; BÖCKLI, Hürdenlauf, 35.

¹¹⁴⁰ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 757 OR, N 8; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 296 und N 344; BÖCKLI, Hürdenlauf, 35.

¹¹⁴¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 327a.

Die mit der Prozessstandschaft verbundene Rechtskrafterstreckung auf die übrigen prozessführungsbefugten Personen kann dazu führen, dass diese an einen Entscheid gebunden sind, welcher sich auf einen mangelhaft geführten Prozess stützt. Dieses Risiko wird jedoch infolge des Prozesskostenrisikos relativiert. 602

Die Theorie der Prozessstandschaft führt zu dogmatischen Problemen mit den Wirkungen der Entlastung nach Art. 758 OR. Die Entlastung führt gemäss h.L. und Rechtsprechung zum Untergang des Anspruchs. Das Weiterbestehen einer Prozessführungsbefugnis gemäss Art. 758 Abs. 2 OR wäre damit sinnlos. Dieses Problem liesse sich durch die Annahme lösen, dass die Entlastung einen Klageverzicht darstellt, welche den Bestand des Anspruchs unberührt lässt.¹¹⁴² 603

Der Prozessstandschafter muss sich Einreden und Einwendungen gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten lassen, von welchen er u.U. keine Kenntnis hat, und deren Bestreitung sich im Prozess mangels unzureichender Informationslage als schwierig erweisen kann.¹¹⁴³ Gläubiger der Gesellschaft haben zudem keine Einflussmöglichkeit auf die Einredesituation der Gesellschaft. Gläubiger, welche den Anspruch der Gesellschaft im Konkurs gemäss Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen, müssen sich jedoch u.U. Einreden und Einwendungen gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten lassen. 604

C. Würdigung der Theorie des materiellen Forderungsrechts/Theorie der Doppelnatur

Die Theorie des materiellen Forderungsrechts bzw. der Doppelnatur erweist sich m.E. hinsichtlich der Einredeordnung als vorteilhaft. Neben dem Anspruch der Gesellschaft kommen den Aktionären und im Konkurs der Gesellschaft auch den Gläubigern eigene materielle Ansprüche zu, welchen grundsätzlich nur persönliche Einreden und Einwendungen entgegengehalten werden können.¹¹⁴⁴ Anders als bei der Theorie der Prozessstandschaft regeln Art. 756 f. OR nicht nur die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft, sondern auch über die materiellen Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger. Aufgrund der strikten Trennung der materiellen Ansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und im Konkurs auch der Gläubiger können sich Einreden und Einwendungen kaum negativ auf die übrigen Anspruchsberechtigten auswirken. 605

Die in Art. 758 Abs. 1 OR geregelte Wirkung des Entlastungsbeschlusses lässt sich im Gegensatz zu den anderen Theorien dogmatisch ohne Probleme mit dieser Theorie vereinbaren. 606

¹¹⁴² Vorne N 82 f.

¹¹⁴³ HANDSCHIN, 248.

¹¹⁴⁴ Vgl. vorne N 429 ff. sowie N 543 ff.

- 607 Als nachteilig erweist sich, dass die Ansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger in separaten Verfahren und an unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden können bzw. müssen. Damit besteht das Risiko, dass widersprüchliche Entscheide ergehen.¹¹⁴⁵
- 608 Nach hier vertretener Auffassung können die Aktionäre und Gläubiger den gesamten Schadenersatz fordern und nicht bloss ihren Anteil. Dementsprechend tragen die klagenden Aktionäre und Gläubiger das erhöhte Prozesskostenrisiko, was sich prohibitiv auf die Klagebereitschaft auswirken kann.

III. Zusammenfassung der Problembereiche

- 609 Die Beschreibung der Theorien und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage hat diverse Probleme offengelegt. Im Hinblick auf die im 4. Teil zu beurteilenden Lösungsansätze de lege ferenda sind die Hauptprobleme im Folgenden zusammenzufassen.

A. Kosten

- 610 Ausserhalb des Konkurses stehen nur die Theorie des materiellen Forderungsrechts und der Prozessstandschaft zur Verfügung. Beiden ist gemein, dass der Aktionär den gesamten ersatzfähigen Schaden der Gesellschaft einklagen muss, um vollständigen Schadenersatz zu erhalten. Damit geht das Risiko einher, im Falle des Unterliegens erhebliche Prozesskosten alleine tragen zu müssen.
- 611 Zwar stünde es dem Aktionär offen, zunächst nur eine echte Teilklage nach Art. 86 ZPO anzuheben. Um vollen Schadenersatz zu erhalten, muss der Aktionär allerdings im Anschluss an die Teilklage den restlichen Schadenersatz einklagen und dafür i.d.R. den entsprechenden Kostenvorschuss leisten. Des Weiteren muss der klagende Aktionär u.U. mit einer negativen Feststellungswiderklage rechnen, womit sämtliche Kostenrisiken im Falle des Unterliegens wieder akut werden.¹¹⁴⁶ Vorteilhaft erscheint einzig, dass der Beklagte und Widerkläger den Kostenvorschuss für den Streitwert, der dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses entspricht, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll, leisten muss.¹¹⁴⁷
- 612 Bis vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO war es gemäss Art. 756 Abs. 2 OR 1991 möglich, dass der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen waren, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesell-

¹¹⁴⁵ Vgl. RAUBER, 170.

¹¹⁴⁶ Zur Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage im Rahmen der Prozessstandschaft vorne N 371 ff., insb. N 377.

¹¹⁴⁷ DASSER/ROTH, 291 f. m.w.H.

schaft verteilen konnte, sofern der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zu Klage hatte. Eine gleichlautende Regelung wurde nicht in die ZPO übernommen.

Nach geltendem Recht kann das Gericht der am Verfahren nicht als Partei beteiligten Gesellschaft keine Kosten auferlegen, was zwischenzeitlich auch durch das Bundesgericht bestätigt wurde.¹¹⁴⁸ Die Einführung von Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision soll dies wieder möglich machen.¹¹⁴⁹ 613

Allerdings bleibt auch nach Wiedereinführung der Kostenanlastung an die Gesellschaft das Problem bestehen, dass das Gericht beim Entscheid über die Kostenverteilung erhebliches Ermessen zukommt. Infolgedessen muss der klagende Aktionär zum einen dieses Risiko in seine Kosten-Nutzen-Rechnung miteinbeziehen. Zum anderen kann der Aktionär diese Frage nicht vorab klären lassen. Sie wird vielmehr erst am Ende des Gerichtsverfahrens entschieden, falls der Aktionär mit seiner Klage unterliegt.¹¹⁵⁰ 614

Des Weiteren lässt sich die Kostentragung durch die am Verfahren nicht als Partei beteiligte Gesellschaft kaum dogmatisch rechtfertigen. Teilweise wird sie auf die Prozesstandschaft oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgeführt.¹¹⁵¹ Letztlich lässt sich diese Kostenregelung nur pragmatisch begründen. Schliesslich ist es die Gesellschaft, die primär von einer erfolgreichen Aktionärsklage begünstigt würde, deshalb soll sie auch in die Kostentragung einbezogen werden können.¹¹⁵² 615

Im Konkurs der Gesellschaft entschärft sich die Kostenproblematik, da die Aktionäre und Gläubiger infolge ihres Vorabbefriedigungsrechts in der Regel nur ihren anteiligen Schaden einklagen. 616

B. Uneinbringlichkeit der Schadenersatzforderungen?

Das Bundesgericht nimmt explizit die Uneinbringlichkeit infolge Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bzw. den Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat zum Anlass, in die materielle Rechtslage des Verantwortlichkeitsrechts und damit auch in die Rechtsnatur der Klage einzugreifen. Es stellt sich die Frage, ob das Risiko der Uneinbringlichkeit ein Problem darstellt, welches es im Rah- 617

¹¹⁴⁸ Urteil des BGer 4A_420/2015 vom 15. März 2016, E. 3.1; BGE 141 III 426, 427 ff., E. 2.3; Urteil des BGer 4A_91/2015 vom 22. September 2015, E. 8.3.

¹¹⁴⁹ Botschaft 2008, 327 f.

¹¹⁵⁰ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 16; VON DER CRONE/BLOCH, 116; CASUTT, 94; vgl. VOGT, Aktionärsdemokratie, 146 in fine.

¹¹⁵¹ Vgl. die Kritik bei KUNZ, Rechtsnatur, 126 f. m.w.H.; SCHMID, 342 f.; FORSTMOSER, Alter Wein, 19; FORSTMOSER, SZW 1992, 72.

¹¹⁵² KUNZ, Rechtsnatur, 126.

men der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit *de lege ferenda* zu berücksichtigen gilt oder ob das Risiko – wie bei den übrigen Forderungen der Gesellschaft – hinzunehmen ist.

618 Das Bundesgericht geht wohl richtig in der Annahme, dass anders als bei den übrigen Forderungen der Gesellschaft bei Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, insbesondere infolge der Konkursöffnung, eine zeitliche Konkurrenz gegeben sein kann.

619 Allerdings basiert die in diesem Zusammenhang entwickelte Biber-Praxis, wie vorne bereits aufgezeigt,¹¹⁵³ auf diversen Annahmen des Bundesgerichts zur (hypothetischen) Sach- und Rechtslage. Ebenso kann sich das Ergebnis u.U. kontraproduktiv, d.h. zulasten der Konkursgläubiger auswirken.

620 Ob es sich beim Wettlauf um das Haftungssubstrat in der Praxis um ein derart gewichtiges Problem handelt, dass es durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber berichtigt werden muss, erscheint fraglich.¹¹⁵⁴ Zumindest gibt es keine empirischen Hinweise dahingehend, dass die Konkursverwaltungen gehäuft vor dem Problem stünden, die zugesprochenen Schadenersatzansprüche der Gesellschaft nicht erhältlich machen zu können, weil direkt geschädigte Gläubiger bereits das Haftungssubstrat der Verantwortlichen ausgeschöpft hätten. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Haftungssubstrat der Verantwortlichen durch eine allfällige Leistung aus einer Organhaftpflichtversicherung (auch *Directors' and Officers' Liability Insurance* oder *D&O-Versicherung*) entlastet wird.

621 M.E. überwiegen die Nachteile der Umverteilung des Schadenersatzes den Vorteilen einer ausgedehnten Gläubigergleichbehandlung. Der Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat des Verantwortlichen wird deshalb im 4. Teil dieser Arbeit nicht als *Problem* des Verantwortlichkeitsrechts berücksichtigt, weshalb diesbezüglich auch keine Lösungsvorschläge zu untersuchen sind.

C. Einredeordnung

622 Ein grundlegendes Problem der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stellt die Einredeordnung dar, welche aufgrund der verschiedenen Klagparteien zusätzliche Komplexität mit sich bringt.¹¹⁵⁵ Schliesslich können Einreden und Einwen-

¹¹⁵³ Vorne N 588 ff.

¹¹⁵⁴ Gegenteiliger Ansicht sind BUFF/VON DER CRONE, SZW 2015, 271, wonach das limitierte Haftungssubstrat ein *Hauptproblem* und eine *zentrale Herausforderung* der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darstelle.

¹¹⁵⁵ Zur Einredeordnung im Rahmen der Theorie des materiellen Forderungsrechts vorne N 429 ff. sowie N 543 ff. Zur Einredeordnung im Rahmen der Theorie der Prozessstandshaft vorne N 440 ff. sowie N 553. Zur Einredeordnung im Rahmen der Ablösungstheorie vorne N 466 f. und N 511 ff.

dungen, welche der Verantwortliche gegenüber der Gesellschaft geltend machen kann, gegenüber den Aktionären und besonders gegenüber Gläubigern als ungerechtfertigt erscheinen. Notwendig ist somit eine ausgeklügelte Einredeordnung, welche den einzelnen Klagparteien, aber auch den Verantwortlichen gerecht wird.

D. Mehrfache Klagen und widersprüchliche Entscheide

Im Rahmen der Theorie des materiellen Forderungsrechts steht jedem Aktionär 623 ein eigener Schadenersatzanspruch zu, welcher unabhängig von den Ansprüchen der übrigen Aktionäre und der Gesellschaft besteht. Dementsprechend kann jeder Aktionär seinen Anspruch unabhängig geltend machen, was dazu führen kann, dass mehrere Prozesse zur gleichen Zeit an unterschiedlichen Gerichten hängig sind und widersprüchliche Entscheide ergehen können.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁶ Dazu vorne N 436 f.

§ 11 Auslegung der Rechtsnatur

I. Vorbemerkungen

624 Im Folgenden wird die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage durch Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen untersucht. Im Vordergrund stehen Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 Abs. 1 und 2 OR. Separat zu den üblichen Auslegungsmethoden (II.-VI.) werden vergleichbare Klagen, welche Ähnlichkeiten zur Verantwortlichkeitsklage aufweisen, auf Hinweise untersucht, die Aufschluss über die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage liefern könnten (VII.). Im Anschluss folgt die Stellungnahme (VIII.)

II. Auslegungsmethodik

625 Die Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen.¹¹⁵⁷

626 In der Lehre wird die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage als Einheit betrachtet.¹¹⁵⁸ Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich Art. 756 OR auf die aufrechtstehende Gesellschaft bezieht, währenddessen Art. 757 OR nur im Konkurs der Gesellschaft zur Anwendung gelangt. Daraus ergeben sich bereits fundamentale Unterschiede in der Durchsetzung des Verantwortlichkeitsanspruchs und in den durch die Verantwortlichkeitsklage zu erfüllenden Funktionen. JENNY weist darauf hin, dass durch die Verwendung des Begriffs *auch*¹¹⁵⁹ in Art. 757 Abs. 1 OR, womit auf Art. 756 Abs. 1 OR Bezug genommen wird, der Gesetzgeber ein einheitliches Konzept der Geltendmachung des Gesellschafts-

¹¹⁵⁷ Zum Ganzen statt vieler BGE 143 IV 122, 125, E. 3.2.3 m.w.H.

¹¹⁵⁸ Anders KNOBLOCH, 168 ff., welcher sich ausserhalb des Konkurses der Theorie des materiellen Forderungsrechts, im Konkurs jedoch der Ablösungstheorie anschliesst.

¹¹⁵⁹ Art. 757 Abs. 1 OR: «Im Konkurs [...] sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, [...]»

schadens beabsichtigte, unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft ausserhalb des Konkurses oder im Konkurs befindet.¹¹⁶⁰ Obwohl ein einheitliches Konzept durchaus wünschenswert wäre, ist jedoch zumindest denkbar, dass sich die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage ausserhalb des Konkurses von derjenigen im Konkurs unterscheidet.

III. Grammatikalische Auslegung

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen.¹¹⁶¹ 627

Nach Art. 756 Abs. 1 OR geht der *Anspruch des Aktionärs* auf Leistung an die Gesellschaft. Nach Art. 757 Abs. 1 OR steht es der Konkursverwaltung zu, die *Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern* geltend zu machen. Die Verwendung des Genitivs bringt ganz klar zum Ausdruck, dass die genannten Ansprüche den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern und nicht der Gesellschaft zukommen.¹¹⁶² Die Verwendung der Begriffe *Anspruch* bzw. *Ansprüche* weist ausserdem auf eine Forderung aus eigenem Recht hin und weniger auf eine blossе Prozessführungsbefugnis.¹¹⁶³ Die französische Fassung spricht in Art. 756 Abs. 1 OR von *droit d'inteter l'action*,¹¹⁶⁴ in Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR von *les droits des actionnaires et des créanciers sociaux*. Die italienische Fassung spricht in Art. 756 Abs. 1 OR von *La domanda di questi ultimi*, in Art. 757 Abs. 1 OR von *le pretese degli azionisti e dei creditori della società*. Diese Formulierungen lassen ebenfalls eher auf eine Forderung aus eigenem Recht schliessen. 628

Auch die Randtitel *I. Ansprüche ausser Konkurs* und *II. Ansprüche im Konkurs* sprechen eher für einen materiellen Anspruch als für eine Prozessführungsbefugnis. Der Plural weist nämlich darauf hin, dass es neben dem Anspruch der Gesellschaft weitere materielle Ansprüche gibt. Wäre es dem Gesetzgeber lediglich um die Durchsetzung des Anspruchs der Gesellschaft gegangen, hätte sich der Singular als treffender erwiesen. Allerdings lässt sich auch hier argumentieren, dass mit Ansprüchen die Prozessführungsbefugnisse gemeint sein könnten. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die beiden Randtitel unter altem Recht 629

¹¹⁶⁰ JENNY, N 173.

¹¹⁶¹ BGE 131 III 314, 315, E. 2.2; BGE 127 III 318, 322, E. 2b); BGE 124 III 266, 268, E. 4.

¹¹⁶² KUNZ, Rechtsnatur, 95.

¹¹⁶³ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 65; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 48.

¹¹⁶⁴ Dies wird von CORBOZ/AUBRY GIRARDIN als Argument für die Theorie der Prozessstandschaft angeführt: CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 15 und Art. 757, N 16.

dem Haupttrandtitel *B. Geltendmachung des mittelbaren Schadens* standen, was eher auf die Prozessführungsbefugnis hinweist.

630 Für eine Prozessstandschaft spricht die Wendung in Art. 756 Abs. 1 OR, wonach die Aktionäre berechtigt sind: «[...] den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen.»¹¹⁶⁵

631 Bei der Entlastung wird in Art. 758 Abs. 2 OR festgehalten, dass das *Klage-recht* der Aktionäre nach sechs Monaten erlischt. Der Begriff weist eher auf eine Prozessführungsbefugnis hin. Was jedoch unter dem Begriff *Klagerecht* tatsächlich zu verstehen ist, hängt von der Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses ab. Je nach Auffassung führt die Entlastung dazu, dass der Anspruch untergeht oder nicht mehr durchgesetzt werden kann.¹¹⁶⁶ Entsprechend ist unter Klagerecht ein materieller Anspruch oder eine Prozessführungsbefugnis zu verstehen. Alleine aus der Verwendung des Begriffs *Klagerecht* lässt sich somit m.E. kein Rückschluss auf die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage ziehen.¹¹⁶⁷

IV. Historische Auslegung

632 Nach Abschluss der letzten Aktienrechtsrevision ist der Gesetzestext zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, wie er heute besteht, am 1. Juli 1992 in Kraft getreten.

633 KUNZ kommt mit seiner ausführlichen historischen Untersuchung sowohl nach altem Recht als auch nach geltenden Recht zum Schluss, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, den Aktionären und Gläubigern einen eigenen materiellen Anspruch zu gewähren.¹¹⁶⁸ Tatsächlich ist der Botschaft zu Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR deutlich zu entnehmen: «Dabei wird klargestellt, dass Aktionäre und Gläubiger aus eigenem Recht handeln.»¹¹⁶⁹ Dem Nationalrat ging es offenbar um die *Festschreibung der Gerichtspraxis über die Verantwortlichkeitsklage*, also darum, die *bewährte Praxis* in das Gesetz zu überführen, welche damals zunehmend zur Theorie des materiellen Forderungsrechts bzw. der Doppelnatur tendierte.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 47, insb. FN 23.

¹¹⁶⁶ Zur Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses vorne N 81 ff. Zur Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses im Rahmen der systematischen Auslegung hinten N 636.

¹¹⁶⁷ Zur Bedeutung der Entlastung im Rahmen der systematischen Auslegung sogleich hinten N 636.

¹¹⁶⁸ KUNZ, Rechtsnatur, 92 ff. sowie zum aOR a.a.O., 59 ff.

¹¹⁶⁹ Botschaft 1983, 937.

¹¹⁷⁰ Vorne N 536.

Im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision wird hingegen das fehlende Eingreifen des Gesetzgebers als dessen Einverständnis zur Raschein-Praxis aufgefasst.¹¹⁷¹ 634

V. Systematische Auslegung

Die Anspruchsgrundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage werden unter *A. Haftung* in Art. 752–755 OR geregelt. Die für die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage (der Aktionäre und Gläubiger) bedeutenden Bestimmungen Art. 756 f. OR sind unter *B. Schaden der Gesellschaft* geregelt, wobei es bei diesen Bestimmungen hauptsächlich um die Durchsetzung der Ansprüche geht.¹¹⁷² Dies spricht eher dafür, dass den Aktionären und Gläubigern kein eigener materieller Anspruch eingeräumt werden sollte, sondern lediglich eine Prozessführungsbefugnis. 635

M.E. hat die Rechtsnatur des Entlastungsbeschlusses nach Art. 758 OR einen direkten Zusammenhang mit der Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs.¹¹⁷³ Die Entlastung lässt gemäss h.L. und Rechtsprechung die Schadenersatzforderung der Gesellschaft untergehen oder ist als negative Schuldanererkennung aufzufassen.¹¹⁷⁴ Das nach Art. 758 Abs. 2 OR für sechs Monate seit Beschlussfassung weiterbestehende Klagerecht der der Entlastung nicht zustimmenden Aktionäre weist darauf hin, dass den Aktionären materielle Ansprüche zustehen. Schliesslich macht das Weiterbestehen einer Prozessführungsbefugnis wenig Sinn, wenn der zugrunde liegende Anspruch der Gesellschaft durch die Entlastung untergegangen ist. 636

Die in Art. 757 Abs. 2 OR geregelte Verteilordnung ist an Art. 260 SchKG angelehnt. Die Nähe zu Art. 260 SchKG, wo ganz unbestritten von einer Abtretung der Prozessführungsbefugnis ausgegangen wird, weist m.E. auf die Theorie der Prozessstandschaft hin.¹¹⁷⁵ 637

¹¹⁷¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 327a.

¹¹⁷² VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 65.

¹¹⁷³ A.A. CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 14, wonach die Entlastung in Art. 758 explizit geregelt sei, weshalb diesbezüglich der Theorienstreit über die Rechtsnatur des Anspruchs irrelevant sei.

¹¹⁷⁴ Vorne N 81.

¹¹⁷⁵ A.A. KUNZ, Rechtsnatur, 96, wonach die Verteilordnung auf die Individualschutzfunktion hinweise und damit eher gegen ein Prozessführungsrecht spreche.

VI. Teleologische Auslegung

A. Ausserhalb des Konkurses

- 638 Ausserhalb des Konkurses dient die Aktivlegitimation des einzelnen Aktionärs dazu, ihm die Möglichkeit zu geben, einen indirekt erlittenen Schaden geltend zu machen. Grund für diese Berechtigung ist, dass die Organe der geschädigten Gesellschaft eher selten gegen sich selbst oder andere Organe vorgehen werden. Für den einzelnen Aktionär besteht damit das Risiko, auf einem indirekt erlittenen Schaden sitzen zu bleiben. Gleiches gilt jedoch auch für die Gesellschaft selbst. Vor dem Konkurs geht es also darum: «[...] den Bestand des Gesellschaftsvermögens zu sichern und damit die Lebensfähigkeit der Gesellschaft sowie den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten.»¹¹⁷⁶ Zum Ausgleich sieht der Gesetzgeber ein *Individualrecht* der einzelnen Aktionäre zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens vor.¹¹⁷⁷
- 639 Der Zweck der Berechtigung kann sowohl in Form eines materiellen Forderungsrechts jedes einzelnen Aktionärs oder in Form einer Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft erfüllt werden. Fraglich ist, mit welcher Theorie der Sinn und Zweck von Art. 756 OR besser erfüllt wird.
- 640 Für die Theorie der Prozessstandschaft spricht, dass nur Leistung an die Gesellschaft verlangt werden kann.¹¹⁷⁸ Damit folgt das Gesetz dem Grundsatz, wonach indirekte Schäden indirekt zu ersetzen sind.¹¹⁷⁹ Der Gesetzgeber misst dem Kapitalschutz der Gesellschaft somit eine grössere Bedeutung als der Individualschutzfunktion zu. Dagegen spricht, dass ein materieller Anspruch auf Leistung an einen Dritten dem Schweizer Privatrecht nicht unbekannt ist.¹¹⁸⁰
- 641 Bei der Theorie der Prozessstandschaft muss sich der klagende Aktionär als Prozessstandschafter grundsätzlich sämtliche Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen, welche dem Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft zustehen.¹¹⁸¹ Ausgenommen ist gemäss Art. 758 OR der Entlastungsbeschluss. Der Aktionär läuft damit Gefahr, dass die Gesellschaft zwischenzeitlich über den Anspruch verfügt und damit die Geltendmachung durch den Prozessstandschafter verunmöglicht oder zumindest stark erschwert. Dadurch wird die Individualschutzfunktion geschwächt. Auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit

¹¹⁷⁶ BGE 117 II 432, 438, E. 1b/dd). Zur Schadensausgleichsfunktion vorne N 126 ff.

¹¹⁷⁷ Zur Individualschutzfunktion vorne N 131 ff.

¹¹⁷⁸ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 756, N 15.

¹¹⁷⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 23; KUNZ, Rechtsnatur, 141; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 36; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 292; SCHIESS, 40 ff. m.w.H.

¹¹⁸⁰ Zum Vertrag zugunsten Dritter hinten N 688 ff.

¹¹⁸¹ Vorne N 440 ff. sowie N 553.

und die Rechtskrafterstreckung auf die übrigen Prozessführungsbefugten führen zu einer gewissen Einschränkung des Individualschutzes. Der Aktionär kann keinen parallelen Prozess führen, wenn bereits eine Klage hängig ist. Der Aktionär ist ausserdem an den von einem anderen Prozessstandschafter herbeigeführten Entscheid gebunden.

Bei der Theorie des materiellen Forderungsrechts ergeben sich hinsichtlich der Einreideordnung kaum Probleme. Dass der Gesellschaftsschaden in mehreren Verfahren und an verschiedenen Gerichten beurteilt werden kann bzw. muss und die damit einhergehende Gefahr widersprüchlicher Entscheide stehen der Kapital- und Individualschutzfunktion nicht im Wege. Die Koordination der Verfahren ist Sache des Prozessrechts. 642

B. Im Konkurs

Es geht im Konkurs der Gesellschaft nicht mehr darum, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft und den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten, sondern einzig noch darum, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörende Vermögen erhaltlich zu machen.¹¹⁸² M.E. gilt es zu berücksichtigen, dass daraus keine Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger für das Verantwortlichkeitsrecht abgeleitet werden kann. Die konkursrechtliche Gläubigergleichbehandlung beschränkt sich auf Rechtsbehelfe des SchKG, namentlich auf die paulianische Anfechtung.¹¹⁸³ 643

Gemäss Art. 757 Abs. 1 OR sind die Gesellschaftsgläubiger im Konkurs der Gesellschaft ebenfalls berechtigt, den Gesellschaftsschaden geltend zu machen. Sie werden somit von der Individualschutzfunktion umfasst, welche jedoch erst zum Tragen kommt, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs verzichtet hat. Der Eintreibungsfunktion kommt damit (zumindest zeitlicher) Vorrang gegenüber der Individualschutzfunktion zu. 644

Zur Erfüllung dieser Funktionen ist wiederum die Ausgestaltung des Klagerechts als materieller Anspruch der Aktionäre und Gläubiger oder als blosses Prozessführungsbefugnis für den Anspruch der Gesellschaft denkbar. Wie auch ausserhalb des Konkurses ist die Einreideordnung von zentraler Bedeutung. Die Theorie der Doppelnatur erscheint aus denselben Gründen wie die Theorie des materiellen Forderungsrechts ausserhalb des Konkurses als vorteilhafter. Der Klage der Konkursverwaltung, welcher die Prozessführungsbefugnisse für sämtliche Ansprüche zukommt, können kaum Einreden und Einwendungen entgegengehalten werden. 645

¹¹⁸² BGE 117 II 432, 439, E. 1b/ee).

¹¹⁸³ Dazu vorne N 266 ff.

646 Im Konkurs der Gesellschaft stützt das Bundesgericht die Ablösungstheorie ausdrücklich auf den Sinn und Zweck der Regelungen.¹¹⁸⁴ Der grösste Vorteil dieser Theorie liegt darin, dass das Bundesgericht eine neue Einredeordnung schaffen konnte, welche derzeit sämtliche Einreden und Einwendungen ausschliessen soll, welche gegenüber den Gläubigern nicht gerechtfertigt sind, jedoch ohne den Gläubigern mehr Rechte zu verleihen, als die Gesellschaft jemals hatte. Infolgedessen können den Gläubigern grundsätzlich nur diejenigen Einreden und Einwendungen entgegengehalten werden, welche unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben.¹¹⁸⁵

C. Zwischenfazit

647 Die teleologische Auslegung von Art. 756 f. OR kommt m.E. zum Ergebnis, dass die Theorie des materiellen Forderungsrechts ausserhalb des Konkurses dem Sinn und Zweck von Art. 756 OR besser gerecht wird. Im Konkurs der Gesellschaft kommen die Theorie der Doppelnatur und die Ablösungstheorie zu fast identischen Ergebnissen, wobei beide der Theorie der Prozessstandschaft hinsichtlich der Einredeordnung überlegen sind. Die teleologische Auslegung kommt damit gesamthaft zu keinem eindeutigen Ergebnis. Allerdings kann das Bundesgericht nicht erklären, weshalb im Rahmen von Art. 757 OR die Ablösungstheorie zweckmässiger bzw. eine Abkehr von der Theorie der Doppelnatur als notwendig erscheint, zumal letztere besser mit dem Gesetzestext zu vereinbaren ist.

VII. Vergleichbare Klagen des Privatrechts

648 Im Folgenden werden vergleichbare Klagen des Privatrechts auf ihre Rechtsnatur hin untersucht, um gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zu ziehen. Die einzelnen Klagen werden nur insoweit, als es für den Vergleich mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage relevant erscheint, beschrieben.

A. Actio pro socio

1. Allgemeines

649 Die actio pro socio definiert sich als «[...] das Recht jedes Gesellschafters, von Mitgesellschaftern Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft

¹¹⁸⁴ BGE 117 II 432, 437, E. 1b/bb).

¹¹⁸⁵ Vorne N 466 f.

zu verlangen und im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben.»¹¹⁸⁶

Mit der *actio pro socio* kann im Rahmen einer Personengesellschaft jeder Gesellschafter die Beitragspflicht eines anderen Gesellschafters geltend machen.¹¹⁸⁷ Die Klage geht auf Leistung an die Gesellschaft.¹¹⁸⁸ Sie ist nach hier vertretener Auffassung subsidiär zur Gesellschaftsklage.¹¹⁸⁹ Es können ausserdem nur Ansprüche eingeklagt werden, die sich auf Verpflichtungen beziehen, die ihre Grundlage unmittelbar oder mittelbar im Gesellschaftsvertrag haben.¹¹⁹⁰

2. Rechtsnatur

Hinsichtlich der Rechtsnatur der *actio pro socio* stellt sich wie bei der Klage des Aktionärs gemäss Art. 756 Abs. 1 OR die Frage, ob der klagende Gesellschafter ein eigenes Recht oder in Prozessstandschaft das Forderungsrecht der Gesellschaft geltend macht. Diese Frage ist in der Lehre umstritten.¹¹⁹¹

Die Befürworter der Theorie der Prozessstandschaft begründen ihre Ansicht damit, dass sich die Lehre der *actio pro socio* als Verfolgung eines eigenen materiellen Rechts «[...] mit dem Charakter des Gesellschaftsvertrags als eines nicht auf Austausch, sondern auf Begründung einer Zweckgemeinschaft gerichteten Rechtsverhältnisses [...]» nur schwer vertragen.¹¹⁹² «Mit der *actio pro socio*

¹¹⁸⁶ MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 204; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 636; vgl. HARTMANN, *actio pro socio*, 398 m.w.H.

¹¹⁸⁷ BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 531, N 3; CHK-JUNG, Art. 531 OR, N 11; SHK OR-SCHÜTZ, Art. 531, N 19; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N 41; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 177; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 610 und N 630 sowie Art. 531 OR, N 120; HARTMANN, *actio pro socio*, 397 f.; VON STEIGER, SPR VIII/1, 378. Zur Anwendbarkeit der *actio pro socio* im Bereich der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14, N 43; HARTMANN, *actio pro socio*, 400; ferner KUKO OR-LÜCHINGER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 557, N 5 (nur betreffend die Kollektivgesellschaft).

¹¹⁸⁸ BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 531, N 3; SHK OR-SCHÜTZ, Art. 531, N 19; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N 41; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 177; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 636 und Art. 531 OR, N 121; HARTMANN, *actio pro socio*, 398; KRATZ, 20; VON STEIGER, SPR VIII/1, 379.

¹¹⁸⁹ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 181 ff., insb. N 184 ff.; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 641 und Art. 531 OR, N 121; in diesem Sinne wohl auch SHK OR-SCHÜTZ, Art. 531, N 19; vgl. auch MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 210; a.A. HARTMANN, *actio pro socio*, 409 ff.; KRATZ, 22; VON STEIGER, SPR VIII/1, 379 f.

¹¹⁹⁰ MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 204; HARTMANN, *actio pro socio*, 399.

¹¹⁹¹ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 637 m.w.H.

¹¹⁹² MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 208; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 638.

kann der einzelne Gesellschafter somit nur fordern, was der andere Gesellschafter gesellschaftsrechtlich tatsächlich schuldet. Er muss sich daher etwa eine Herabsetzung oder Stundung der Forderung entgegenhalten lassen, wenn eine solche durch einen gültigen Mehrheitsbeschluss beschlossen oder dem Schuldner von einem geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Mitgesellschafter gewährt wurde [...].»¹¹⁹³ Dementsprechend hat die Prozessstandschaft und die entsprechende Formulierung: «[...] im eigenen Namen Klage [...] zu erheben [...]» Eingang in die obgenannte Definition gefunden. Die Theorie der Prozessstandschaft wird in der deutschen Lehre mittlerweile überwiegend vertreten.¹¹⁹⁴

653 Mit der Prozessstandschaft gehen jedoch die bekannten Nachteile einher. Der Prozessstandschafter trägt namentlich das Prozesskostenrisiko und muss damit rechnen, dass die Gesellschaft über ihren Anspruch verfügt und damit der Klage den Boden entzieht.¹¹⁹⁵ Des Weiteren wird im Rahmen der *actio pro socio* die Ansicht vertreten, dass der Prozessstandschafter nicht über den Anspruch prozessual verfügen kann,¹¹⁹⁶ was eine erhebliche Einschränkung der Prozessführung zur Folge hat und m.E. abzulehnen ist.¹¹⁹⁷

654 Die Gegenansicht geht davon aus, dass dem Gesellschafter ein eigenes Recht auf Leistung an die Gesellschaft zusteht.¹¹⁹⁸ Diese Ansicht wird damit begründet, dass der Gesellschafter mit der *actio pro socio* Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag geltend macht, deren Erfüllung sich die Gesellschafter bei Vertragsschluss *wechselseitig zugesagt* haben.¹¹⁹⁹ Diese Ansicht stützt sich also auf den Gedanken, dass die Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags sowohl auf einem schuldrechtlichen als auch einem sozialrechtlichen Element beruht.¹²⁰⁰ Mit der *actio pro socio* macht der Gesellschaft einen Erfüllungsanspruch aus dem zwischen den Gesellschaftern bestehenden schuldvertraglichen Verhältnis geltend.¹²⁰¹ Dogmatisch lässt sich die *actio pro socio* im Übrigen mit dem ech-

¹¹⁹³ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 640, vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, 379.

¹¹⁹⁴ MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 208 m.w.H.

¹¹⁹⁵ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 644. Vgl. auch vorne N 444 sowie N 601 ff.

¹¹⁹⁶ MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 213; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 643.

¹¹⁹⁷ Zur Verfügungsbefugnis im Prozessverhältnis vorne N 356 ff.

¹¹⁹⁸ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 178 f.; HARTMANN, *actio pro socio*, 414 m.w.H.; KRATZ, 20 und 28. Zur älteren deutschen Lehre vgl. MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 207 m.w.H.

¹¹⁹⁹ Vgl. MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 208 m.w.H.

¹²⁰⁰ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 118; HARTMANN, *actio pro socio*, 405; a.A. VON STEIGER, SPR VIII/1, 377 (Vertrag *sui generis*).

¹²⁰¹ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 179. Zur Ausnahme im deutschen Recht vgl. MüKoBGB-SCHÄFER, BGB § 705, N 206, wonach auch ein Anspruch der Gesellschaft gegenüber einem Dritten als Schuldner Gegenstand der *actio pro socio* sein kann.

ten Vertrag zugunsten Dritter vergleichen, welches dem Dritten ebenfalls ein selbständiges Forderungsrecht einräumt.¹²⁰²

3. Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?

Die actio pro socio ist durchaus mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage aus indirektem Schaden vergleichbar. In beiden Fällen stellt sich die Frage, wie die Rechtsnatur der Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu qualifizieren ist. Allerdings weisen die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage und die actio pro socio wesentliche Unterschiede auf. 655

Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit handelt es sich gerade nicht um eine gesellschaftsvertragliche Beitragspflicht eines Gesellschafters, sondern um einen Schadenersatzanspruch gegenüber einem Dritten. Hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs der einzelnen Gesellschafter wird deshalb in der Lehre darauf hingewiesen, dass dieser – im Gegensatz zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage aus indirektem Schaden¹²⁰³ – auf einer vertraglichen Grundlage beruhe.¹²⁰⁴ Diese Begründung schliesst zwar nicht aus, dass sich auch die Verantwortlichkeitsklage aus indirektem Schaden ebenfalls auf ein eigenes Recht des Klägers stützen könnte, allerdings kann die vertragliche Grundlage nicht als Begründung dafür herangezogen werden. 656

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich die Aktionäre und einfachen Gesellschafter wohl auch in ihrer Schutzbedürftigkeit unterscheiden. Während bei der actio pro socio die Untätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter im Vordergrund steht,¹²⁰⁵ ist bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eine allfällige Interessenkollision der Verantwortlichen Hauptgrund für den Schutz der einzelnen Aktionäre.¹²⁰⁶ Besonders wenn es zur Kollusion zwischen den Verantwortlichen und den Mehrheitsaktionären kommt, besteht die Gefahr, dass die Einredeordnung hinsichtlich des Verantwortlichkeitsanspruchs der Gesellschaft 657

¹²⁰² Zum Vertrag zugunsten eines Dritten hinten N 688 ff.

¹²⁰³ Es gilt zu berücksichtigen, dass auch der Gesellschaftsanspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit vertraglicher Rechtsnatur und damit auch die Anspruchsgrundlage der Klage der Aktionäre und Gläubiger aus indirektem Schaden vertraglicher Natur sein können (vorne N 25 ff.). Allerdings besteht die vertragliche Beziehung zwischen der Aktiengesellschaft als juristische Person und dem Verantwortlichen und nicht – wie bei der actio pro socio – zwischen den klagenden Gesellschafter und dem Beitragspflichtigen.

¹²⁰⁴ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 179; vgl. HARTMANN, actio pro socio, 401.

¹²⁰⁵ BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 531, N 3; CHK-JUNG, Art. 531 OR, N 11; SHK OR-SCHÜTZ, Art. 531, N 19; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 OR, N 184 ff., zur Untätigkeit der Liquidatoren a.a.O., N 189 in fine; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR, N 641 f. und Art. 531 OR, N 120 f.; VON STEIGER, SPR VIII/1, 378.

¹²⁰⁶ Vgl. vorne N 638.

zuungunsten der Minderheitsaktionäre beeinflusst wird.¹²⁰⁷ Die Theorie des materiellen Forderungsrechts bietet in dieser Hinsicht zusätzlichen Schutz, indem der Verantwortliche nicht mehr sämtliche Einreden und Einwendungen vorbringen kann.¹²⁰⁸ Fraglich erscheint, ob die einfachen Gesellschafter ebenfalls diesen Schutz bedürfen oder ob die Geltendmachung der Forderung als Prozessstandschafter ausreichend ist.

658 Ausserdem kommt im Konkurs der Gesellschaft auch den Gesellschaftsgläubigern die Befugnis zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens zu. Während bei den Gesellschaftern noch argumentiert werden kann, dass sie sich als Prozessstandschafter die Einreden und Einwendungen gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten lassen müssen, ist dies bei den Gesellschaftsgläubigern kaum zu rechtfertigen, da ihnen der Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft fehlt.

659 Aus dieser ergebnisorientierten Betrachtungsweise liesse sich somit aufgrund der unterschiedlichen Zweckverfolgung eine andere Qualifikation der Rechtsnatur der beiden Klagen rechtfertigen.

660 Aus den genannten Gründen können die Überlegungen zur Rechtsnatur der *actio pro socio m.E.* nicht ohne Weiteres auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage aus indirektem Schaden übertragen werden.

B. Rückerstattungsklage

1. Allgemeines

661 Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Gemäss Abs. 3 steht der Anspruch auf Rückerstattung der Gesellschaft und dem Aktionär zu; dieser klagt auf Leistung an die Gesellschaft.

2. Rechtsnatur

a) Doktrin

662 Bei der Rückerstattungsklage stellt sich ebenfalls die Frage nach der Rechtsnatur der Klage des Aktionärs. Diese Frage ist in der Lehre umstritten, soweit eine Stellungnahme zu entnehmen ist.¹²⁰⁹

¹²⁰⁷ Vgl. auch die Beschränkung der Wirkungen des Entlastungsbeschlusses gemäss Art. 758 OR, welche die nicht zustimmenden Aktionäre schützt.

¹²⁰⁸ Vorne N 429 ff.

¹²⁰⁹ Für eine Prozessstandschaft: MABILLARD, 124 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 187b. Für ein eigenes Recht: KNOBLOCH, 199 f. m.w.H.

MABILLARD spricht sich für die Prozessstandschaft aus und begründet diese Ansicht mit dem Verbot der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR, welches durch die Annahme einer Aktivlegitimation des Aktionärs verletzt würde.¹²¹⁰ Die übermässige Ausschüttung würde damit lediglich von einem Empfänger auf einen anderen übertragen.¹²¹¹ Dies impliziert jedoch, dass der Aktionär Leistung an sich selbst verlangen kann, was bereits durch den Wortlaut von Art. 678 Abs. 3 OR ausgeschlossen ist. Ein materieller Anspruch eines Aktionärs auf *Leistung an die Gesellschaft* verstösst jedoch per definitionem nicht gegen das Verbot der Einlagerückgewähr¹²¹² und ist damit dogmatisch nicht ausgeschlossen.

Nach Ansicht von KNOBLOCH klagt der Aktionär aus einem eigenen Recht. Dies wird damit begründet, dass der Interessenkonflikt der die Gesellschaft vertretenden Organe bei einer Klage gegen sich selbst offensichtlich erheblich sei. Das Ziel des Gesetzgebers, die Wirksamkeit der Rückerstattungsklage zu verbessern, lasse sich durch ein prozessstandschaftliches Klagerecht nicht erreichen.¹²¹³

b) *Hinweise aus der Gesetzgebung*

(1) Botschaft zum geltenden Recht

Die Botschaft zum geltenden Recht spricht hinsichtlich Art. 678 Abs. 3 OR vom *Recht zur Klage* und vom *indirekten Klagerecht*.¹²¹⁴ Zu Art. 757 Abs. 2 OR stellt die Botschaft hingegen klar, «[...] dass Aktionäre und Gläubiger aus eigenem Recht handeln.»¹²¹⁵ Dabei stellt die Botschaft eine direkte Verbindung zwischen der Klage des Aktionärs aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und der Rückerstattungsklage her,¹²¹⁶ was darauf hinweist, dass dem Aktionär auch im Rahmen der Rückerstattungsklage ein materieller Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft zukommen soll.

¹²¹⁰ MABILLARD, 124 f., setzt die Aktivlegitimation mit der Rechtszuständigkeit gleich bzw. definiert die Prozessstandschaft als Auseinanderfallen von Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation.

¹²¹¹ MABILLARD, 124 f.

¹²¹² Zum Verbot der Einlagerückgewähr hinten N 1016 f.

¹²¹³ KNOBLOCH, 199 f. mit Verweis auf die Botschaft 1983, 897.

¹²¹⁴ Botschaft 1983, 897.

¹²¹⁵ Botschaft 1983, 937.

¹²¹⁶ Botschaft 1983, 936: «Hier wie beim Anspruch auf Rückerstattung ungerechtfertigter Gewinnanteile (vgl. Art. 678 Abs. 3) geht der Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft [...]»

(2) Materialien zur laufenden Aktienrechtsrevision

666 Den Materialien zur laufenden Aktienrechtsrevision ist weder eine Stellungnahme zur Rechtsnatur der bereits unter geltendem Recht bestehenden Klageberechtigung der Aktionäre noch zur Rechtsnatur der Klageberechtigung der Gläubiger zu entnehmen.¹²¹⁷

3. Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?

667 Aufgrund der spärlichen Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Rückerstattungsklage des Aktionärs, können keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gezogen werden.

C. Ausgewählte Klagen des FusG

1. Klage auf angemessene Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG

a) Allgemeines

668 Wenn bei einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist, kann jeder Gesellschafter gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusions-, des Spaltungs- oder des Umwandlungsbeschlusses verlangen, dass das Gericht eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt. Nach wohl h.L. handelt es sich dabei um eine Gestaltungsklage.¹²¹⁸ Diese kann jedoch mit einer Leistungsklage kombiniert werden,¹²¹⁹ wobei die Gesellschafter auf Leistung an sich selbst klagen.¹²²⁰

669 Die örtliche Zuständigkeit für sämtliche Klagen, die sich auf das FusG stützen, befindet sich gemäss Art. 42 ZPO am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger.

670 Klagen mehrere Gesellschafter am gleichen Ort, bilden sie eine einfache aktive Streitgenossenschaft.¹²²¹

671 Klagen mehrere Gesellschafter an verschiedenen Orten, muss das später angerufene Gericht die Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, welches in Abweichung von Art. 127 Abs. 1 ZPO keine Kompetenz hat, die Übernahme des Prozesses abzulehnen. Die Wirkung erga omnes gemäss Art. 105

¹²¹⁷ Botschaft 2016, 528 ff.

¹²¹⁸ BSK FusG-DUBS/FREHNER, Art. 105, N 2 m.w.H.; EMCH, 148 f.; a.A. ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 26, wonach es sich um eine Leistungsklage handle.

¹²¹⁹ BSK FusG-DUBS/FREHNER, Art. 105, N 3; EMCH, 149.

¹²²⁰ Vgl. ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 29 und N 33.

¹²²¹ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 50.

Abs. 2 FusG derogiert Art. 127 Abs. 1 ZPO. Damit wird sicherstellt, dass ein einziges Gericht Klagen gemäss Art. 105 FusG beurteilt.¹²²²

b) Rechtshängigkeit und Rechtskraft

Die Rechtshängigkeit kann den Klagen anderer Gesellschafter nicht als Einrede 672 entgegengehalten werden.¹²²³

Gemäss Art. 105 Abs. 2 FusG hat das Urteil Wirkung für alle Gesellschafter 673 des beteiligten Rechtsträgers, sofern sie sich in der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger befinden. Abs. 2 statuiert eine Wirkung erga omnes, wobei es sich um eine bundeszivilprozessuale Vorschrift handelt.¹²²⁴ Damit soll dem Gesellschafter eine einfache und unkomplizierte Grundlage zur Durchsetzung ihrer Ansprüche geschaffen werden.¹²²⁵ Konsequenterweise angewendet würde dies bedeuten, dass auch eine Klageabweisung materielle Rechtskraft gegenüber allen anderen Gesellschaftern herbeiführen würde.¹²²⁶ Einem Teil der Lehre zufolge und nach hier vertretener Ansicht ist dieser Wortlaut jedoch dahingehend zu verstehen, dass die Rechtskraft des Entscheids lediglich im Umfang der Gutheissung der Klage auf die übrigen Gesellschafter erstreckt.¹²²⁷ Hat das Gericht bspw. Kläger X CHF 10 pro Aktie und dem Kläger Y CHF 12 pro Aktie zugesprochen, steht sämtlichen Gesellschaftern, insbesondere auch dem Kläger X, das Recht zu, von der beklagten Gesellschaft CHF 12 pro Aktie zu verlangen.¹²²⁸

c) Kosten

Gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG trägt der übernehmende Rechtsträger die Kosten 674 des Verfahrens. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegen.

Auch bei dieser Bestimmung handelt es sich wie bei Abs. 2 um eine bundes- 675 zivilprozessrechtliche Vorschrift.¹²²⁹ Gemäss Botschaft zum FusG soll diese Regelung es den Gesellschaftern erlauben, eine Klage einzureichen, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken.¹²³⁰

¹²²² Zum Ganzen ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 43.

¹²²³ Vgl. EMCH, 161, wonach Parallelprozesse zulässig seien, jedoch als gegenstandslos abgeschrieben werden, sobald eine Klage gutgeheissen wurde.

¹²²⁴ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 4.

¹²²⁵ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 4.

¹²²⁶ EMCH, 161 f.

¹²²⁷ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 34.

¹²²⁸ So das Bsp. gemäss ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 33.

¹²²⁹ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 35.

¹²³⁰ Botschaft FusG, 4488.

676 Als Streitwert gilt der Betrag, den die beklagte Partei im Fall des Unterliegens sämtlichen Gesellschaftern in der gleichen Rechtsstellung zu bezahlen hätte.¹²³¹

d) Übertragbarkeit auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage?

677 Die Klage nach Art. 105 FusG weist wesentliche Unterschiede zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage auf. Sie ist zwar ebenfalls als Individualrecht ausgestaltet, allerdings lautet sie auf Leistung an die Gesellschafter. Die Rechtsnatur der Klage ist m.E. nicht als Prozessführungsbefugnis, sondern als materieller Anspruch jedes einzelnen Gesellschafters zu qualifizieren. Aufgrund der Verschiedenheit der beiden Klagen, kann der Klage nach Art. 105 FusG keine Hinweise für die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage entnommen werden.

678 Handkehrum sind die gesetzlich statuierte Wirkung erga omnes (Abs. 2) und die Kostenverteilung (Abs. 3) interessante Lösungsansätze, welche hinten im Rahmen einer möglichen Ausgestaltung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage de lege ferenda zu berücksichtigen sind.¹²³²

2. Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG

679 Die fusionsrechtliche Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG entspricht in weiten Teilen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage. Aufgrund des Verweises in Abs. 3 auf Art. 756 f. und Art. 759 f. OR ergibt sich hinsichtlich der Rechtsnatur der Klage dieselbe Problematik. Infolgedessen rezipiert die Lehre jedoch lediglich die bundesgerichtliche Ansicht, wonach ausserhalb des Konkurses die Theorie der Prozessstandschaft und im Konkurs der Gesellschaft die Ablösungstheorie zur Anwendung gelangt.¹²³³

D. Ausgewählte Klagen des KAG

1. Rückerstattungsklage gemäss Art. 85 KAG

680 Werden der offenen kollektiven Kapitalanlage widerrechtlich Vermögensrechte entzogen oder Vermögensvorteile vorenthalten, so können die Anleger nach Art. 85 KAG auf Leistung an die offene kollektive Kapitalanlage klagen. Inhalt der Klage ist somit die Rückzahlung der widerrechtlich entzogenen Vermögens-

¹²³¹ ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 55.

¹²³² Zur Rechtskrafterstreckung hinten N 779 ff. Zur Übertragung der Kosten auf die Gesellschaft hinten N 743 ff.

¹²³³ BSK FusG-MAURENBRECHER/WALLER, Art. 108, N 22; ZK FusG-MARTINI, Art. 108, N 24 f.; EMCH, 257 ff.

rechte oder die Auslieferung der unrechtmässig vorenthaltenen Vermögensvorteile sowie der Ersatz des verursachten Schadens. Ein widerrechtlicher Entzug kann bspw. durch Veruntreuung von Fondsvermögen, unerlaubte Entgegennahme von Vermögensvorteilen oder Bezahlung unerlaubter Kommissionen an die Fondsleitung bzw. an die SICAV begründet werden.¹²³⁴

Gemäss Art. 86 Abs. 1 KAG kann jeder Anleger dem Gericht die Ernennung eines Vertreters beantragen, wenn er einen Anspruch auf Leistung an die offene kollektive Kapitalanlage glaubhaft macht.¹²³⁵ Der Anlegervertreter hat gemäss Abs. 3 dieselben Rechte wie die Anleger. Klagt der Anlegervertreter auf Leistung an die offene kollektive Kapitalanlage, können die Anleger nach Abs. 4 ihre Klagerechte nicht mehr ausüben. Die Kosten des Anlegervertreters gehen gemäss Abs. 5 zulasten des Fondsvermögens, sofern sie nicht durch das Urteil anders verteilt werden. Die Gründe für die Möglichkeit der Anleger, einen Vertreter bestimmen zu lassen, liegen zum einen in der fehlenden Übersicht über die Tätigkeit der Fondsleitung bzw. der SICAV, was die gehörige Ausübung der Anlegerrechte im Einzelfall erschwert. Zum anderen können die Kosten des Prozesses in einem Missverhältnis zum Anteil am Erlös der einzelnen Anleger stehen.¹²³⁶

Betreffend die Rechtsnatur der Rückerstattungsklage lassen sich aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 85 f. KAG kaum Hinweise entnehmen. Die Lehre differenziert nach der Form der kollektiven Kapitalanlage.¹²³⁷ Bei einer Klage aus einem vertraglichen Anlagefonds gegen die Fondsleitung macht der Anleger die Erfüllung vertraglicher Ansprüche geltend und stützt sich somit auf einen eigenen materiellen Anspruch.¹²³⁸ Klagt hingegen ein Aktionär einer SICAV, so wird hinsichtlich der Rechtsnatur der Klage auf die umstrittene Lehre im Aktienrecht verwiesen.¹²³⁹

2. Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 145 KAG

Wer Pflichten verletzt, haftet gemäss Art. 145 Abs. 1 KAG der Gesellschaft, den einzelnen Anlegern sowie den Gesellschaftsgläubigern für den daraus entstandenen Schaden. Das Gesetz umschreibt den Kreis der potentiell verantwortlichen Personen, wobei es in Abs. 4 für die Verantwortlichkeit der Organe der Fondsleitung, der SICAV und SICAF auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft verweist.

¹²³⁴ Zum Ganzen BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 85, N 2.

¹²³⁵ BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 86, N 2 und N 4; KÜHNE, N 1211 f.

¹²³⁶ BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 86, N 1.

¹²³⁷ Haftpflichtkommentar-KELLER, Art. 85 KAG, N 4; KÜHNE, N 1210.

¹²³⁸ KÜHNE, N 1210.

¹²³⁹ KÜHNE, N 1210.

- 684 Zunächst ist festzuhalten, dass die Lehre auch beim Schaden der einzelnen Anleger zwischen dem direkten und indirekten Schaden unterscheidet und beide unter Art. 145 KAG geltend gemacht werden können.¹²⁴⁰ Die Lehre geht davon aus, dass der Anspruch der Anleger aus indirektem Schaden auf Leistung an die kollektive Kapitalanlage lautet,¹²⁴¹ obwohl das Gesetz – anders als Art. 756 Abs. 1 OR – dies nicht explizit festhält.
- 685 Betreffend die Frage der Rechtsnatur der Klage der einzelnen Anleger aus indirektem Schaden geht die Lehre mit Verweis auf das Aktienrecht von einem Prozessführungsrecht aus.¹²⁴²

E. Paulianische Anfechtung

- 686 Durch die paulianische Anfechtung¹²⁴³ wird der Leistungsempfänger zur Rückgewähr des Vermögenswertes verpflichtet. Er erfüllt seine Pflicht, indem er die Pfändung oder Admassierung sowie die anschliessende Verwertung des betreffenden Vermögenswertes duldet.¹²⁴⁴
- 687 Die Frage der Rechtsnatur der paulianischen Anfechtung weist somit grundlegende Unterschiede zu derjenigen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auf. Die Anfechtungsklage lautet nicht auf Leistung an die Gesellschaft, sondern auf Duldung der Pfändung oder der Admassierung. Des Weiteren leitet sich der Anspruch des Anfechtenden nicht vom Anspruch der Gesellschaft ab, zumal die Aktivlegitimation der Gläubiger weder einen Schaden der Gesellschaft noch einen Anfechtungsanspruch der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung voraussetzen. Die paulianische Anfechtung ist folglich eher mit der Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs oder Gläubigers aus direktem Schaden vergleichbar. Daraus lässt sich jedoch kein Hinweis auf die Frage der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage (aus indirektem Schaden) ableiten.

F. Vertrag zugunsten eines Dritten

- 688 Beim echten Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 Abs. 2 OR entsteht mit Vertragsabschluss ein originäres und selbständiges Forderungsrecht des Dritten.¹²⁴⁵

¹²⁴⁰ BSK KAG-BÄRTSCHI/VON PLANTA, Art. 145, N 40.

¹²⁴¹ BSK KAG-BÄRTSCHI/VON PLANTA, Art. 145, N 42.

¹²⁴² BSK KAG-BÄRTSCHI/VON PLANTA, Art. 145, N 42.

¹²⁴³ Allgemein zur paulianischen Anfechtung vorne N 235 ff.

¹²⁴⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 191, N 10 und N 13.

¹²⁴⁵ Zum Ganzen BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112, N 15.

Der Dritte wird nicht Vertragspartei, sondern Gläubiger in der Recht-Pflicht- 689
 Beziehung, was somit zu zwei Gläubigern führt. Allerdings entsteht zwischen
 dem Promissar und dem Dritten weder Solidargläubigerschaft i.S.v. Art. 150
 OR, da ein Gläubiger nur Leistung an sich selbst, der andere hingegen an den
 ersteren fordern darf, noch eine Gesamtgläubigerschaft. Vielmehr begründet
 der Vertrag zugunsten Dritter zwei Obligationen zulasten des Promittenten:
 zum einen im Deckungsverhältnis die Verpflichtung gegenüber dem Promissar
 und zum anderen im Vollzugsverhältnis die Verpflichtung gegenüber dem Desti-
 natar.¹²⁴⁶

Der echte Vertrag zugunsten Dritter stellt somit klar, dass dem Schweizer 690
 Privatrecht materielle Forderungsrechte auf Leistung an einen Dritten nicht un-
 bekannt sind. Zudem kann der Anspruch in Konkurrenz bzw. parallel zum
 Anspruch des Leistungsempfängers bestehen.

Im Unterschied zur Theorie des materiellen Forderungsrechts ist das Pro- 691
 blem mehrfacher Klagen und widersprüchlicher Entscheide eher unbedeutend,
 zumal der Dritte und der Promissar in der Regel übereinstimmende Interessen
 verfolgen, so dass entweder der Dritte *oder* der Promissar klagen wird.

VIII. Würdigung

M.E. sprechen die grammatikalische als auch die historische und teleologische 692
 Auslegung für die Theorie des materiellen Forderungsrecht bzw. der Doppel-
 natur.

Für die Ablösungstheorie spricht einzig die teleologische Auslegung, wobei 693
 jedoch keine Gründe ersichtlich sind, weshalb eine Loslösung vom Gesetzestext
 notwendig sein sollte.

Für die Theorie der Prozessstandschaft sprechen die systematische Aus- 694
 legung und der Umstand, dass die grammatikalische Auslegung diese Theorie
 zumindest nicht ausschliesst. Ebenfalls Unterstützung erhält diese Theorie von
 anderen Klagen des Privatrechts, namentlich der *actio pro socio*, auf welche
 nach Ansicht der h.L. und Rechtsprechung ebenfalls die Theorie der Prozess-
 standschaft zur Anwendung gelangt.

Im Sinne einer Gesamtwürdigung überwiegen m.E. die Gründe, welche für 695
 ein materielles Forderungsrecht der Aktionäre und Gläubiger sprechen. Sie lässt
 sich ohne Weiteres mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren. Die historische Aus-
 legung kommt zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber wohl materielle Ansprüche
 der Aktionäre und Gläubiger im Sinn hatte, was sich auch mit der zur Zeit der
 Aktienrechtsrevision herrschenden Bundesgerichtspraxis in Übereinstimmung

¹²⁴⁶ Zum Ganzen BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112, N 15a.

bringen lässt. Schliesslich erfüllt die Theorie des materiellen Forderungsrechts bzw. der Doppelnatur die Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, womit der Sinn und Zweck der Normen sachgerecht umgesetzt werden.

4. Teil Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage de lege ferenda

Im 3. Teil dieser Arbeit wurde festgestellt, dass der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ein materielles Forderungsrecht zugrunde liegt. Ebenfalls wurde aufgezeigt, dass sowohl die von der Lehre vertretenen Theorien zur Rechtsnatur als auch die bundesgerichtliche Praxis diverse und sich teilweise überschneidende Problembereiche aufweisen. 696

Basierend auf den im 3. Teil festgestellten Ergebnissen wird im Folgenden untersucht, welche Ausgestaltung des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts de lege ferenda möglich wäre, um die festgestellten Probleme¹²⁴⁷ zu lösen. Wie vorne bereits erläutert, wird jedoch der Wettlauf um das beschränkte Haftungssubstrat, welches die Biber-Praxis zu verhindern versucht, im Folgenden nicht berücksichtigt.¹²⁴⁸ 697

Bei der Beurteilung der Lösungsansätze ist M.E. den Interessen der Beteiligten (§ 12) besondere Beachtung zu schenken. Des Weiteren sind die Ausgestaltung des Rechtsschutzes und die Leistungsdestination der Verantwortlichkeitsklage (§ 13) von Bedeutung. Auf diese Aspekte ist vor der Untersuchung einzelner Lösungsvorschläge (§ 14) und des Vorschlags de lege ferenda (§ 15) näher einzugehen. 698

¹²⁴⁷ Vorne N 609 ff.

¹²⁴⁸ Vorne N 617 ff., insb. N 621.

§ 12 Interessenlage

I. Vorbemerkungen

- 699 Es liegt in der Natur der Sache, dass die Parteien im Rahmen einer Schadenersatzklage divergierende Interessen verfolgen. Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage kommt erschwerend hinzu, dass verschiedene Personen bzw. Personengruppen aktivlegitimiert sind, welche ebenfalls unterschiedliche Interessen verfolgen können.¹²⁴⁹ Schliesslich können auch innerhalb der einzelnen Personengruppen Individualinteressen bestehen, welche nicht mit den Interessen der entsprechenden Gruppe übereinstimmen. In der Lehre und Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird jedoch kaum auf die Interessen der Beteiligten Bezug genommen.¹²⁵⁰
- 700 Das Problem der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit basiert auf der besonderen Schutzbedürftigkeit der Aktionäre und Gläubiger, welche durch Interessenkonflikte Gefahr laufen, einen indirekt erlittenen Schaden nicht ersetzt zu erhalten. Im Wesentlichen geht es somit um das *Interesse* der Aktionäre und Gläubiger, von den Verantwortlichen – notfalls entgegen dem ausdrücklichen Willen der Gesellschaft – Schadenersatz geltend machen zu können.¹²⁵¹
- 701 M.E. können den Interessen der Beteiligten Hinweise entnommen werden, wie die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage de lege ferenda ausgestaltet werden kann.¹²⁵² Im Folgenden werden deshalb die Interessen der Beteiligten aufgezeigt, wobei es nicht um eine analytische Untersuchung von Individualinteressen geht, sondern vielmehr um eine nicht abschliessende und zu einem gewissen Grad pauschalisierende Auflistung von Interessen, welche im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht eine Rolle spielen könnten. Zweck dieser Auflistung ist zum einen, festzustellen, ob die bundesgerichtliche Praxis und die in der Lehre vertretenen Theorien bestimmten Interessen zuwiderlaufen. Zum anderen kann so festgestellt werden, wie bisher nicht berücksichtigte, gemeinsame Interessen der Beteiligten durch Anpassungen des Verantwortlichkeitsrechts berücksichtigt werden könnten.

¹²⁴⁹ Das Spannungsverhältnis verschiedenster Interessen geht bereits auf die Personenvereinigungen bzw. auf die Organisationsform der AG zurück. Dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N 2 f.

¹²⁵⁰ Vgl. ISLER/FISCHER, 35 ff.

¹²⁵¹ Vgl. WEBER, Stolpersteine, 166: «Im Aktienrecht zielen gerade auch die Verantwortlichkeitsnormen darauf ab, den Aktionärs- und Gläubigerinteressen die angemessene Berücksichtigung zukommen zu lassen.»

¹²⁵² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N 3: «Es ist Aufgabe der Rechtsordnung, den oft gegenläufigen Interessen gerecht zu werden: [...]»

II. Interessen der Gesellschaft

Die Interessen der Gesellschaft können in *objektive* und *subjektive* Interessen 702 unterteilt werden, wobei ein Gesellschaftsbeschluss im objektiven Interesse der Gesellschaft liegt, wenn er sich in einer Beurteilung ex post für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks als vorteilhaft erweist. Es handelt sich somit um *die objektiv richtige Entscheidung* im Interesse der Gesellschaft. Das objektive Interesse ist jedoch weder mit der Aussicht auf einen noch mit einem tatsächlichen Klageerfolg gleichzusetzen. Auch eine erfolgreiche Klage kann sich für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks als unvorteilhaft erweisen.¹²⁵³ Demgegenüber stellt das subjektive Interesse das Ergebnis der eigentlichen *Willensbildung der Gesellschaft* dar bzw. die *tatsächliche Entscheidung*, die ihre Organe im Rahmen der Kompetenzverteilung beschliessen.

Im Idealfall stimmen die objektiven und subjektiven Interessen der Gesellschaft 703 überein. Die Gesellschaft würde sich also immer dann zur Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage entscheiden, wenn sich dies für sie objektiv als vorteilhaft erweist. Da sich die beiden Interessen jedoch auf unterschiedliche Zeitpunkte und Informationsgrundlagen stützen, ist eine vollständige Deckung in der Realität weder möglich noch überprüfbar.¹²⁵⁴

Aus dem Umstand, dass sich das objektive Interesse der Gesellschaft (wenn 704 überhaupt) nur nachträglich feststellen lässt, folgt unweigerlich, dass im Zeitpunkt der Entscheidung für oder gegen eine Verantwortlichkeitsklage deren Vorteilhaftigkeit für die Gesellschaft lediglich abgeschätzt werden kann.

Aus Sicht des Gesetzgebers stellt sich die Frage, ob dem subjektiven oder 705 dem abgeschätzten objektiven Interesse stärkeres Gewicht zukommt. Soll die Gesellschaft gegen ihren Willen gezwungen werden können, eine Verantwortlichkeitsklage anzuheben, wenn dies voraussichtlich ihrem objektiven Interesse entspricht?

Das geltende Recht gibt im Rahmen des Entscheids über die Einleitung 706 einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft dem subjektiven Interesse der Gesellschaft den Vorrang. Es gibt kein Individualrecht der Aktionäre oder von Dritten, welche die Gesellschaft entgegen dem Beschluss der zuständigen Gesellschaftsorgane zur Einleitung der Klage zwingen können.

Es kann jedoch festgestellt werden, dass es dem objektiven Interesse der Gesellschaft 707 entspricht, wenn ein Aktionär auf eigene Kosten und eigenes Risiko

¹²⁵³ Ausführlich dazu ISLER/FISCHER, 35 ff.; vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 344 f.; VOGT, Aktionärsdemokratie, 145.

¹²⁵⁴ Nach Ansicht von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N 12, besteht eine Vermutung, dass ein Mehrheitsentscheid der Generalversammlung oder eine Massnahme des Verwaltungsrates im Gesellschaftsinteresse liege.

eine Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft einleitet, selbst wenn sich die Gesellschaft ausdrücklich gegen die Einleitung einer Klage ausgesprochen hat. Dies wurde so in Art. 756 Abs. 1 OR vorgesehen. Durch das Individualklagerecht der einzelnen Aktionäre, welches zudem auf Leistung an die Gesellschaft lautet, wird eine Annäherung an das objektive Interesse der Gesellschaft bezweckt. Der Gesetzgeber misst damit dem objektiven Interesse der Gesellschaft höhere Bedeutung zu als dem subjektiven Interesse.

- 708 Hat sich die Gesellschaft ausdrücklich gegen die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage entschieden, kann hingegen festgestellt werden, dass es weder im objektiven noch subjektiven Interesse der Gesellschaft liegt, wenn diese für die Kosten einer erfolglosen Klage eines Aktionärs aufzukommen hat.¹²⁵⁵ Eine solche Kostenüberwälzung war gemäss Art. 756 Abs. 2 OR 1991 möglich und wird gemäss Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 wieder möglich sein.¹²⁵⁶

III. Interessen der Aktionäre

A. Allgemeines

- 709 Aufgrund der möglichen Heterogenität des Aktionariats¹²⁵⁷ und der divergierenden Willensbildung zwischen der Mehrheit und der Minderheit können keine allgemeinen Aussagen über das Interesse sämtlicher Aktionäre hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklage getroffen werden. Es ist vielmehr zwischen den Interessen der Mehrheits- und der Minderheitsaktionäre zu unterscheiden.¹²⁵⁸ Unter Mehrheitsaktionäre werden im Folgenden diejenigen Aktionäre verstanden, welche die Willensbildung der Gesellschaft hinsichtlich eines bestimmten Generalversammlungsbeschlusses tatsächlich kontrollieren, und unter Minderheitsaktionäre diejenigen Aktionäre, welche die Willensbildung der Gesellschaft nicht kontrollieren.
- 710 Es kann davon ausgegangen werden, dass die Interessen der Mehrheitsaktionäre mit den subjektiven Interessen der Gesellschaft übereinstimmen, weshalb auf diese zu verweisen ist.¹²⁵⁹ Im Folgenden werden deshalb ausschliesslich die Interessen der Minderheitsaktionäre dargestellt, wobei betreffend die aktien-

¹²⁵⁵ SCHMID, 334. Vgl. auch die Ausführungen zum Kostenanlastungsverfahren hinten N 745 ff.

¹²⁵⁶ Botschaft 2008, 327 f.

¹²⁵⁷ Vgl. die Beschreibung der verschiedenen Arten von Aktionären bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N 36 ff.

¹²⁵⁸ Allgemein zum Interessengegensatz zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N 55 ff.

¹²⁵⁹ Vorne N 702 ff.

rechtliche Verantwortlichkeit die Gruppe der *klagewilligen* von der Gruppe der *nicht klagewilligen* Minderheitsaktionäre zu unterscheiden ist.

B. Interessen der klagewilligen Minderheitsaktionäre

Im Interesse der klagewilligen Minderheitsaktionäre liegt ein ausgeprägter Minderheitenschutz, insbesondere in Form von Individualrechten, die also jedem Aktionär *einzel*n zustehen. Da die Gesellschaft über die Informationen und Beweise verfügt, welche für den Erfolg einer Verantwortlichkeitsklage von Bedeutung sind, läge es im Interesse der klagewilligen Aktionäre, die Generalversammlung zur Beschlussfassung über alle relevanten Fragen (Entlastung, Sonderprüfung, Klageeinleitung, etc.) zwingen zu können. 711

Gerade die klagewilligen Aktionäre haben ausserdem ein Interesse daran, die Verantwortlichkeitsansprüche auch dann geltend machen zu können, wenn sich die Gesellschaft ausdrücklich gegen die Klageeinleitung entschlossen hat. Des Weiteren sind diese Aktionäre an einem möglichst geringen Prozesskostenrisiko interessiert. 712

C. Interessen der nicht klagewilligen Minderheitsaktionäre

Wie auch die klagewilligen Aktionäre haben auch die nicht klagewilligen Minderheitsaktionäre ein Interesse an einem ausgeprägten Minderheitenschutz. Allerdings liegt der Fokus auf der Verhinderung der Klageeinreichung durch die Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger. 713

Im Interesse der nicht klagewilligen Minderheitsaktionäre liegt die Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs durch einen Aktionär auf eigene Kosten und eigenes Risiko. Wie auch bei der Gesellschaft liegt es jedoch nicht in deren Interesse, dass die Gesellschaft für die Kosten einer erfolglosen Klage eines Aktionärs aufkommen muss. 714

IV. Interessen der Gesellschaftsgläubiger

A. Interessen der indirekt geschädigten Gläubiger

Die indirekt geschädigten Konkursgläubiger verfolgen v.a. das Ziel, eine möglichst hohe Konkursdividende zu erhalten, also möglichst viele Vermögenswerte des Schuldners dem Verwertungssubstrat zuzuführen. Im Interesse der indirekt geschädigten Gläubiger liegt die Möglichkeit der Abtretung des Verantwortlichkeitsanspruchs bei Verzicht durch die Konkursverwaltung und das Vorabbefriedigungsrecht. Die Abtretungsgläubiger können die Klage dadurch auf ihren Forderungsausfall begrenzen und damit die Kostenrisiken reduzieren. Des Weiteren liegt die Einschränkung der zulässigen Einreden und Einwendungen durch den 715

Verantwortlichen in ihrem Interesse. Zumindest sollten jene Einreden und Einwendungen ausgeschlossen werden, welche den Gläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt erscheinen.

B. Interessen der direkt geschädigten Gläubiger

- 716 Für die direkt geschädigten Gläubiger ist es vorteilhaft, wenn der direkte Schaden vom indirekten Schaden konsequent abgegrenzt wird und sie ihre Ansprüche aus direkten Schäden unabhängig vom Vorgehen der Konkursverwaltung geltend machen können.

V. Interessen der Verantwortlichen

- 717 Die Verantwortlichen haben ein Interesse daran, sich mit wirksamen Mitteln gegen ungerechtfertigte Schadenersatzansprüche zur Wehr setzen zu können. Insbesondere sollen die Einreden und Einwendungen sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurs der Gesellschaft ihre Wirkungen beibehalten. Des Weiteren entspricht es ihrem Interesse, nicht den Gesamtschaden ersetzen zu müssen, sondern lediglich den Schaden der klagenden Aktionäre oder Gläubiger, womit eine Reduktion des Prozesskostenrisikos einhergeht. Sämtliche Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sollten zudem in einem einzigen Verfahren beurteilt werden. Nicht zuletzt soll die aktienrechtliche Verantwortlichkeit die Gefahr einer allfälligen Doppelzahlung an die Gesellschaft und an die Aktionäre oder Gläubiger ausschliessen. Dazu gehört auch, dass ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich sämtliche Ansprüche erledigen soll.

VI. Interessen der Allgemeinheit

- 718 Den Interessen der potentiell am Prozess beteiligten Personen können übergeordnete Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Dabei geht es v.a. um die Schranken der staatlichen Justizgewährleistung. Die individuelle Rechtsverfolgung soll nicht um jeden Preis sichergestellt werden, sondern muss namentlich in einem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand und den Kosten der Gerichte stehen. Auch sollen die Gerichtskosten grundsätzlich von den Parteien getragen werden. Obwohl ein kostenloses Verfahren in der Regel im Interesse sämtlicher Parteien liegt, wird ein solches nur in bestimmten Fällen gewährt.¹²⁶⁰

¹²⁶⁰ Vgl. die abschliessende Aufzählung in Art. 113 Abs. 2 und Art. 114 ZPO.

VII. Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das geltende Recht den objektiven Interessen der Gesellschaft grössere Bedeutung beimisst als den subjektiven Interessen. Ausserhalb des Konkurses müssen die Aktionäre den gesamten Schadenersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen, um vollständigen Ersatz ihres indirekten Schadens zu erhalten.¹²⁶¹ Damit soll verhindert werden, dass berechnigte Schadenersatzklagen der Gesellschaft nicht durch den Verwaltungsrat oder die Aktionärsmehrheit verhindert werden können. Von der Klage eines Aktionärs profitieren somit die Gesellschaft und damit auch die nicht klagewilligen Aktionäre, obwohl sie sich ausdrücklich gegen die Geltendmachung der Forderung entschieden haben. 719

Die Aktivlegitimation der einzelnen Aktionäre gemäss Art. 756 Abs. 1 OR orientiert sich somit weder an den Interessen der klagewilligen Aktionäre noch den Interessen der Verantwortlichen. Ebenso lässt diese Bestimmung die subjektiven Interessen der Gesellschaft ausser Acht. Dies lässt sich anhand des illustrativen Beispiels von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL verdeutlichen, wonach ein Kleinaktionär, der einen Gesellschaftsschaden von CHF 10 Mio. gegen einen Verantwortlichen geltend machte und sich einem Prozesskostenrisiko von mehreren hunderttausend Franken ausgesetzt hatte. Mit dem Erfolg der Klage hätte der Wert des Aktienbesitzes weniger als CHF 10 zugenommen.¹²⁶² Weder der Kleinaktionär noch der Verantwortliche haben ein Interesse daran, dass die Klage des Aktionärs auf Ersatz des gesamten Gesellschaftsschadens lautet. Durch die Leistung der Schadenersatzzahlung an die Gesellschaft werden zudem nicht am Verfahren beteiligte Dritte (d.h. die Gesellschaft und die nicht klagenden Aktionäre) begünstigt, welche sich entweder ausdrücklich oder durch Untätigkeit gegen die Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs entschieden haben. 720

Hinsichtlich der Prozesskosten wurde aufgezeigt, dass deren allfällige Überwälzung auf die Gesellschaft weder im Interesse der Gesellschaft noch der nicht klagewilligen Aktionäre liegt. Ihnen würde dadurch das Prozesskostenrisiko gegen ihren ausdrücklichen Willen aufgezwungen.¹²⁶³ 721

Das Interesse der Verantwortlichen liegt v.a. in der wirksamen Abwehr der Verantwortlichkeitsklage und in der Reduktion des einklagbaren Schadenersatzbetrages und der damit verbundenen Kostenrisiken im Falle ihres Unterliegens.¹²⁶⁴ 722

¹²⁶¹ Vorne N 424 und N 611.

¹²⁶² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36, N 122, insb. FN 66.

¹²⁶³ Vorne N 708 und N 714.

¹²⁶⁴ Vorne N 717.

§ 13 Rechtsschutz und Leistungsdestination

I. Vorbemerkungen

723 Bevor hinten auf die einzelnen Lösungsansätze de lege ferenda (§ 14) eingegangen wird, sind im Folgenden der Rechtsschutz (II.) und die Leistungsdestination (III.) kurz zu umschreiben sowie auf deren Verhältnis untereinander (IV.) kurz einzugehen. Das Fazit (V.) fasst schliesslich die wichtigsten Ergebnisse zusammen.

II. Rechtsschutz

724 Der Rechtsschutz dient als Oberbegriff über den *Individualrechtsschutz* und den *kollektiven Rechtsschutz* und beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Anspruch individuell oder gemeinsam mit Ansprüchen anderer Personen (kollektiv) geltend gemacht werden kann oder muss.

725 Unter dem Begriff des kollektiven Rechtsschutzes sind prozessuale Instrumente zu verstehen, die eine kollektive justizförmige Erledigung von Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig betroffenen bzw. geschädigten Personen unter Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in einem einzigen oder allenfalls wenigen gemeinsamen Verfahren ermöglichen.¹²⁶⁵

726 Das Schweizer Prozessrecht geht grundsätzlich vom Individualrechtsschutz aus.¹²⁶⁶ Der Gesetzgeber hat sich anlässlich der Ausarbeitung der ZPO ausdrücklich gegen einen echten kollektiven Rechtsschutz, insbesondere gegen die Einführung der Sammelklage entschieden.¹²⁶⁷ Davon sind jedoch prozessuale Instrumente zur kollektiven Individualrechtsdurchsetzung, welche die ZPO durchaus kennt, zu unterscheiden.¹²⁶⁸

III. Leistungsdestination

727 Die Leistungsdestination bestimmt, an welche Person(en) eine bestimmte Forderung mit befreiender Wirkung geleistet werden kann bzw. muss. Ihr kommt im Verantwortlichkeitsrecht besondere Bedeutung zu, weil sie von der Sachlegitimation – also sowohl von der Prozessführungsbefugnis als auch von der Rechtszuständigkeit – grundsätzlich unabhängig ist.

¹²⁶⁵ Bericht des BR 2013, 8 m.w.H.

¹²⁶⁶ Bericht des BR 2013, 8 f.

¹²⁶⁷ Botschaft ZPO, 7290; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 105.

¹²⁶⁸ Z.B. die Streitgenossenschaft nach Art. 70 ff. ZPO, die Verfahrensassistierung, -überweisung und -vereinigung nach Art. 125 ff. ZPO. Vgl. auch die Ausführungen im Bericht des BR 2013, 15 ff. sowie hinten N 890 ff.

Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann zwischen der individuellen und der kollektiven Leistungsdestination differenziert werden. Die kollektive Leistungsdestination führt dazu, dass der Verantwortliche den Schaden der Gesellschaft nur durch Leistung an die Gesellschaft mit befreiender Wirkung ersetzen kann. Aus Sicht der Aktionäre und Gläubiger wird ihr indirekter Schaden durch die Leistung an die Gesellschaft *kollektiv* ersetzt. Bei der individuellen Leistungsdestination kann sich der Verantwortliche den Gesellschaftsschaden nur durch Leistung an die einzelnen Aktionäre oder Gläubiger befreien. Wie vorne erwähnt, ist die Leistungsdestination unabhängig von der Aktivlegitimation. Es wäre deshalb verfehlt, die Leistungsdestination mit der Klägerstellung (Prozessführungsbefugnis) oder der Anspruchsberechtigung (Rechtsträgerschaft) gleichzusetzen. Die Leistungsdestination bestimmt lediglich, ob der indirekte Schaden indirekt (also kollektiv) oder direkt an die individuellen Aktionäre bzw. Gläubiger zu ersetzen ist. 728

Ausserhalb des Konkurses folgen sowohl die Klage der Gesellschaft als auch diejenige des Aktionärs gemäss Art. 756 Abs. 1 OR der kollektiven Leistungsdestination, da beide Klagen auf Leistung an die Gesellschaft lauten. 729

Im Konkurs der Gesellschaft kann festgestellt werden, dass die Klage der Konkursverwaltung ebenfalls der kollektiven Leistungsdestination folgt. Mit dem Verzicht der Konkursverwaltung können die Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft als Prozessstandschafter geltend machen. Im Umfang des Vorabbefriedigungsrechts nach Art. 260 SchKG wechselt die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage somit zur individuellen Leistungsdestination. Ein allfällig überschüssender Betrag ist der Konkursverwaltung abzuliefern und wird unter den Konkursgläubigern nach den Vorschriften des SchKG verteilt. In diesem Umfang folgt die Klage weiterhin der kollektiven Leistungsdestination. 730

Auch bei den Ansprüchen der direkt geschädigten Aktionäre und Gläubiger stellt sich die Frage nach der Leistungsdestination. Ausserhalb des Konkurses ist eindeutig die individuelle Leistung an die einzelnen Aktionäre und Gläubiger vorherrschend. 731

Im Konkurs der Gesellschaft können die direkt geschädigten Gläubiger und Aktionäre gemäss Biber-Praxis ihre Ansprüche aus direkter Schädigung nur ausnahmsweise individuell geltend machen. Wurde sowohl die Gesellschaft als auch ein Gläubiger oder Aktionär geschädigt, wird die Klagebefugnis der Gläubiger und Aktionäre eingeschränkt. Sie können ihren Anspruch im Grundsatz nur der konkursiten Gesellschaft gegenüber geltend machen. Diese muss den Schaden wiederum gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen, wobei der Erlös der Verteilung unter den Konkursgläubigern nach den Vorschriften des SchKG dient. Um einen Wettlauf um das Haftungssubstrat des Verantwortlichen zu vermeiden, wird im Ergebnis die kollektive Geltendmachung erzwungen. 732

IV. Verhältnis von Rechtsschutz und Leistungsdestination

- 733 Im Verantwortlichkeitsrecht stellt die Kombination von kollektiver Leistungsdestination und Individualrechtsschutz den Regelfall dar. Die Gesellschaft bzw. die Konkursmasse klagt ihren Anspruch mit Leistung an sich selbst ein. Durch die erfolgreiche Klage werden sämtliche Aktionäre (kollektiv) befriedigt. Selbiges gilt für die Klage des Aktionärs nach Art. 756 Abs. 1 OR.
- 734 Würde das Verantwortlichkeitsrecht eine individuelle Leistungsdestination vorsehen, müsste der Gesellschaftsschaden jedem einzelnen Aktionär – und im Konkurs jedem einzelnen Gläubiger – anteilmässig ersetzt werden. Nach geltendem Recht hätte dies auf dem Weg des Individualrechtsschutzes zu geschehen. De lege ferenda wäre die Geltendmachung auf dem Weg des kollektiven Rechtsschutzes ebenfalls denkbar.¹²⁶⁹

V. Fazit

- 735 Das Schweizer Zivilprozessrecht folgt grundsätzlich dem Individualrechtsschutz. Instrumente des echten kollektiven Rechtsschutzes existieren de lege lata nicht.¹²⁷⁰
- 736 Im Verantwortlichkeitsrecht gilt grundsätzlich die kollektive Leistungsdestination, d.h. die einzelnen Klagen lauten auf Leistung an die Gesellschaft. Einzig im Konkurs der Gesellschaft gilt die individuelle Leistungsdestination, wonach die Gesellschaftsgläubiger mithilfe ihres Vorabbefriedigungsrechts Leistung an sich selbst verlangen dürfen.¹²⁷¹
- 737 Die Verantwortlichkeitsklage lautet folglich in der Regel auf Leistung an die Gesellschaft und erfolgt im Rahmen des Individualrechtsschutzes. De lege ferenda wäre auch die Kombination der individuellen Leistungsdestination mit dem kollektiven Rechtsschutz möglich.¹²⁷²

¹²⁶⁹ Hinten N 997 ff.

¹²⁷⁰ Vorne N 726.

¹²⁷¹ Vorne N 730.

¹²⁷² Vorne N 733 f. und hinten N 997 ff.

§ 14 Lösungsansätze de lege ferenda

I. Vorbemerkungen

Im Folgenden werden ausgewählte Lösungsansätze untersucht, welche eine oder mehrere der im 3. Teil festgestellten Probleme beheben. Die Lösungsansätze gliedern sich nach den Themenbereichen Kosten (II.), Abschaffung der Aktionärsklage (III.), Stärkung der Aktionärsrechte (IV.), Verfahrenskoordination (V.), sowie Kodifikation der Bundesgerichtspraxis (VI.). Abschliessend folgt das Fazit (VII.). 738

Nebst der vorne beschriebenen Interessenlage, dem Rechtsschutz und der Leistungsdestination sind im Rahmen der nachfolgend dargestellten Lösungsvorschläge auch die Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zu berücksichtigen.¹²⁷³ Vereinzelt wird zu prüfen sein, ob diese Funktionen weiterhin erfüllt werden. Schliesslich könnte die Zweckverfolgung einzelner Funktionen durch die vorgeschlagenen Änderungen verunmöglicht werden oder es kann durch eine Verlagerung der Schwerpunkte zu einer ungewollten *Umfunktionalisierung* der Verantwortlichkeitsklage kommen. 739

II. Vorschläge zur Beseitigung der Kostenproblematik

Im 3. Teil wurde festgestellt, dass ausserhalb des Konkurses sowohl bei der Theorie des materiellen Forderungsrechts als auch bei der Theorie der Prozessstandschaft das Kostenrisiko ein Hindernis für die Aktionäre darstellt, Ersatz für ihren indirekt erlittenen Schaden geltend zu machen.¹²⁷⁴ Für die Lösung dieses Problems kommen im Wesentlichen drei Ansätze in Betracht.¹²⁷⁵ Zum einen könnte die Gesellschaft in die Kostenverteilung einbezogen werden. Zum anderen wäre denkbar, die Klage der Aktionäre auf ihren jeweiligen Anteil am Schaden zu reduzieren, so dass sich die Kosten anteilig auf die klagenden Aktionäre verteilen. Als dritter Ansatz wird auch die Kostenübernahme durch den Staat vorgeschlagen. Zu berücksichtigen sind ausserdem die Bestrebungen im Rahmen der ZPO-Revision, auf welche im Folgenden vorab einzugehen ist. 740

A. Vorentwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung

Nebst der Einführung von Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision, wonach die Kosten künftig wieder der nicht am Ver- 741

¹²⁷³ Zu den Funktionen vorne N 126 ff.

¹²⁷⁴ Vorne N 610 ff.

¹²⁷⁵ Weitere Lösungsvorschläge bei BÄRTSCH, Rahmenbedingungen, 86 ff.

fahren beteiligten Gesellschaft auferlegt werden können,¹²⁷⁶ soll gemäss Art. 98 Abs. 1 VE-ZPO 2018 der Kostenvorschuss auf höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten beschränkt werden. Zudem sollen gemäss Art. 111 VE-ZPO 2018 die Gerichtskosten zurückerstattet werden, soweit der Entscheid der vorschusspflichtigen Partei nicht Kosten auferlegt, und ein allfälliger Fehlbetrag nachgefordert bzw. ein Überschuss zurückbezahlt werden. Nicht mehr die Parteien sollen das Inkassorisiko tragen, sondern der Staat.¹²⁷⁷

742 Es kann festgehalten werden, dass die genannten Anpassungen im Kostenrecht, sofern sie ins Gesetz überführt werden, zwar zusätzliche Klageanreize schaffen bzw. bestehende Hürden abbauen kann. Allerdings ist ebenso festzuhalten, dass dadurch die Kostenproblematik im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage m.E. keineswegs als Ganzes beseitigt wird. Vielmehr bleibt die Diskrepanz im Kosten-Nutzen-Verhältnis für den klagenden Aktionär weiterhin bestehen.

B. Übertragung der Kosten auf die Gesellschaft

743 Um die abschreckende Wirkung der Kostenrisiken zu mindern und damit ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis für den klagenden Aktionär zu schaffen, kommt die Einbeziehung der Gesellschaft in die Kostenverteilung in Betracht. Sie wird aus einer erfolgreichen Klage primär begünstigt und auch die übrigen Aktionäre partizipieren indirekt am Erlös der Klage. Insofern drängt sich der Gedanke auf, im Falle des Unterliegens des Aktionärs die Gesellschaft bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck kommen folgende zwei Alternativen in Betracht.

1. Kostenverteilung nach Ermessen des Gerichts

744 Die Kostenverteilung nach Ermessen des Gerichts wird de lege ferenda in Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 geregelt,¹²⁷⁸ wonach das Gericht: «[...] die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen [kann].»¹²⁷⁹ Diese Regelung ist an Art. 756 Abs. 2 OR 1991 angelehnt, welche bis zum Inkrafttreten der ZPO anwendbar war.

¹²⁷⁶ Vgl. dazu vorne N 612 ff. und sogleich hinten N 744.

¹²⁷⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 16.

¹²⁷⁸ Vgl. auch die Ausführungen vorne N 612 ff.

¹²⁷⁹ Botschaft 2008, 327 f.

2. Kostenanlastungsverfahren

In der Lehre¹²⁸⁰ und im Laufe der Aktienrechtsrevision wurde auch die Einführung eines summarischen Kostenanlastungsverfahrens in Erwägung gezogen, d.h. ein gerichtliches Verfahren, in welchem im Grundsatz über die Auferlegung der Kosten eines nachfolgenden Entscheidungsverfahrens zulasten der Gesellschaft entschieden wird. Dabei soll die Abweisung der beantragten Kostenüberwälzung das Individualrecht der einzelnen Aktionäre, eine Verantwortlichkeitsklage einzuleiten, jedoch nicht berühren.¹²⁸¹ Bereits 2009 wurde im Ständerat im Rahmen des Minderheitenantrags der Ständeräte Géraldine Savary und Luc Recordon über einen Vorschlag betreffend ein Kostenanlastungsverfahren beraten. Art. 756 OR wäre demnach wie folgt ergänzt worden:¹²⁸²

«^{Ibis} Das Gericht auferlegt auf Antrag der klagewilligen Aktionäre vor Anhängigmachung der Klage das Prozesskostenrisiko inklusive Parteientschädigung der Gesellschaft, sofern:

1. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass ein Haftungstatbestand gemäss Artikel 754 vorliegt;
2. die Aktionäre zusammen einen Teil des Aktienkapitals besitzen, der ihnen das Recht zur Einberufung einer Generalversammlung einräumt;
3. die Aktionäre nachweisen, dass sie oder ihre Gesamtrechtsvorgänger die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, als ihnen die Tatsachen gemäss Ziffer 1 bekanntwurden;
4. keine überwiegenden Gründe des Unternehmenswohls entgegenstehen.»

Der Minderheitenantrag wurde abgelehnt. Die Kritik stützte sich v.a. auf die ungenügende Grundlage gegen querulatorische Klagen sowie die Schwierigkeit für den Richter, Prognosen über den Ausgang des Verantwortlichkeitsprozesses zu machen.¹²⁸³

Im VE-OR 2014 wurde die Idee des Kostenanlastungsverfahrens wieder aufgenommen und folgender Gesetzestext vorgeschlagen:

¹²⁸⁰ CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 756 OR, N 17; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 91 ff.; VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46; VON DER CRONE/BLOCH, 115 ff.; WATTER/GARBARSKI, GesKR 2009, 161; kritisch CASUTT, 94.

¹²⁸¹ VON DER CRONE/BLOCH, 115.

¹²⁸² AmtlBull StR 2009, 711 f. Diese Fassung ist im Übrigen stark an das deutsche Recht (§ 148 Abs. 1 AktG) angelehnt.

¹²⁸³ AmtlBull StR 2009, 712; a.A. VON DER CRONE/BLOCH, 117, wonach bereits diverse Verfahren mit Hauptsachenprognose existieren. So bspw. das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b Abs. 2 OR.

«Art. 697j

VI. Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft

1. Mit Genehmigung der Generalversammlung

¹ *Aktionäre, die zu einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt sind, können der Generalversammlung die Erhebung einer solchen Klage auf Kosten der Gesellschaft beantragen, sofern sie einzeln oder zusammen mindestens über eine der folgenden Beteiligungen verfügen:*

- 1. in Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind: 3 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;*
 - 2. in Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind: 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen.*
- ² *Entspricht die Generalversammlung dem Antrag, so betraut sie den Verwaltungsrat mit der Prozessführung oder sie bezeichnet einen Vertreter der Gesellschaft.*

³ *Wird die Klage nicht innert sechs Monaten erhoben, so kann jeder Aktionär die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft verlangen.*

Art. 697k

2. Bei Ablehnung durch die Generalversammlung

¹ *Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die einzeln oder zusammen mindestens eine der Beteiligungen nach Artikel 697j vertreten, innert drei Monaten das Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft ersuchen.*

² *Das Gericht heisst das Gesuch gut, wenn:*

- a. die Gesuchsteller eine Verletzung von Gesetz oder Statuten und einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft glaubhaft machen;*
- b. die Gesuchsteller ihre Beteiligung erworben haben, bevor sie Kenntnis von der geltend gemachten Verletzung von Gesetz oder Statuten erhalten haben; und*
- c. die Klage nicht überwiegenden Interessen der Gesellschaft widerspricht.*

³ *Das Gericht hört die Gesellschaft an, bevor es das Gesuch gutheisst. Erklärt die Gesellschaft, dass sie die Klage erheben wird, so setzt ihr das Gericht hierfür eine Frist von sechs Monaten an, mit der Androhung, das Gesuch werde bei ungenutztem Ablauf der Frist gutgeheissen.*

⁴ *Wird das Gesuch gutgeheissen, so können die berechtigten Aktionäre die Klage innert sechs Monaten zu erheben.*

⁵ *Die Frist zur Erhebung der Klage gemäss den Absätzen 3 und 4 kann vom Gericht angemessen verlängert werden.*

⁶ *Auf Antrag kann das Gericht die Gesellschaft zur Leistung eines Vorschusses oder einer Sicherheit zugunsten der Gesuchsteller verpflichten, damit diese die Vorbereitung und Führung des Entscheidungsverfahrens finanzieren können.*

⁷ *Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit hat die Gesellschaft die Kosten des Entscheidungsverfahrens, unter Einschluss allfälliger Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie sämtliche Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung des Klägers, zu tragen.»*

Wie bereits beim ständerätlichen Minderheitenantrag¹²⁸⁴ wurde auch bei diesem Vorschlag die Frage aufgeworfen, ob der Richter besser als die Aktionärsmehrheit befähigt sei, zu sagen, was im Interesse der Gesellschaft ist.¹²⁸⁵ M.E. geht es beim Kostenanlastungsverfahren nicht um eine mögliche Bevormundung der Mehrheitsaktionäre hinsichtlich der Frage, was im Interesse der Gesellschaft ist, sondern um den Schutz der Minderheitsaktionäre vor Missbräuchen der Mehrheitsaktionäre. Im Vordergrund stehen diejenigen Fälle, in welchen die Mehrheitsaktionäre mit den Verantwortlichen unter einer Decke stecken und eine Verantwortlichkeitsklage verhindert wird, obwohl sie nach objektiver Beurteilung ex ante im Interesse der Gesellschaft wäre. 748

Des Weiteren wurde u.a. das Risiko des Missbrauchs durch aktivistische Aktionäre als hoch eingeschätzt, wodurch Unternehmen unter Druck geraten und destabilisiert werden könnten.¹²⁸⁶ M.E. wird der Gefahr querulatorischer Klagen durch die Ausgestaltung der Kostenanlastung als Minderheitenrecht ausreichend Rechnung getragen.¹²⁸⁷ Im Übrigen ist VON DER CRONE/BLOCH zuzustimmen, wonach im Fall der Sonderprüfung bereits ein Verfahren mit Hauptsachenprognose und einhergehender Kostenwirkung existiert, wobei verbreitete Missbräuche der Sonderprüfung nicht bekannt sind.¹²⁸⁸ 749

In der rechtspolitischen Diskussion nicht genannte, jedoch m.E. berechtigte Kritik liegt darin begründet, dass ein Kostenanlastungsverfahren sowohl den objektiven als auch subjektiven Interessen der Gesellschaft sowie den Interessen der nicht klagewilligen Aktionäre zuwiderläuft.¹²⁸⁹ Zwar kommt durch ein solches Verfahren den Interessen der klagewilligen Aktionäre mehr Beachtung zu, jedoch wird der Gesellschaft und den nicht klagewilligen Aktionären ein zusätzlicher Schaden zugemutet, der sich lediglich auf eine summarische Beurteilung ex ante über einen möglichen Klageerfolg stützt. Auch bleibt das vorne bereits 750

¹²⁸⁴ Vorne N 745 f.

¹²⁸⁵ BÖCKLI, GesKR 2015, 6; vgl. FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 199.

¹²⁸⁶ Botschaft 2016, 428; a.A. VON DER CRONE/BLOCH, 117.

¹²⁸⁷ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 97, befürwortet gar die Ausgestaltung als Individualrecht.

¹²⁸⁸ VON DER CRONE/BLOCH, 117.

¹²⁸⁹ Vorne N 708 und N 714.

beschriebene Problem der schwachen dogmatischen Begründung der Kostentragung durch die nicht als Partei am Hauptverfahren beteiligte Gesellschaft bestehen.¹²⁹⁰

751 Das Kostenanlastungsverfahren wurde aufgrund der genannten Kritik im Rahmen des E-OR 2016 wieder fallen gelassen.¹²⁹¹ M.E. hätte ein solches Verfahren jedoch die Kostenproblematik betreffend die Klagen der Aktionäre ausserhalb des Konkurses beseitigen und damit zumindest einen Anreiz für die Geltendmachung indirekter Schäden schaffen können.

C. Anteilige Kostenverteilung

1. Allgemeines

752 Ein anderer Ansatz, um das Kostenrisiko zu reduzieren, besteht darin, den durch den Aktionär einklagbaren Schadenersatz auf seinen anteiligen Schaden zu beschränken. Dadurch reduzieren sich die Kosten und das Risiko im Verhältnis zum anteiligen Schadenersatz.

753 Für die Ausgestaltung der anteiligen Kostenverteilung kommt zum einen die Klage auf Leistung an die Gesellschaft (kollektive Leistungsdestination) und zum anderen die Klage auf Leistung an den klagenden Aktionär (individuelle Leistungsdestination) in Betracht.

2. Kollektive Leistungsdestination

754 Es wäre denkbar, dass jeder Aktionär nur seinen anteiligen Schaden mit Leistung an die Gesellschaft einklagt. Da jeder Aktionär einen individualisierten Schaden geltend macht, bewirkt die Klage eines Aktionärs keine Rechtshängigkeit gegenüber den Klagen der übrigen Aktionäre. Folglich führt jeder Aktionär eine eigene Verantwortlichkeitsklage gegen den Verantwortlichen.

755 Die hier beschriebene Ausgestaltung der Aktionärsklage wird in der Lehre von KUNZ bereits de lege lata vertreten.¹²⁹² Hinsichtlich der Rechtsnatur schliesst er sich der Theorie des materiellen Forderungsrechts an.¹²⁹³ Die Klage auf anteiligen Schadenersatz mit Leistung an die Gesellschaft hat positive Auswirkungen auf die Einreideordnung und ist dogmatisch besser mit dem Gesetzestext hinsichtlich der Wirkungen der Entlastung zu vereinbaren.¹²⁹⁴

¹²⁹⁰ Vorne N 615.

¹²⁹¹ Botschaft 2016, 428.

¹²⁹² KUNZ, Rechtsnatur, 135 ff., insb. 144.

¹²⁹³ KUNZ, Rechtsnatur, 98 f.

¹²⁹⁴ Zur Unvereinbarkeit der Theorie der Prozessstandschaft mit den Wirkungen der Entlastung vorne N 83.

M.E. sprechen jedoch gewichtige Gründe gegen eine derartige Ausgestaltung der Aktionärsklage. Um den gesamten indirekten Schaden ersetzt zu erhalten, müssen ausnahmslos alle indirekt geschädigten Aktionäre erfolgreich gegen den Verantwortlichen vorgehen. Unter dem geltenden Zivilprozessrecht können sich die Kläger lediglich im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft zusammenschliessen. Dies verhindert jedoch nicht, dass es zu mehrfachen Klagen bei verschiedenen Gerichten und schliesslich auch zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen kann. Schliesslich können die einzelnen Aktionäre ihre Klagen de lege lata zu unterschiedlichen Zeitpunkten anheben, was eine Verfahrenskoordination zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheide verunmöglicht. 756

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, dass der fehlerhafte Anreiz, der bereits unter geltendem Recht besteht, nicht beseitigt wird. Besonders für den einzelnen Aktionär, welcher nur einen Bruchteil am Aktienkapital der Gesellschaft besitzt, erscheint eine derartige Klage nämlich wenig attraktiv. Selbst wenn sich die Kosten auf das Verhältnis zum eigenen, indirekt erlittenen Schaden beschränken, kann der Aufwand zum möglichen Erfolg der Klage in einem Missverhältnis stehen. Umgekehrt wird die Passivität der einzelnen Aktionäre belohnt, indem sie am Klageerfolg anderer Aktionäre partizipieren. 757

Ein Anreiz für die einzelnen Aktionäre könnte durch die Einführung eines Vorabefriedigungsrechts geschaffen werden, auf welches hinten näher einzugehen ist.¹²⁹⁵ 758

3. Individuelle Leistungsdestination

Eine andere Lösung besteht in der Klage auf anteilige Leistung des Schadenersatzes an den klagenden Aktionär. Jeder Aktionär klagt damit seinen indirekten Schaden bzw. seinen Anteil am Gesamtschaden der Gesellschaft ein und verlangt dabei Leistung an sich selbst. 759

Dieser Ansatz hat diverse Vor- und Nachteile, auf welche hinten ausführlich eingegangen wird.¹²⁹⁶ 760

D. Kostenübernahme durch den Staat

1. Unentgeltliches Verfahren

BÄRTSCHI stellt als *radikale Lösung* des Kostenproblems ein *unentgeltliches Verfahren* in den Raum, wodurch für die Parteien die Gerichtskosten und der Kostenvorschuss entfielen.¹²⁹⁷ Obwohl ein solcher Ansatz sowohl im Interesse der Ge- 761

¹²⁹⁵ Hinten N 790 ff.

¹²⁹⁶ Hinten N 857 ff. und N 976 ff.

¹²⁹⁷ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 98.

sellschaft, der Aktionäre, der Gläubiger als auch im Falle des Unterliegens der Verantwortlichen läge, sprechen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit¹²⁹⁸ gegen ein unentgeltliches Verfahren. Wie BÄRTSCHI richtig feststellt, können Verantwortlichkeitsklagen erhebliche Ressourcen eines Gerichts in Anspruch nehmen und beträchtliche Kosten verursachen. Da es sich beim Anspruch aus Verantwortlichkeit um Vermögensinteressen handle und der einzelne Kläger u.U. gut situiert ist, rechtfertige sich eine Kostenübernahme durch den Staat nicht.¹²⁹⁹

- 762 In die gleiche Richtung – wenn auch weniger radikal – geht der Vorschlag, die Verrechnung der Gerichtskosten mit dem Kostenvorschuss im Verantwortlichkeitsrecht aufzuheben. Der Staat würde folglich in die Lücke springen, wenn der klagende Aktionär obsiegt, die Kosten jedoch uneinbringlich sind.¹³⁰⁰ Dieser Vorschlag wird teilweise durch die vorne bereits beschriebene Revision der ZPO berücksichtigt.¹³⁰¹

2. Kostenübernahme im Einzelfall

- 763 Nebst einem unentgeltlichen Verfahren wird teilweise auch die Kostenübernahme durch den Staat spezifisch für Einzelfälle in Erwägung gezogen. So wurde im Nachgang zur Rettung der UBS AG durch den Bund im Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte vorgeschlagen, dass die Eidgenossenschaft bzw. die Organe des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit als Aktionäre in die Lage versetzt werden sollen, Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verantwortlichen einzuleiten und zu diesem Zweck «[...] die Übernahme des Prozessrisikos und der Verfahrenskosten (Gerichts- und Anwaltskosten) durch die Eidgenossenschaft zu garantieren [sei.]»¹³⁰²
- 764 In der Stellungnahme des Bundesrates wurden u.a. rechtsstaatliche Bedenken gegen eine rückwirkende Einzelfallgesetzgebung erhoben. Es fehle an den gesetzlichen Grundlagen, die infrage kommenden Organe des Bundes verbindlich anzuweisen, eine Verantwortlichkeitsklage einzuleiten und eine Garantie für die Verfahrenskosten zu übernehmen.¹³⁰³ Auch wurde der Erwerb einer Aktie der UBS AG durch den Bund einzig zum Zweck der Klageerhebung aus Gründen des Rechtsmissbrauchs verworfen.¹³⁰⁴

¹²⁹⁸ Vorne N 718.

¹²⁹⁹ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 98.

¹³⁰⁰ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 87.

¹³⁰¹ Vorne N 741 f.

¹³⁰² GPK Bericht, 3458; vgl. auch die ablehnende Haltung betreffend die Ausweitung der unentgeltlichen Rechtspflege im Bereich der Streu- und Massenschäden im Bericht des BR 2013, 44.

¹³⁰³ Stellungnahme BR, 42 f.

¹³⁰⁴ Stellungnahme BR, 42.

Die Klageerhebung durch den Staat als Aktionär und die damit einhergehende Übernahme des Kostenrisikos scheitert im Übrigen auch aufgrund derjenigen Gründe, welche eine Klageanhebung durch andere Aktionäre als unattraktiv erscheinen lassen. Der Bund sei aus einschlägigen finanzhaushaltsrechtlichen Vorgaben verpflichtet, seine Mittel *wirksam* und *wirtschaftlich* einzusetzen.¹³⁰⁵ Dem stehe die Tatsache entgegen: «[...] dass eine allfällige Schadenersatzforderung der UBS AG – und nicht den klagenden Aktionärinnen und Aktionären oder der Eidgenossenschaft – zugesprochen würde [...]»¹³⁰⁶ 765

3. Zwischenfazit

Die Einführung eines unentgeltlichen Verfahrens im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ist m.E. aus den vorne genannten Gründen abzulehnen. Auch die Übernahme der Verfahrenskosten durch den Staat im Einzelfall kommt nur dann in Betracht, wenn sich eine Klageanhebung für die Eidgenossenschaft oder deren Organe als Aktionäre aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise als vorteilhaft erweisen könnte. 766

E. Fazit

Um die Kostenproblematik ausserhalb des Konkurses isoliert zu lösen, erscheint m.E. das vorgeschlagene Kostenanlastungsverfahren als geeignetste Option. Den Aktionären wird damit ein Instrument zur Verfügung gestellt, welches es erlaubt, bereits vor Beginn des Hauptverfahrens im Grundsatz Sicherheit über die Kostenverteilung im Falle des Unterliegens zu erhalten.¹³⁰⁷ Dies ist weder unter geltendem Recht noch nach Einführung von Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 möglich. Das im VE-OR 2014 vorgeschlagene Kostenanlastungsverfahren ist jedoch im E-OR 2016 aufgrund der geäusserten Kritik nicht mehr enthalten.¹³⁰⁸ 767

Ein anderer Lösungsansatz besteht in der anteiligen Kostenverteilung auf die einzelnen Kläger im Rahmen der individuellen Leistungsdestination. Die einzelnen Kläger klagen demnach auf Leistung an sich selbst.¹³⁰⁹ Da dieser Vorschlag nur im Zusammenspiel mit anderen geeigneten Massnahmen zu sachgerechten Ergebnissen führt, ist auf diesen Lösungsansatz hinten näher einzugehen.¹³¹⁰ 768

¹³⁰⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 4 und Art. 59 Abs. 2 FHG.

¹³⁰⁶ Stellungnahme BR, 42 f.

¹³⁰⁷ Vorne N 745 ff.

¹³⁰⁸ Vorne N 751.

¹³⁰⁹ Vorne N 759 f.

¹³¹⁰ Hinten N 857 ff. und N 976 ff.

- 769 Keine Option stellt m.E. die Kostenübernahme durch den Staat im Sinne eines unentgeltlichen Verfahrens dar.¹³¹¹

III. Abschaffung der Aktionärsklage

- 770 Als wohl pragmatischster Lösungsansatz ausserhalb des Konkurses kommt die Abschaffung der Aktivlegitimation resp. des Verantwortlichkeitsanspruchs des Aktionärs in Betracht.¹³¹²
- 771 Dieser Vorschlag beseitigt die Problematik betreffend die Rechtsnatur der Klage ausserhalb des Konkurses ohne Weiteres und auch das Kostenproblem wird durch die Abschaffung der Klage obsolet. Ausserdem sind Verantwortlichkeitsklagen von Aktionären, solange die Gesellschaft aufrecht steht, in der Praxis eine Seltenheit. Insofern würde die Abschaffung derzeit nicht zu einer einschneidenden Beschränkung der Aktionärsrechte führen.
- 772 M.E. ist die Abschaffung der Aktionärsklage – zumindest als alleinstehende Massnahme – nicht zu befürworten.¹³¹³ Die Beseitigung der genannten Probleme rechtfertigt den Eingriff in die Aktionärsrechte nicht. Vielmehr ist die Abschaffung der Aktionärsklage m.E. nur dann eine gangbare Option, wenn die Aktionärsrechte durch andere geeignete Massnahmen gestärkt werden.
- 773 Es stellt sich generell die Frage, ob das Ziel des Schadensausgleichs der indirekt geschädigten Aktionäre nicht auch durch andere Mittel erreicht werden kann. Auf einige Instrumente zur Stärkung der Aktionärsrechte ist sogleich näher einzugehen.

IV. Stärkung der Aktionärsrechte

A. Vorbemerkungen

- 774 Der Themenbereich *Stärkung der Aktionärsrechte* ist ein Sammelbecken von Massnahmen, welche es den Aktionären erleichtern sollen, ihre Rechte und im Besonderen den Ersatz ihres indirekten Schadens erfolgreich geltend zu machen. Dazu gehören im Grunde genommen auch die vorne bereits separat beschriebenen Vorschläge zur Beseitigung der Kostenproblematik¹³¹⁴ und teilweise auch die hinten noch zu erläuternden Vorschläge zur Verfahrenskoordination.¹³¹⁵

¹³¹¹ Vorne N 761 ff.

¹³¹² KNOBLOCH, 162.

¹³¹³ KNOBLOCH, 162.

¹³¹⁴ Vorne N 610 ff.

¹³¹⁵ Hinten N 800 ff.

Im Folgenden werden einige ausgewählte Massnahmen zur Stärkung der Aktionärsrechte beschrieben. Dazu gehören die Schaffung eines speziellen Quorums für den Beschluss betreffend die Entlastung und die Klageanhebung (B.), die Einführung einer einseitigen Rechtskrafterstreckung (C.) oder eines Vorab-befriedigungsrechts ausserhalb des Konkurses (D.). 775

B. Quorum für den Beschluss betreffend die Entlastung und die Klageanhebung

Denkbar wäre ein spezielles Quorum für die Entlastung und die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage, so dass bereits eine Aktionärsminderheit die Gesellschaft zur Klage zwingen könnte. So sieht bspw. das deutsche Recht betreffend die Gründungshaftung vor, dass die Hauptversammlung auf den Ersatzanspruch der Gesellschaft nicht verzichten kann, wenn eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.¹³¹⁶ Für das Schweizer Recht schlägt BÄRTSCHI vor, in Analogie zu Art. 697a Abs. 1 OR jedem Aktionär das Recht einzuräumen, der Generalversammlung die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage zu beantragen oder eine Regelung einzuführen, wonach Aktionäre, welche zusammen ein Drittel des Aktienkapitals vertreten, die Gesellschaft zur Anhebung einer Klage verpflichten und dazu einen Vertreter mit der Prozessführung beauftragen können.¹³¹⁷ 776

Durch ein spezielles Quorum wird die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft gefördert. Auch kann damit die Hürde für eine erfolgreiche Kollusion zwischen dem Verwaltungsrat und dem Aktionariat erhöht werden. 777

Durch die Anpassung des Beschlussquorums werden freilich die Interessen der klagewilligen Aktionäre stärker gewichtet als diejenigen der nicht klagewilligen Aktionäre, womit zugleich auch eine Verschiebung der subjektiven Interessen der Gesellschaft einhergeht. Schliesslich steigt durch ein spezielles Quorum auch die Missbrauchsgefahr, wodurch die Gesellschaft häufiger zur Einleitung eines Prozesses und der Übernahme des Kostenrisikos gezwungen wird. 778

¹³¹⁶ § 50 AktG.

¹³¹⁷ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 112.

C. Einseitige Rechtskrafterstreckung

1. Allgemeines

- 779 Um die Rechtsstellung der Aktionäre ausserhalb des Konkurses zu stärken, könnte die Klage der Aktionäre durch eine gesetzliche und einseitige Rechtskrafterstreckung ergänzt werden. Wie bei der Klage gemäss Art. 105 FusG und der Anfechtungsklage nach Art. 706 Abs. 5 OR hätte nur ein die Klage gutheissender Entscheid Wirkung erga omnes.¹³¹⁸ Die Abweisung der Klage würde hingegen ausschliesslich zwischen den Prozessparteien Wirkungen entfalten.¹³¹⁹
- 780 Im Rahmen der Theorie der Prozessstandschaft erstreckt sich die Rechtskraft eines (auch abweisenden) Entscheids bereits als Grundsatz auf die übrigen prozessführungsbefugten Personen.¹³²⁰ Die *einseitige* Beschränkung der Rechtskraft, also nur hinsichtlich der die Klage gutheissenden Wirkungen, ist m.E. abzulehnen. Sie würde im Rahmen der Prozessstandschaft lediglich zu einer Aneinanderreihung gleichartiger Klagen führen, da parallele Klagen durch die Wirkungen der Rechtshängigkeit ausgeschlossen sind.¹³²¹
- 781 Die Rechtskrafterstreckung im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erscheint deshalb m.E. unter Anwendung der Theorie des materiellen Forderungsrechts, d.h. bei Ansprüchen der Aktionäre auf anteiligen Schadenersatz,¹³²² in Kombination mit der individuellen Leistungsdestination, wonach die Aktionäre wie bei der Klage nach Art. 105 FusG Leistung an sich selbst verlangen, am sinnvollsten.
- 782 Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei den Klagen gemäss Art. 105 FusG sowie die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR wohl um Gestaltungsklagen handelt.¹³²³ Eine einseitige Rechtskrafterstreckung im Rahmen einer Leistungsklage könnte zu vollstreckungsrechtlichen Problemen bei den nicht klagenden Aktionären führen, zumal diese im Dispositiv keine Erwähnung

¹³¹⁸ Betreffend die Klage gemäss Art. 105 FusG vgl. vorne N 673. Betreffend die Anfechtungsklage: ZK-TANNER, Art. 706 OR, N 198; KNOBLOCH, 134; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, N 62; vgl. auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706, N 24.

¹³¹⁹ ZK-TANNER, Art. 706 OR, N 202; KNOBLOCH, 134; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, N 64; vgl. auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706, N 24. Anders das deutsche Recht gemäss § 148 Abs. 5 AktG: «Das Urteil wirkt, auch wenn es auf Klageabweisung lautet, für und gegen die Gesellschaft und die übrigen Aktionäre. Entsprechendes gilt für einen nach § 149 bekannt zu machenden Vergleich; für und gegen die Gesellschaft wirkt dieser aber nur nach Klagezulassung.»

¹³²⁰ Vorne N 386 und N 444.

¹³²¹ Vorne N 387 und N 444.

¹³²² Vorne N 426 ff.

¹³²³ Zur Anfechtungsklage: BGE 138 III 204, 212, E. 4.1; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706, N 25; VON GREYERZ, SPR VIII/2, 194. Zur Klage nach Art. 105 FusG vorne N 668.

finden.¹³²⁴ Insofern ist zumindest die Frage aufzuwerfen, ob nicht auch die Verantwortlichkeitsklage durch ein gestaltungsrechtliches Element zu ergänzen ist. Demzufolge hätte der klagende Aktionär zum einen die Festsetzung des Gesamtschadenersatzbetrages durch das Gericht zu verlangen und zum anderen die Verurteilung des Beklagten auf Leistung des anteiligen Schadenersatzbetrages an den klagenden Aktionär. Die übrigen Aktionäre könnten in der Folge selbst eine Leistungsklage anstrengen, die bspw. noch die Frage klärt, ob diese in ihrer Eigenschaft als Aktionäre tatsächlich anspruchsberechtigt sind. Zusätzlich stünde jedem Aktionär offen, eine Gestaltungsklage einzuleiten, welche auf einen höheren Betrag lautet. Die Gutheissung des höheren Schadenersatzbetrages hätte wiederum einseitige Rechtskraft gegenüber den übrigen Aktionären.

2. Vor- und Nachteile der Rechtskrafterstreckung

Die Rechtskrafterstreckung mildert die Folgen widersprüchlicher Entscheide, indem die berechtigten Aktionäre am (besten) Prozessergebnis partizipieren. 783

Anders als bei der Theorie der Prozessstandschaft ist der einzelne Aktionär nicht der u.U. mangelhaften Prozessführung des klagenden Aktionärs bzw. Prozessstandschafters ausgesetzt. Er kann den Anspruch nochmals oder bereits parallel geltend machen, wenn er der Ansicht ist, ein besseres Ergebnis erzielen zu können. 784

Gegen die Einführung der Rechtskrafterstreckung sprechen m.E. diverse Gründe. Wie bei der Klage nach Art. 105 FusG wären die Prozesskosten anhand des Streitwerts zu berechnen, wobei als Streitwert der Betrag gilt, den die beklagte Partei im Fall des Unterliegens sämtlichen Gesellschaftern zu bezahlen hätte.¹³²⁵ Obwohl die einzelnen Aktionäre nach hier vertretener Ansicht Leistung an sich selbst verlangen können und damit im Grundsatz ein Anreiz zur Klageanhebung geschaffen wird, wird das beschriebene Kostenrisiko weiterhin prohibitiv wirken. 785

Durch die einseitige Rechtskrafterstreckung wird die Rechtsstellung des Verantwortlichen faktisch verschlechtert, indem er mehrfach dem Ermessen (bspw. der Schätzung des Schadens gemäss Art. 42 Abs. 2 OR) und der freien Beweiswürdigung der Gerichte ausgesetzt ist. 786

Die fehlende Rechtskrafterstreckung eines abweisenden Entscheids auf die übrigen Aktionäre führt ausserdem zu einer länger andauernden Rechtsunsicherheit zuungunsten des Verantwortlichen. 787

¹³²⁴ Vgl. zur Problematik bei der Klage aus Art. 105 FusG ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 31 f.

¹³²⁵ Vorne N 676; vgl. auch ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105, N 55.

788 Schliesslich erscheint auch die allfällige Einführung eines gestaltungsrechtlichen Elements als dogmatisch fragwürdig. Schliesslich besteht – abgesehen von den einzelnen Schadenersatzansprüchen – kein Rechtsverhältnis, auf welches rechtsgestaltend eingegriffen werden könnte.

3. Fazit

789 M.E. überwiegen die negativen Aspekte einer allfälligen Einführung der einseitigen Rechtskrafterstreckung im Verantwortlichkeitsrecht. Sie erweist sich hinsichtlich der Kostenrisiken gegenüber der Theorie der Prozessstandschaft nicht als vorteilhafter. Zudem schafft sie für den Verantwortlichen zusätzliche und lang anhaltende Rechtsunsicherheit.

D. Vorabbefriedigungsrecht

1. Allgemeines

790 Um einen Anreiz für die Aktionäre ausserhalb des Konkurses zu schaffen und das Problem des Kosten-Nutzen-Verhältnisses zu mildern, wird teilweise in Anlehnung an Art. 260 SchKG ein Vorabbefriedigungsrecht der klagenden Aktionäre in Erwägung gezogen.¹³²⁶

791 Demnach können die klagenden Aktionäre vom Prozesserslös vorab ihren anteiligen Schadenersatz in Abzug bringen. Ein allfälliger Überschuss ist an die Gesellschaft abzuliefern.¹³²⁷ Damit würde jedoch der Anreiz geschaffen, die Klage betragsmässig auf den indirekten Schaden der klagenden Aktionäre zu beschränken.¹³²⁸ BÄRTSCHI vertritt deshalb die Ansicht, das Recht auf Vorabbefriedigung sei zu kürzen, wenn nicht der gesamte Gesellschaftsschaden geltend gemacht wird.¹³²⁹ Das Vorabbefriedigungsrecht müsste also progressiv oder zumindest proportional ausgestaltet sein.

792 Vom Vorabbefriedigungsrecht ebenfalls erfasst sind die von einer allfälligen Prozesskostenentschädigung nicht gedeckten Prozessführungskosten.¹³³⁰

¹³²⁶ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 99 ff.; VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46; CHABLOZ, N 991 ff.; WATTER/GARBARSKI, GesKR 2009, 161; vgl. auch VOGT, Aktionärsdemokratie, 148, wonach dem klagenden Aktionär als Anreiz einen *Anteil am Prozessergebnis* zukommen soll. Dieser Anteil soll wohl den indirekten Schaden des einzelnen Aktionärs übersteigen, so dass dieser Vorschlag weiter geht als ein eigentliches Vorabbefriedigungsrecht. Der Aktionär erhielte somit eine *Belohnung* aus dem Vermögen der Gesellschaft, welche ihm im Grunde genommen nicht zusteht.

¹³²⁷ CHABLOZ, N 992.

¹³²⁸ Bericht des BR 2013, 50; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 100, insb. FN 212.

¹³²⁹ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 100, insb. FN 212.

¹³³⁰ Bericht des BR 2013, 50; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 100; vgl. SUTER, 155 (zuzüglich der damit zusammenhängenden Kosten).

2. Bedenken betreffend Kapitalschutz und Aktionärsgleichbehandlung

Das Vorabbefriedigungsrecht der klagenden Aktionäre hat zur Folge, dass diese zweifach entschädigt werden. Einmal direkt durch Vorabbefriedigung und ein zweites Mal durch die Entschädigung der Gesellschaft, welche indirekt zu einer Wertvermehrung der Aktien der klagenden Aktionäre führt,¹³³¹ was letztlich dem haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbot zuwiderliefe. Dieses Ergebnis wird ausserdem im Hinblick auf die Aktionärsgleichbehandlung und die Bestimmungen zum Kapitalschutz als problematisch erachtet.¹³³²

M.E. sind die Bedenken hinsichtlich des Kapitalschutzes und des Grundsatzes der Aktionärsgleichbehandlung nur teilweise begründet. Letzterer ergibt sich aus Art. 717 Abs. 2 OR und auferlegt den Mitgliedern des Verwaltungsrates die Pflicht, Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Diese Pflicht kann freilich im Verantwortlichkeitsprozess nicht gelten. Der Verwaltungsrat kann seine Gleichbehandlungspflicht gegenüber den übrigen Aktionären nicht verletzen, wenn das Vorabbefriedigungsrecht gesetzlich vorgeschrieben ist. Auch zwischen den obsiegenden Aktionären und den übrigen Aktionären besteht keine derartige Pflicht.

Hinsichtlich der Bedenken zum Kapitalschutz ist festzuhalten, dass ein Vorabbefriedigungsrecht zum einen nicht in jedem Fall einen Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr bedeutet.¹³³³ Zum anderen kann der verbotenen Einlagerückgewähr u.U. durch geeignete Massnahmen begegnet werden.¹³³⁴

3. Zweistufiges Verfahren

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass ein Vorabbefriedigungsrecht vorzugsweise in einem zweistufigen System umzusetzen sei.¹³³⁵ Damit soll verhindert werden, dass sowohl Aktionäre als auch die Gesellschaft konkurrierende Klagen jeweils mit Leistung an sich selbst führen. Die klagewilligen Aktionäre müssen folglich in einem ersten Schritt versuchen, einen Beschluss der Gesellschaft über die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu erwirken.¹³³⁶ Bleibt dieser Versuch erfolglos, folgt im Anschluss ein Vorprüfungsverfahren, in wel-

¹³³¹ Erläuternder Bericht zum VE-OR 2014, 50; BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 100; CHABLOZ, N 992.

¹³³² Erläuternder Bericht zum VE-OR 2014, 49 f.; vgl. auch BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 101; VOGT, Aktionärsdemokratie, 148 (hinsichtlich der Gläubigergleichbehandlung). Zum Verbot der Einlagerückgewähr bei direkter Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre hinten N 1013 ff.

¹³³³ Hinten N 1013 ff und 1018 ff.

¹³³⁴ Hinten N 1026 ff.

¹³³⁵ VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46.

¹³³⁶ VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46.

chem die Begründetheit des Anspruchs glaubhaft zu machen ist.¹³³⁷ Die Gutheissung der Vorprüfung führt schliesslich zur Überwälzung der Kostenrisiken auf die Gesellschaft im nachfolgenden Hauptverfahren.¹³³⁸ Dieses Vorgehen entspricht im Wesentlichen dem vorne bereits beschriebenen Kostenanlastungsverfahren.¹³³⁹

797 Um die Gefahr auszuschliessen, dass die klagenden Aktionäre lediglich ihren Anteil am Gesamtschaden geltend machen – wie dies auch bei den Gläubigern im Konkurs möglich ist – wird vorgeschlagen, die Aktionäre zu verpflichten, den Gesamtschaden geltend zu machen.¹³⁴⁰

4. Vorabbefriedigungsrecht in der Aktienrechtsreform

798 Im erläuternden Bericht zum VE-OR 2014 wurde argumentiert, das Vorabbefriedigungsrecht sei nicht notwendig, da im VE-OR 2014 bereits das Kostenanlastungsverfahren vorgesehen sei.¹³⁴¹ Wie vorne bereits erwähnt, wurde im E-OR 2016 vom Kostenanlastungsverfahren jedoch wieder Abstand genommen.¹³⁴² Im E-OR 2016 sind somit weder das Vorabbefriedigungsrecht noch das Kostenanlastungsverfahren und damit auch keine zusätzlichen Anreize für eine Aktionärsklage ausserhalb des Konkurses vorgesehen.

5. Fazit

799 M.E. ist der Vorschlag des Vorabbefriedigungsrechts v.a. aufgrund der überkompensatorischen Leistung an den obsiegenden Aktionär abzulehnen. Selbst wenn die Verantwortlichkeitsklage im Interesse der Gesellschaft liegt, soll die Klage nach hier vertretener Ansicht nicht einzig aufgrund des Anreizes des Aktionärs, einen Gewinn erzielen zu können, erhoben werden. Das Vorabbefriedigungsrecht würde damit eine Ausnahme vom haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbot schaffen. Im Übrigen beseitigt es nicht das Kostenproblem, so dass der klagende Aktionär grundsätzlich weiterhin das volle Kostenrisiko trägt. Folglich wäre die Kostenproblematik bspw. durch die Implementierung eines Kostenanlastungsverfahrens zu beheben.

¹³³⁷ VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46.

¹³³⁸ VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013, 46.

¹³³⁹ Vorne N 745 ff.

¹³⁴⁰ SUTER, 155 f.

¹³⁴¹ Erläuternder Bericht zum VE 2014, 50.

¹³⁴² Vorne N 751.

V. Verfahrenskoordination

A. Vorbemerkungen

Ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft besteht das Hauptproblem der Theorie des materiellen Forderungsrechts in der unzureichenden Verfahrenskoordination, welche zu mehrfachen Klagen und widersprüchlichen Entscheiden führen kann. Bei der Theorie der Prozessstandschaft stellt sich dieses Problem aufgrund der Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht. 800

Zur Vermeidung mehrfacher Klagen und widersprüchlicher Entscheide stehen primär prozessrechtliche Lösungsansätze im Vordergrund. So werden in der Lehre und rechtspolitischen Diskussion Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes und das Klagezulassungsverfahren als mögliche Lösungen in Betracht gezogen. In Anlehnung an die Verwirkungsfrist im Rahmen des Entlastungsbeschlusses gemäss Art. 758 Abs. 2 OR wäre jedoch auch eine zeitliche Verfahrenskoordination mittels materiellrechtlicher Fristen denkbar. 801

B. Zivilprozessuale Lösungen

1. Kollektiver Rechtsschutz

a) Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz

Im Nachgang zur Rettung der UBS AG durch den Bund im Herbst 2008 hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte festgestellt, dass es unbefriedigend erscheine, dass Verantwortlichkeitsprozesse häufig aus dem Grund nicht zustande kommen, weil die Übernahme des Prozesskostenrisikos durch einzelne Aktionäre als untragbar erscheint.¹³⁴³ Der Bundesrat hat dies zum Anlass genommen, zu «[...] prüfen, ob für den Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht doch prozessuale Instrumente der kollektiven Interessenwahrung vorgesehen werden sollten, [...]»¹³⁴⁴ In diesem Zusammenhang seien auch Überlegungen zu einem möglichen Vorabefriedigungsrecht der einzelnen Aktionäre in Anlehnung an Art. 260 SchKG anzustellen.¹³⁴⁵ 802

Im Bericht des Bundesrates, welcher diese Fragen zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz untersucht, werden die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes und die Handlungsmöglichkeiten de lege ferenda ausführlich analysiert. Obwohl im genannten Bericht das Verantwortlichkeitsrecht als Ausgangspunkt für die Überlegungen zum kollektiven Rechtsschutz dient,¹³⁴⁶ wird 803

¹³⁴³ Stellungnahme BR, 44.

¹³⁴⁴ Stellungnahme BR, 44.

¹³⁴⁵ Stellungnahme BR, 44. Zum Vorabefriedigungsrecht der Aktionäre vorne N 790 ff.

¹³⁴⁶ Bericht des BR 2013, 6.

festgestellt, dass es sich beim Verantwortlichkeitsrecht gerade nicht um einen Anwendungsfall des kollektiven Rechtsschutzes handelt.¹³⁴⁷ Präzisierend ist festzuhalten, dass lediglich Verantwortlichkeitsklagen aus *indirekten Schäden* dem echten kollektiven Rechtsschutz nicht zugänglich sind. Klagen aus *direkten Schäden* (z.B. aus Prospekthaftung) könnten durchaus mit Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes geltend gemacht werden, weil den Aktionären bzw. Gläubigern je einzelne Ansprüche zustehen.

804 Der kollektive Rechtsschutz befasst sich v.a. mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus *Massen-*¹³⁴⁸ und *Streuschäden*.¹³⁴⁹ Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit hat mit Massen- und Streuschäden gemein, dass im Falle eines atomisierten Aktienbesitzes eine Vielzahl von Aktionären einen indirekten Schaden erleiden können, welche auf gleichen Sachverhalts- und Rechtsgrundlagen basieren.¹³⁵⁰

805 Allerdings besteht bei der von der h.L. und Rechtsprechung vertretenen Theorie der Prozesstandschaft gerade nicht eine Vielzahl von gleichartigen Ansprüchen. Es existieren lediglich der Anspruch der Gesellschaft und die Prozessführungsbefugnisse der Aktionäre, wobei die Rechtshängigkeit der Klage eines Aktionärs bzw. eines Prozesstandschafters parallele Klagen anderer Aktionäre oder der Gesellschaft ausschliesst. Dieser Theorie folgend können die Instrumente des echten kollektiven Rechtsschutzes (bspw. die Gruppenklage) nicht angewendet werden.¹³⁵¹ Die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs erfolgt vielmehr im Rahmen des Individualrechtsschutzes.

806 Auch die im Rahmen der Rechtsvergleichung untersuchten *Muster-* und *Testverfahren*, welche sich in das System des Individualrechtsschutzes einfügen lassen, sind mit der Theorie der Prozesstandschaft nicht in Einklang zu bringen. Während Muster- und Testverfahren wie auch Gruppenklagen eine Vielzahl materieller Ansprüche voraussetzen, schliesst die Prozesstandschaft aufgrund der Rechtskrafterstreckung nachfolgende Prozesse weiterer Aktionäre oder der Gesellschaft über denselben Streitgegenstand aus.

807 Der Bericht kommt somit zum Ergebnis, dass neben der Aufnahme von Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 betreffend die Kostenverteilung auch die Einführung eines Vorabbefriedigungsrechts zu prüfen sei.¹³⁵²

808 M.E. erscheint es wenig sinnvoll, ausgehend von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zu entwickeln

¹³⁴⁷ Bericht des BR 2013, 48 f.

¹³⁴⁸ Zum Begriff des Massenschadens: Bericht des BR 2013, 10 ff.

¹³⁴⁹ Zum Begriff des Streuschadens: Bericht des BR 2013, 12 f.

¹³⁵⁰ Bericht des BR 2013, 49.

¹³⁵¹ Bericht des BR 2013, 48 f.

¹³⁵² Bericht des BR 2013, 57.

und in das schweizerische Zivilprozessrecht einzuführen. Vielmehr wäre ausgehend von den Hauptanwendungsfällen des kollektiven Rechtsschutzes in den Bereichen der Streu- und Massenschäden geeignete Instrumente in das Zivilprozessrecht aufzunehmen und in einem zweiten Schritt, die Anpassung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage an das neu eingeführte System des kollektiven Rechtsschutzes zu prüfen. Da die Verantwortlichkeitsklage unter Anwendung der Theorie der Prozessstandschaft dem kollektiven Rechtsschutz gerade nicht zugänglich ist, hätte im Rahmen der Angleichung ein Wechsel zur Theorie des materiellen Forderungsrechts zu erfolgen. Schliesslich kann nur eine Vielzahl an *Individualansprüchen* im Rahmen des kollektiven Rechtsschutzes geltend gemacht werden.

b) *Vorentwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung*

Zu den erklärten Zielen der laufenden ZPO-Revision zählen u.a. die *Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung* und die *Erleichterung der Verfahrenskoordination*. Der kollektive Rechtsschutz soll durch die Einführung eines Gruppenvergleichsverfahrens und einer reparatorischen Verbandsklage gestärkt werden,¹³⁵³ auf welche im Folgenden näher einzugehen ist. 809

(1) Gruppenvergleichsverfahren

Nach derzeitigem Stand der Revision sehen Art. 352a-352k VE-ZPO 2018 ein Gruppenvergleichsverfahren vor, das eine einvernehmliche kollektive Streiterledigung ermöglichen soll.¹³⁵⁴ 810

Dabei schliessen eine oder mehrere Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, und eine oder mehrere Organisationen, die nach Art. 89 VE-ZPO 2018 zur Verbandsklage legitimiert sind, einen Gruppenvergleich. Dieser wird auf gemeinsamen Antrag der Vergleichsparteien vom Gericht geprüft und genehmigt und damit für alle betroffenen Personen für verbindlich erklärt, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind, es sei denn, eine betroffene Person erklärt gemäss Art. 352g VE-ZPO 2018 innert der vom Gericht angesetzten Frist von mindestens drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Genehmigung schriftlich ihren Austritt (sog. *opt-out*).¹³⁵⁵ 811

Bereits hängige Verfahren, welche sich auf dieselbe Rechtsverletzung stützen, werden gemäss Art. 352e Abs. 1 VE-ZPO 2018 mit der Einleitung des Verfahrens zur Genehmigung des Gruppenvergleichs sistiert. Ist eine Partei nach Art. 352g VE-ZPO 2018 ausgetreten oder wurde der Gruppenvergleich durch 812

¹³⁵³ Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 3.

¹³⁵⁴ Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 3.

¹³⁵⁵ Zum Ganzen Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 17 f.

das Gericht nicht genehmigt, so wird das Verfahren auf Antrag einer der Parteien wieder aufgenommen.

813 Art. 5 Abs. 1 lit. k VE-ZPO 2018 sieht für das Gruppenvergleichsverfahren eine einzige kantonale Instanz vor. Zudem ist für dieses Verfahren gemäss Art. 16a Abs. 2 VE-ZPO 2018 das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig.

814 Gemäss Art. 98 Abs. 2 VE-ZPO 2018 können die Parteien in einem Gruppenvergleich gemeinsam zur Leistung eines Vorschusses bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verpflichtet werden. Die Parteien tragen die Kosten zu gleichen Teilen, es sei denn, sie haben eine abweichende Vereinbarung getroffen. Die definitive Verteilung der Prozesskosten richtet sich nach Massgabe des Vergleichs (Art. 109 Abs. 1 VE-ZPO 2018).

(2) Reparaturische Verbandsklage

815 Unter geltendem Recht können mit Verbandsklagen lediglich Persönlichkeitsverletzungen geltend gemacht werden. Der erläuternde Bericht zur Änderung der ZPO 2018 hat festgestellt, dass vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO am 1. Januar 2011 bis zur Erstellung des Berichts keine einzige Verbandsklage angehoben wurde.¹³⁵⁶ Die Attraktivität der Verbandsklage soll infolgedessen durch die mögliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gesteigert werden.¹³⁵⁷

816 Mit der reparatorischen Verbandsklage kann eine klagende Organisation, die nach Art. 89 VE-ZPO 2018 zur Verbandsklage legitimiert und zudem gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO 2018 zur Geltendmachung der Ersatzansprüche geeignet ist,¹³⁵⁸ in eigenem Namen finanzielle Ansprüche der betroffenen Angehörigen einer bestimmten Personengruppe geltend machen. Damit soll insbesondere die Geltendmachung sogenannter Massenschäden ermöglicht werden, indem finanzielle Ansprüche vieler betroffener Personen aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung (sog. *opt-in*) in Schriftform oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, mit der Verbandsklage geltend gemacht werden können.¹³⁵⁹

817 Art. 5 Abs. 1 lit. j VE-ZPO 2018 sieht für die Verbandsklage nach Art. 89a VE-ZPO 2018 eine einzige kantonale Instanz vor. Für Verbandsklagen ist ge-

¹³⁵⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 38.

¹³⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 39.

¹³⁵⁸ Die Anforderungen an die Organisation sind bei der reparatorischen Verbandsklage also strenger als bei der Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO 2018 und beim Gruppenvergleichsverfahren.

¹³⁵⁹ Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 17.

mäss Art. 16a Abs. 1 VE-ZPO 2018 das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zuständig.

Nach Art. 115a VE-ZPO 2018 haben klagende Organisationen bei Verbandsklagen sowohl im Rahmen von Schlichtungs- als auch Entscheidungsverfahren bis zu einem Streitwert von CHF 500 000 keinen Kostenvorschuss und keine Sicherheit zu leisten, sofern eine Verbandsklage zur Rechtsdurchsetzung besser geeignet erscheint als individuelle Klagen. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. g VE-ZPO 2018 kann das Gericht von den Kostenverteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. 818

(3) Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage

Sollten das Gruppenvergleichsverfahren und die reparatorische Verbandsklage durch den Gesetzgeber in die ZPO überführt werden, so zeigt bereits die hier in aller Kürze zusammengefasste Beschreibung der beiden Institute, dass diese mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (aus indirekten Schäden) de lege lata kaum kompatibel sind. 819

Das Hauptproblem bei der Anwendung des Gruppenvergleichsverfahrens und der Verbandsklage auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage ist der Umstand, dass indirekte Schäden der Aktionäre (und Gläubiger) de lege lata nicht als Massen- oder Streuschäden qualifiziert werden können und damit keinen Anwendungsfall des echten kollektiven Rechtsschutzes darstellen.¹³⁶⁰ Sowohl das Gruppenvergleichsverfahren als auch die reparatorische Verbandsklage setzen nämlich voraus, dass die Geschädigten über eigene materielle Forderungsrechte verfügen, welche durch die Organisation im Rahmen des Gruppenvergleichsverfahrens oder der Verbandsklage geltend gemacht werden können. Gemäss h.L. und Rechtsprechung stützt sich die Klage eines Aktionärs gemäss Art. 756 Abs. 1 OR jedoch auf eine Prozessstandschaft, d.h. dem klagenden Aktionär kommt lediglich die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft zu.¹³⁶¹ Die Klage eines Aktionärs bewirkt folglich Rechtshängigkeit,¹³⁶² so dass einer späteren Verbandsklage die Litispendenz entgegenstehe. 820

Selbst wenn die Theorie der Prozessstandschaft mit dem echten kollektiven Rechtsschutz als kompatibel erachtet würde, stellten sich eine ganze Reihe offener Fragen, deren Klärung weitere Regelungen notwendig machen würden. Der Organisation müsste wohl die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der 821

¹³⁶⁰ Bericht des BR 2013, 48 f. Vgl. auch vorne N 803 ff.

¹³⁶¹ Vorne N 438.

¹³⁶² Vorne N 444.

Gesellschaft zukommen,¹³⁶³ wobei sich daraus diverse Abgrenzungsfragen stellen. Es wäre bspw. zu klären, in welchem Verhältnis das Gruppenvergleichsverfahren zu allfälligen Vergleichsverhandlungen zwischen der Gesellschaft und dem Verantwortlichen stehen. Selbiges gilt für das Verhältnis einer reparatorischen Verbandsklage und einer allfälligen Klage der Gesellschaft.

822 Weitere Probleme bei der Anwendung des Gruppenvergleichsverfahrens und der Verbandsklage auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage ergeben sich aus den Anforderungen an die *Organisation*. Sowohl beim Gruppenvergleichsverfahren als auch bei der reparatorischen Verbandsklage muss eine Organisation gemäss Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO 2018 – also eine Organisation, die nicht gewinnorientiert, nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen dieser Personengruppe befugt und zur Wahrung dieser Interessen geeignet ist – als Partei den Gruppenvergleich verhandeln und abschliessen bzw. die Verbandsklage führen. Zum einen ist dieses Erfordernis klar auf Massenschäden ausgerichtet, bei welchen die Geschädigten, abgesehen von der gemeinsamen Rechtsverletzung, häufig keine weiteren Gemeinsamkeiten aufweisen. Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage hingegen verfügen die indirekt geschädigten Aktionäre bereits über eine gemeinsame Organisation, welche ihren Schaden kollektiv geltend machen kann, nämlich die geschädigte Gesellschaft selbst. Beschliesst die Generalversammlung die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft, wäre die parallele Interessenwahrung der Aktionäre durch eine fremde Organisation im Rahmen eines Gruppenvergleichsverfahrens oder einer Verbandsklage sinnlos. Zum anderen wird es schwierig sein, Organisationen zu finden, welche gemäss Statuten zur Wahrung der Interessen sämtlicher Aktionäre einer bestimmten Gesellschaft befugt sind.

823 Die unzureichende Kompatibilität der beiden neu vorgesehenen Verfahren und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zeigt sich schliesslich auch in der Verteilung der allfälligen Vergleichszahlung bzw. des allfälligen Prozesserglöses. Gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. b VE-ZPO 2018 kommt ein allfälliger Prozessgewinn überwiegend dieser (geschädigten) Personengruppe zu oder wird ausschliesslich in deren Interesse verwendet.¹³⁶⁴ Auch im Gruppenvergleichsverfahren wird gemäss Art. 352b Abs. 2 lit. c VE-ZPO 2018 die Aufteilung auf die betroffenen Personen vorausgesetzt. Zudem kann jede betroffene Person die Erfüllung für sich selbst verlangen (Art. 352j Abs. 2 VE-ZPO 2018). Beide Verfahren setzen somit die individuelle Leistungsdestination der betroffenen Personen voraus.¹³⁶⁵ Die Klage der Aktionäre aus aktienrechtlicher Verantwortlich-

¹³⁶³ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 39 und 43 ff., wonach betreffend die Verbandsklage mehrfach von Prozessstandschaft gesprochen wird.

¹³⁶⁴ Vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 44.

¹³⁶⁵ Zur Leistungsdestination vorne N 727 ff.

keit geht demgegenüber – gemäss explizitem Wortlaut in Art. 756 Abs. 1 OR – von der kollektiven Leistungsdestination, d.h. Leistung an die Gesellschaft, aus. Zwar schliessen das Gruppenvergleichsverfahren und die Verbandsklage nicht aus, dass die individuellen Ansprüche der Aktionäre auf Leistung an die Gesellschaft lauten, allerdings erscheint die Geltendmachung eines Gesellschaftsschadens (unter dem Deckmantel einzelner Aktionärsansprüche) durch eine fremde Organisation auf Leistung an die Gesellschaft als befremdlich. Solange die Gesellschaft ihren Anspruch selbst geltend machen kann, erscheint die parallele Interessenwahrung der Aktionäre durch eine fremde Organisation als nicht sinnvoll.

Im Falle der Überführung des VE-ZPO 2018 in das geltende Recht und ohne weitere gesetzgeberische Anpassungen wären hingegen Verantwortlichkeitsansprüche aus direkten Schäden durchaus als Anwendungsfälle des Gruppenvergleichsverfahrens und der Verbandsklage zu qualifizieren. Allen voran könnten die Ansprüche aus Prospekthaftung der geschädigten Erwerber von Titeln gemäss Art. 752 OR im Rahmen eines Gruppenvergleichsverfahrens oder einer Verbandsklage geltend gemacht werden. Schliesslich nennt auch der erläuternde Bericht zur Änderung der ZPO 2018 Anlegerschäden, in denen eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden eines Finanzinstituts durch falsche Informationen oder wegen systematisch mangelhafter Anlageberatung in gleicher oder gleichartiger Weise Verluste erlitten haben, als Anwendungsbeispiel des Gruppenvergleichsverfahrens.¹³⁶⁶ 824

(4) Anpassungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage

Um die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage aus indirekten Schäden dem Gruppenvergleichsverfahren und der reparatorischen Verbandsklage zumindest im Grundsatz zugänglich zu machen, wäre m.E. zum einen der Wechsel von der Theorie der Prozessstandschaft zur Theorie des materiellen Forderungsrechts notwendig, damit die materiellrechtliche Ausgangslage derjenigen bei Massenschäden entspreche. Zum anderen wäre m.E. der Gesellschaftsklage ein (zeitlicher) Vorrang einzuräumen und insofern ein Übergang vom Gesellschaftsanspruch auf die einzelnen Ansprüche der Aktionäre vorzusehen, sobald die Generalversammlung durch Beschluss oder Zeitablauf auf die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs verzichtet hat.¹³⁶⁷ Die Organisation wäre in einem solchen Fall lediglich zur Geltendmachung der Ansprüche der klagewilligen Minderheitsaktionäre berechtigt. Im Falle eines derartigen Übergangs der mate- 825

¹³⁶⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018, 18.

¹³⁶⁷ Zum Übergang vom Gesellschaftsanspruch auf individuelle Ansprüche der einzelnen Aktionäre hinten N 857 ff.

riellrechtlichen Ansprüche wären durch den Gesetzgeber weitere Folgefragen, namentlich, ob die Ansprüche der Aktionäre auf anteiligen Schadenersatz oder je auf den Gesamtschadenersatz der Gesellschaft lauten und ob die Ansprüche auf Leistung an die einzelnen Aktionäre oder auf Leistung an die Gesellschaft lauten, zu klären.

2. Klagezulassungsverfahren

- 826 Das deutsche Recht sieht für die Aktionärsklage in § 148 AktG ein Klagezulassungsverfahren vor, welches auch für das Schweizer Recht in Betracht gezogen werden kann.
- 827 Anders als das Schweizer Recht haben die Aktionäre im deutschen Aktienrecht zum einen kein Individualrecht und zum anderen können sie nicht jederzeit gegen die Verantwortlichen klagen. Vielmehr ist immer primär die Gesellschaft zur Klage berechtigt.¹³⁶⁸
- 828 Minderheitsaktionäre können jedoch beim Gericht die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen.¹³⁶⁹ Die Aktionäre müssen u.a. nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben und Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist.¹³⁷⁰
- 829 Die Gutheissung des Antrags auf Klagezulassung führt dazu, dass die obsiegenden Aktionäre¹³⁷¹ die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft erhalten.¹³⁷² Sie können ihre Klage binnen drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung und sofern die Aktionäre die Gesellschaft nochmals unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben, beim zuständigen Gericht erheben. Die Klage ist auf Leistung an die Gesellschaft zu richten.¹³⁷³ Über die Kostentragung ist grundsätzlich im Endurteil des Hauptverfahrens zu entscheiden.¹³⁷⁴ Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben.¹³⁷⁵

¹³⁶⁸ Dazu sogleich hinten N 831.

¹³⁶⁹ § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG.

¹³⁷⁰ § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 3 AktG.

¹³⁷¹ MüKoAktG-ARNOLD, AktG § 148, N 86.

¹³⁷² MüKoAktG-ARNOLD, AktG § 148, N 1 und N 85.

¹³⁷³ § 148 Abs. 4 Satz 1 und 2 AktG.

¹³⁷⁴ § 148 Abs. 6 Satz 3 AktG.

¹³⁷⁵ § 148 Abs. 6 Satz 5 AktG.

Wurde der Antrag auf Klagezulassung abgewiesen, hat der Antragsteller die 830
Kosten zu tragen, sofern die Abweisung nicht auf entgegenstehenden Gründen
des Gesellschaftswohls beruht, die die Gesellschaft vor Antragstellung hätte
mitteilen können, aber nicht mitgeteilt hat. In diesem Fall hat sie dem Antrag-
steller die Kosten zu erstatten.¹³⁷⁶

Die Gesellschaft ist gemäss § 148 Abs. 3 Satz 1 AktG jederzeit berechtigt, 831
ihren Ersatzanspruch selbst gerichtlich geltend zu machen. Mit der Klageerhe-
bung durch die Gesellschaft wird ein anhängiges Zulassungs- oder Klageverfah-
ren von Aktionären über diesen Ersatzanspruch unzulässig. Die Gesellschaft
kann entweder eine neue Klage erheben oder die Klage der Aktionäre überneh-
men.¹³⁷⁷

Die Rechtskraft des Urteils im Hauptverfahren wirkt, auch wenn es auf Kla- 832
geabweisung lautet, für und gegen die Gesellschaft und die übrigen Aktio-
näre.¹³⁷⁸

Das hier beschriebene Klagezulassungsverfahren enthält neben der eigent- 833
lichen Übertragung der Prozessführungsbefugnis auf die Aktionäre auch eine
Regel zur Kostenanlastung auf die Gesellschaft und eine ausdrückliche Rechts-
krafterstreckung auf die Gesellschaft und die übrigen Aktionäre. Für das Kos-
tenanlastungsverfahren und die Rechtskrafterstreckung als mögliche Lösungs-
vorschläge kann somit auf die vorne gemachten Ausführungen verwiesen
werden.¹³⁷⁹ Das *reine* Klagezulassungsverfahren besteht somit in der blossen
Übertragung der Prozessführungsbefugnis auf die antragstellenden Aktionäre.

Die Einführung des Klagezulassungsverfahrens in das Schweizer Aktien- 834
recht würde voraussetzen, dass das Individualrecht der Aktionäre gemäss
Art. 756 Abs. 1 OR aufgehoben wird, was eine Beschränkung der Aktionärs-
rechte bedeuten würde.

M.E. brächte die Einführung eines reinen Klagezulassungsverfahrens kaum 835
Vorteile für das Schweizer Verantwortlichkeitsrecht. Bereits unter geltendem
Recht wird das individuelle Klagerecht der Aktionäre kaum genutzt. Die Um-
wandlung des Individualrechts in ein Minderheitsrecht würde zu einer zusätz-
lichen Hürde für die klagewilligen Aktionäre führen.

Auch bei der Kostenüberwälzung auf die Gesellschaft ist m.E. von der Auf- 836
hebung des individuellen Klagerechts abzusehen. Schliesslich ist das vorne be-
schriebene Kostenanlastungsverfahren für die Aktionäre optional.¹³⁸⁰ Der ein-

¹³⁷⁶ § 148 Abs. 6 Satz 1 und 2 AktG.

¹³⁷⁷ § 148 Abs. 3 Satz 2 AktG; MüKoAktG-ARNOLD, AktG § 148, N 77 f.

¹³⁷⁸ § 148 Abs. 5 Satz 1 AktG.

¹³⁷⁹ Zum Kostenanlastungsverfahren vorne N 745 ff. Zur Rechtskrafterstreckung vorne N 779 ff.

¹³⁸⁰ Vorne N 745.

zelle Aktionär kann somit auf das Kostenanlastungsverfahren verzichten und auf eigenes Risiko direkt gegen den Verantwortlichen vorgehen. Bei Einführung des Klagezulassungsverfahrens nach deutschem Vorbild wäre dies nicht mehr möglich. Diese zusätzliche Einschränkung ist m.E. nicht notwendig.

C. Materiellrechtliche Verfahrenskoordination

837 Wie vorne bereits angedeutet ist eine Verfahrenskoordination auch durch materiellrechtliche Eingriffe denkbar. Durch Einführung von materiellrechtlichen Verwirkungsfristen bzw. Klagefristen, welche durch zeitliche Staffelung festlegen, wer zu welchem Zeitpunkt zur Klage berechtigt ist bzw. den Anspruch innehat, kann sich eine Koordination unter den anspruchsberechtigten Personen ergeben.

838 In eine vergleichbare Richtung gingen bereits die Überlegungen in der Botschaft von 1928 zur damaligen Gesetzesrevision: «Man hätte eine Lösung wählen können, wonach der Aktionär, von den Fällen der strafrechtlichen Verfolgung der verantwortlichen Personen abgesehen, den mittelbaren Schaden nur einklagen könnte, wenn die Gesellschaft innert einer bestimmten Frist keine Klage erhebt; eventuell hätte bestimmt werden können, dass der Aktionär seinen sekundären Schaden zwar ohne Rücksicht auf die Gesellschaft geltend machen kann, dass aber seine Klage sistiert wird, sobald die Gesellschaft ihrerseits den Anspruch einklagt. Gegen diese Lösung sind Bedenken mit Rücksicht auf mögliche Kollusionen erhoben worden und man würde auch bei der Ordnung von Decharge und Vergleich gewissen Schwierigkeiten begegnen. Man kann umso unbedenklicher die Konkurrenz vom Klagerecht der Gesellschaft und des Gläubigers oder Aktionärs aufnehmen, als ja der Anspruch des Aktionärs und Gläubigers nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft geht. (Art. 750.) Aus dem gleichen Grund kann dann die Geltendmachung dieses Anspruchs der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger im Konkurse der Gesellschaft der Konkursverwaltung überlassen werden, denn der Anspruch deckt sich mit demjenigen der Gesellschaft. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Anspruches, so reiht sich dann das Verfahren nach Art. 260 SchKG an. (Art. 751.)»¹³⁸¹ Wie beschrieben, hat sich der Gesetzgeber schliesslich für eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft entschieden, welche ohne die genannte Klagefrist auskommt.

839 Führt man den Gedanken einer Fristenregelung jedoch weiter, könnte bspw. in einer ersten Phase ausschliesslich die Gesellschaft berechtigt sein, ihre Schadenersatzforderung geltend zu machen. Verzichtet sie ausdrücklich auf die Geltendmachung, geht der Anspruch unter. In einer zweiten Phase sind die Aktionäre berechtigt, ihre anteiligen Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

¹³⁸¹ Botschaft 1928, 265 f.

Den Aktionären ist eine Klage- bzw. eine Verwirkungsfrist zu setzen, innert 840
welcher sie ihre Klage anzuheben haben, andernfalls ihr Anspruch ebenfalls un-
tergeht. Diese Frist kann weder unterbrochen noch verlängert werden. Nach Ver-
streichen der Frist bestehen nur noch diejenigen Ansprüche, welche zwischen-
zeitlich gerichtlich geltend gemacht wurden.

Die Klagefrist muss einerseits ausreichend lang sein, um den Aktionären 841
eine angemessene Informationsbeschaffung und Willensbildung zu ermög-
lichen. Andererseits darf die Frist nicht zu lange angesetzt werden, um bei klaren
Verhältnissen und gegenüber klagewilligen Aktionären keine ungebührliche
Verzögerung zu verursachen.

Die eingereichten Klagen werden an ein bestimmtes Gericht überwiesen, die 842
Verfahren vereinigt und bis zum Verstreichen der Verwirkungsfrist sistiert.¹³⁸²
Das Verstreichen der Verwirkungsfrist stellt zum einen sicher, dass danach keine
weiteren Ansprüche geltend gemacht werden können. Zum anderen wird ge-
währleistet, dass die Verfahren zur selben Zeit beginnen und am selben Gericht
beurteilt werden.

Die Regelung der Klage- und Anspruchsberechtigung durch Verwirkungs- 843
fristen kann weitestgehend eine Verfahrenskoordination sicherstellen, ohne
dass dazu wesentliche zivilprozessuale Eingriffe notwendig werden.

Auf die konkrete Ausgestaltung einer materiellrechtlichen Verfahrenskoordi- 844
nation und den daraus entstehenden Fragen ist hinten näher einzugehen.¹³⁸³

VI. Kodifikation der Bundesgerichtspraxis

Im Hinblick auf die Aktienrechtsrevision wird in der Lehre teilweise die Kodifi- 845
kation der bundesgerichtlichen Praxis in Betracht gezogen.¹³⁸⁴ Damit liesse sich
ein Hauptkritikpunkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich deren
fehlende gesetzliche Grundlage, beseitigen.

Es stellt sich allerdings die Frage, welche weiteren Vorteile eine allfällige 846
Kodifikation brächte. Je nach Formulierung des Gesetzes¹³⁸⁵ kann aus der Kodi-
fikation der Gerichtspraxis die Rechtssicherheit für die betreffenden Personen

¹³⁸² Vgl. VOGT, Aktionärsdemokratie, 148, wonach mehrere Klagen durch das ausschliesslich
zuständige Gericht am Sitz der Gesellschaft zu vereinigen seien, sofern die Klagen inner-
halb eines bestimmten Zeitraumes erhoben werden und sich auf den gleichen Streitgegen-
stand beziehen. Ausführlich zum genannten Vorgehen hinten N 890 ff.

¹³⁸³ Hinten N 857 ff.

¹³⁸⁴ BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 76 und 121 f.; WEBER, Stolpersteine, 205 ff.; SETHE,
322; SUTER, 156; BAHAR/TRIGO TRINDADE, GesKR Sondernummer 2008, 157;
BÖCKLI, Hürdenlauf, 45 f. Ablehnend JENNY, N 934 ff.

¹³⁸⁵ Ein Vorschlag für eine Neuformulierung des Gesetzes bei WEBER, Stolpersteine, 207 so-
wie bei BÖCKLI, Hürdenlauf, 46.

zu- oder abnehmen. Einerseits könnten offene oder umstrittene Fragen – bspw. die Stellung der Aktionäre im Konkurs oder die Frage, ob eine Abtretung zwingend notwendig ist¹³⁸⁶ – positivrechtlich geklärt werden. Andererseits könnte durch Umschreibung der zulässigen Einreden und Einwendungen die Flexibilität der Judikatur in der Rechtsanwendung eingeschränkt werden.¹³⁸⁷ Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass sich die Einredeordnung nicht nur durch die Konkursöffnung gegenüber der Konkursmasse,¹³⁸⁸ sondern auch mit der Geltendmachung durch die Gläubiger (und u.U. auch der Aktionäre) verändert. Gegenüber einzelnen Abtretungsgläubigern sollen nämlich persönliche Einreden und Einwendungen zulässig werden,¹³⁸⁹ was eine ausgeklügelte Einredeordnung voraussetzt. Ganz allgemein wäre auch eine ungewollte Zunahme der Rechtsunsicherheit durch die Wortwahl des Gesetzgebers denkbar.

847 Selbst unter der Annahme, die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei gesetzeswidrig, wird deren Akzeptanz durch die Lehre als geltendes Richterrecht nicht bestritten.¹³⁹⁰ Auch könne das unterlassene Eingreifen des Gesetzgebers in der laufenden Gesetzesrevision als rechtspolitische Zustimmung aufgefasst werden.¹³⁹¹ Zumindest wird die Praxis des Bundesgerichts nicht als offensichtlich stossend oder korrekturbedürftig angesehen.

848 M.E. erscheint deshalb die Kodifikation um ihrer selbst willen nicht notwendig. Solange zumindest kein korrigierender Eingriff in die Rechtsprechung erfolgen soll, erscheint der Nutzen der gesetzlichen Festschreibung der bundesgerichtlichen Praxis als gering, zumal dadurch die vorne festgestellten Probleme¹³⁹² nicht beseitigt würden.

VII. Fazit

849 Es wurde aufgezeigt, dass der echte kollektive Rechtsschutz für die Aktionärsklage ausserhalb des Konkurses unter Anwendung der von der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Theorie der Prozessstandschaft als Lösungsansatz derzeit nicht in Betracht kommt, da den Aktionären keine individuellen Ansprüche zu-

¹³⁸⁶ Vorne N 506 ff.

¹³⁸⁷ A.A. JENNY, N 936 ff., wonach die Kodifizierung der Einredeordnung der Rechtssicherheit dienlich wäre. Vgl. den Gesetzesvorschlag von WEBER, *Stolpersteine*, 207, wonach den Beklagten nur die Einreden der Verjährung, der Verrechnung und des Rechtsmissbrauchs zustehen sollen. Zur Einredeordnung im Rahmen der Ablösungstheorie vorne N 466 f. und N 511 ff.

¹³⁸⁸ Vorne N 466 f.

¹³⁸⁹ Vorne N 512 ff.

¹³⁹⁰ Vorne N 596.

¹³⁹¹ Vorne N 570.

¹³⁹² Vorne N 609 ff.

stehen, sondern lediglich die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch der Gesellschaft. Der echte kollektive Rechtsschutz würde im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage den Wechsel zur Theorie des materiellen Forderungsrechts voraussetzen.

Nicht in Frage kommt m.E. auch die Kostenübernahme durch den Staat, 850 weil kaum Gründe für eine derartige Ausnahme von den Grundsätzen der Kostenverteilung bestehen und überwiegende Interessen der Allgemeinheit dagegen sprechen.

Einige Lösungsansätze sind zwar ohne Weiteres umsetzbar, erweisen sich je- 851 doch in einer isolierten Betrachtungsweise als nachteilig oder wenig effektiv. Dazu zählen die die Abschaffung der Aktionärsklage, die Kodifikation der Bundesgerichtspraxis, das Vorabbefriedigungsrecht, die einseitige Rechtskrafterstreckung und das (reine) Klagezulassungsverfahren.

Auch die Einführung eines speziellen Quorums für den Beschluss betref- 852 fend die Entlastung und die Klageanhebung wäre zweifellos umsetzbar und könnte einen Anreiz zur vermehrten Klageanhebung durch die Gesellschaft schaffen. Mit der Stärkung der Minderheitenrechte geht jedoch eine korrespondierende Missachtung der Interessen der Mehrheitsaktionäre einher. Des Weiteren steigt damit das Risiko missbräuchlicher Klagen.

Erfolgversprechende Lösungsansätze sind m.E. das Kostenanlastungsver- 853 fahren, die anteilige Kostenverteilung und die materiellrechtliche Verfahrenskoordination.

§ 15 Vorschlag de lege ferenda

I. Vorbemerkungen

- 854 Die vorne genannten Lösungsvorschläge lassen sich in verschiedenen Varianten kombinieren. Insbesondere in Kombination mit der Theorie des materiellen Forderungsrechts und der Theorie der Prozessstandschaft ergeben sich zahlreiche Lösungsvarianten. Diese werfen Folgefragen auf, deren Beantwortung zu zahllosen Untervarianten führt, die nicht alle in sachdienlicher Weise beschrieben werden können.
- 855 Im Folgenden wird deshalb lediglich der m.E. erfolgversprechendste Ansatz ausführlich untersucht. Dieser kann einen grossen Teil der im 3. Teil festgestellten Probleme beseitigen und ist sowohl mit den Funktionen der Verantwortlichkeitsklage als auch den Interessen der Beteiligten kompatibel.
- 856 Im Folgenden wird dieser Lösungsansatz zunächst abstrakt umschrieben und zu einzelnen Fragen bereits vorab Stellung genommen (II.). Im Anschluss folgen der ausformulierte Vorschlag des Gesetzestextes mit den Erläuterungen (III.), eine Auflistung der Vor- und Nachteile (IV.) sowie die Zusammenfassung (V.).

II. Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination

A. Allgemeines

- 857 Von den vorne genannten Lösungsansätzen ist m.E. eine Kombination der Theorie des materiellen Forderungsrechts, der *materiellrechtlichen Verfahrenskoordination*¹³⁹³ sowie der *anteiligen Kostenverteilung* im Rahmen der *individuellen Leistungsdestination*¹³⁹⁴ am erfolgversprechendsten. Demzufolge steht sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurs der Gesellschaft der Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit primär der Gesellschaft zu. Verzichtet diese auf die Geltendmachung oder wird der Konkurs eröffnet, geht der Anspruch der Gesellschaft unter. Gleichzeitig entstehen anteilige Ansprüche der Aktionäre resp. der Gläubiger. Sie können Leistung des anteiligen Schadenersatzes an sich selbst verlangen.¹³⁹⁵ Durch gesetzliche Klagefristen werden zum einen der Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination und zum anderen die Verfahrenskoordination gewährleistet.

¹³⁹³ Vorne N 837 ff.

¹³⁹⁴ Vorne N 759 f.

¹³⁹⁵ Vgl. auch KUNZ, Rechtsnatur, 142, insb. FN 68. In BGE 59 II 434, 454 ff., E. III 2 hat das BGer unter altem Recht die Klage der Aktionäre auf Leistung an dieselben geschützt.

Eine ähnliche Lösung wurde bereits anfangs des 20. Jahrhunderts von der h.L. vertreten. Dieser Ansicht zufolge können die Aktionäre den *sekundären* bzw. indirekten Schaden nur geltend machen, sofern nicht die Gesellschaft selbst klagend auftritt. Klagt die Gesellschaft selber, geht der Anspruch des Aktionärs unter.¹³⁹⁶ Das Bundesgericht hat jedoch bestimmte Mängel bzw. Unzukömmlichkeiten festgestellt, weshalb es sich einer anderen Lehrmeinung angeschlossen hat, wonach die Aktionäre nur Leistung an die Gesellschaft verlangen können.¹³⁹⁷ 858

B. Ausserhalb des Konkurses

1. Ansprüche aus bekannten Tatsachen

Solange kein Beschluss über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage vorliegt, rechtfertigt es sich, den materiellen Anspruch und dessen Durchsetzung alleine der Gesellschaft zu überlassen. Schliesslich besteht zu diesem Zeitpunkt noch keine Gefahr für die Minderheitsaktionäre, dass eine Verantwortlichkeitsklage von den zuständigen Organen zu Unrecht nicht angehoben wird. Rechts-trägerin des Anspruchs ist somit einzig die Gesellschaft. 859

Für den Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination¹³⁹⁸ bietet sich der Entlastungsbeschluss als Anknüpfungspunkt an. Wird die Entlastung erteilt, geht der Gesellschaftsanspruch unter. Im selben Zeitpunkt entstehen die Ansprüche der einzelnen Aktionäre, welche der Entlastung nicht zugestimmt haben. Sie können ab diesem Zeitpunkt ihren anteiligen Schadenersatz mit Leistung an sich selbst geltend machen. 860

Damit die Gesellschaft selbst den Übergang vom kollektiven zum individuellen System nicht aufschieben bzw. verhindern kann, ist für den Entlastungsbeschluss hinsichtlich eines bestimmten Geschäftsjahres eine Frist zu setzen.¹³⁹⁹ Gleiches muss für den Beschluss über eine Klageeinleitung gelten, falls die Entlastung nicht erteilt wird. Andernfalls könnte die Mehrheit der Aktionäre, welche eventuell mit den verantwortlichen Organen unter einer Decke steckt, die Geltendmachung durch die Aktionärsminorität vereiteln. 861

Um nach der erteilten Entlastung mehrfache Verfahren und widersprüchliche Entscheide über die einzelnen Ansprüche der Aktionäre zu verhindern, 862

¹³⁹⁶ BGE 44 II 38, 43, E. 3 m.w.H.; vgl. KUNZ, Rechtsnatur, 78.

¹³⁹⁷ BGE 44 II 38, 44 f., E. 3.

¹³⁹⁸ Zur Leistungsdestination vorne N 727 ff.

¹³⁹⁹ Ähnlich das deutsche Aktienrecht in § 120 Abs. 1 AktG (alljährliche Abstimmung über die Entlastung innert den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres), wobei dieser Beschluss gemäss § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG gerade keinen Verzicht auf Ersatzansprüche darstellt.

sind diese wiederum innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen, andernfalls sie verwirken.

2. Ansprüche aus unbekanntem Tatsachen

a) Allgemeines

863 Ansprüche gegen Organe, welche nicht in die Entlastung einbezogen wurden, sowie Ansprüche, welche sich auf nicht bekannt gegebene bzw. noch unbekannt Tatsachen stützen,¹⁴⁰⁰ verbleiben vorerst bei der Gesellschaft. Dies erscheint v.a. deshalb sachgerecht, weil zunächst der Gesellschaft Gelegenheit zu geben ist, nach Bekanntwerden anspruchsbegründender Tatsachen über die Geltendmachung des Anspruchs zu entscheiden.

864 Fraglich ist, wie der Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination hinsichtlich dieser Ansprüche zu vollziehen ist.

b) Ablösung des Gesellschaftsanspruchs durch Verwirkung

865 In Betracht kommt eine Verwirkungsfrist, deren Verstreichen den Übergang aller verbleibenden Gesellschaftsansprüche auf die Aktionäre zur Folge hat, unabhängig davon, ob die anspruchsbegründenden Tatsachen bereits bekannt geworden sind oder nicht.

866 Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Gesellschaft in jenen Fällen keine Gelegenheit hätte, den Anspruch selbst geltend zu machen, in denen die anspruchsbegründenden Tatsachen erst nach der Verwirkungsfrist bekannt wurden. Dies würde einen Anreiz für den Verwaltungsrat schaffen, allfällige Pflichtverletzungen absichtlich zu verschweigen, um die Verwirkung des Gesellschaftsanspruchs herbeizuführen. Zwar bliebe die Gesamtforderungen im Sinne von anteiligen Ansprüchen der Aktionäre erhalten, jedoch könnte durch dieses Vorgehen der Schadenersatzbetrag erheblich reduziert werden, wenn die Vermutung besteht, dass viele Aktionäre eine Klage unterlassen werden.

c) Ablösung des Gesellschaftsanspruchs durch Entlastung

867 Werden einem Aktionär anspruchsbegründende Tatsachen bekannt, kann er gestützt auf sein Individualrecht auf Auskunft und Einsicht nach Art. 697 OR sowie sein Antragsrecht gemäss Art. 700 Abs. 4 OR die Generalversammlung darüber in Kenntnis setzen und einen Antrag auf Beschlussfassung über die Entlastung in Bezug auf die durch ihn bekannt gegebenen Tatsachen stellen.¹⁴⁰¹

¹⁴⁰⁰ Im Folgenden unter dem Begriff *anspruchsbegründende Tatsachen* zusammengefasst.

¹⁴⁰¹ Zur Traktandierung als notwendige Voraussetzung des Antragsrechts sogleich hinten N 868 ff.

Wird die Entlastung erteilt, geht der Anspruch der Gesellschaft unter und es entstehen anteilige Ansprüche jener Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt haben.

Dieses Vorgehen setzt jedoch voraus, dass die Entlastung als Verhandlungsgegenstand gehörig traktandiert wurde.¹⁴⁰² 868

Dem einzelnen Aktionär sind jedoch die Hände gebunden, wenn der Verwaltungsrat absichtlich oder fahrlässig die Entlastung nicht oder nicht gehörig als Verhandlungsgegenstand traktandiert. Dies ist offenbar unbefriedigend, weil der Verwaltungsrat dadurch den Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination unterbinden könnte. Wenig hilfreich ist in diesem Zusammenhang das Traktandierungsrecht der Aktionäre gemäss Art. 699 Abs. 3 OR, welches einzelnen oder einer Gruppe von Aktionären erst ab einem Nennwert von CHF 1 Mio. zusteht. 869

M.E. kann die Entlastung – wie z.B. auch die Sonderprüfung – gesetzlich von der Traktandierungspflicht ausgenommen werden. Die Ausnahme könnte m.E. direkt aus der Pflicht der Gesellschaft, innerhalb der Verwirkungsfrist über die Entlastung zu beschliessen, abgeleitet werden.¹⁴⁰³ Der Verwaltungsrat und die traktandierungsberechtigten Aktionäre haben damit die Möglichkeit, innerhalb der Verwirkungsfrist die Entlastung als Verhandlungsgegenstand zu traktandieren. Wird diese jedoch nicht spätestens an der letztmöglichen Generalversammlung vor Verstreichen der Verwirkungsfrist traktandiert, so ist sie an dieser und jeder folgenden Generalversammlung von Rechts wegen Verhandlungsgegenstand, bis über die Entlastung beschlossen wurde. Dadurch wird zum einen gewährleistet, dass jeder Aktionär einen Antrag auf Beschlussfassung über die Entlastung stellen kann. Die einzelnen Aktionäre können damit den Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination erzwingen, ohne dass es dazu der gehörigen Traktandierung oder eines besonderen Klagerechts der Aktionäre bedarf. Zum anderen kann dadurch vermieden werden, dass der Verwaltungsrat durch nicht oder nicht gehörige Traktandierung der Entlastung den Übergang des Gesellschaftsanspruchs auf die einzelnen Aktionäre vereiteln kann. Schliesslich wird durch die Ausnahme von der Traktandierungspflicht auch vermieden, dass die einzelnen Aktionäre ihr Recht auf Beschlussfassung auf gerichtlichem Weg erzwingen müssen, was mit unnötigem Aufwand und Verzögerungen verbunden wäre. 870

¹⁴⁰² Allgemein zur Traktandierung vorne N 55 ff.

¹⁴⁰³ Eine andere Lösung bestünde freilich darin, die Entlastung explizit in den Katalog der Ausnahmen in Art. 700 Abs. 3 OR aufzunehmen.

C. Im Konkurs

1. Allgemeines

- 871 Auch im Konkurs der Gesellschaft rechtfertigt es sich, zunächst die kollektive Leistungsdestination anzuwenden, also der Konkursmasse das Recht einzuräumen, den gesamten Schadenersatz der Gesellschaft geltend zu machen und den Erlös nach den Vorschriften des SchKG zu verwenden. Wird der Schadenersatz nicht geltend gemacht, werden die einzelnen Gläubiger berechtigt, Ersatz für ihren indirekten Schaden geltend zu machen.
- 872 Fraglich ist, ob auch den Aktionären im Konkurs der Gesellschaft ein anteiliger Schadenersatzanspruch einzuräumen ist. Auf diese Frage ist vorab einzugehen.

2. Ansprüche der Aktionäre im Konkurs?

- 873 Unter geltendem Recht sind im Konkurs der Gesellschaft auch die Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden geltend zu machen. Art. 757 Abs. 2 OR sieht ausdrücklich vor, dass die klagenden Aktionäre am Prozesserlös nach Befriedigung der klagenden Gläubiger teilhaben. Das Bundesgericht geht jedoch davon aus, dass die Aktionäre im Konkurs der Gesellschaft nicht mehr zur Klage berechtigt sind.¹⁴⁰⁴
- 874 Nach hier vertretener Ansicht ist den Aktionären de lege ferenda im Konkurs keine Aktivlegitimation zu gewähren.¹⁴⁰⁵ Bereits unter geltendem Recht erscheint die Klage der Aktionäre aufgrund des Vorabbefriedigungsrechts der Gläubiger als unattraktiv. Des Weiteren würde die Aktivlegitimation der Aktionäre im Konkurs der Gesellschaft zu komplexen Folgefragen hinsichtlich der gegenüber den Aktionären zulässigen Einreden und Einwendungen, der Schadensberechnung und der Verfahrenskoordination betreffend Ansprüche aus noch unbekanntem Tatsachen führen. Im Übrigen ist auch der Begründung von KNOBLOCH zuzustimmen, wonach nicht erkenn- und begründbar ist, weshalb ein Aktionär einzig beim Anspruch aus aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Finanzmittel der Gesellschaft erhalten sollte.¹⁴⁰⁶
- 875 Im Folgenden wird deshalb diejenige Variante weiterverfolgt, wonach nur den Gläubigern anteilige Ansprüche im Konkurs zukommen.

¹⁴⁰⁴ Vorne N 506 und N 533.

¹⁴⁰⁵ KNOBLOCH, 162.

¹⁴⁰⁶ KNOBLOCH, 161 f., insb. FN 657.

3. Zeitpunkt der Ablösung des Gesellschaftsanspruchs

Für die konkrete Ausgestaltung dieser Anspruchs- und Klageordnung kommen grundsätzlich zwei Möglichkeiten in Betracht. Zum einen könnte der Anspruch der Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der Konkursöffnung untergehen und durch anteilige Ansprüche der Gläubiger abgelöst werden. Zum anderen könnte der Gesellschaftsanspruch erst mit dem Verzicht durch die Konkursverwaltung untergehen.¹⁴⁰⁷ 876

a) Ablösung im Zeitpunkt der Konkursöffnung

Dem erstgenannten Ansatz zufolge geht der Anspruch der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkursöffnung unter und es entstehen zugleich die einzelnen Ansprüche der Gläubiger. Die Ansprüche lauten grundsätzlich auf Leistung an die Gläubiger. 877

Um der Konkursmasse die Gelegenheit zu geben, die Ansprüche geltend zu machen, wäre ihr die Prozessführungsbefugnis über die Ansprüche der Gläubiger zu gewähren. Nebst der Prozessführungsbefugnis, welches es der Konkursverwaltung als Vertreterin bzw. Organ der Konkursmasse erlaubt, die Ansprüche geltend zu machen, ist der Konkursmasse auch die Verfügungsbefugnis einzuräumen. Damit werden die Ansprüche der Gläubiger den Ansprüchen der konkursiten Gesellschaft gleichgestellt, wodurch aussergerichtliche Verfügungen, namentlich der Abschluss eines aussergerichtlichen Vergleichs, ermöglicht werden. Dazu gehört auch, dass die Leistung an die Konkursmasse erfolgt und der Erlös nach den Vorschriften des SchKG verteilt wird. 878

Verzichtet die Konkursverwaltung bzw. die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung der Ansprüche, gehen die Prozessführungs- und Verfügungsbefugnisse der einzelnen Ansprüche auf die einzelnen Gläubiger über. 879

Mit dem Untergang des Gesellschaftsanspruchs im Zeitpunkt der Konkursöffnung entfallen grundsätzlich auch die Einreden und Einwendungen gegenüber der Gesellschaft. Da sich die einzelnen Ansprüche der Gläubiger vom Gesellschaftsanspruch ableiten, lässt sich m.E. eine differenzierte Einredeordnung rechtfertigen, welche im Ergebnis der heutigen Rechtsprechung entspricht.¹⁴⁰⁸ 880

Nachteilig erweist sich die rechtsdogmatische Begründung dieses Ansatzes. Schliesslich erscheint es sachfremd, Ansprüche Dritter in die Konkursmasse ein- 881

¹⁴⁰⁷ Vgl. KNOBLOCH, 160, wonach de lege ferenda notwendig sei: «[...] dass mit der Konkursöffnung entweder die Ansprüche der Gesellschaft aus unmittelbarer Schädigung oder die Ansprüche der Aktionäre/Gläubiger aus mittelbarer Schädigung untergehen bzw. bei einem Verzicht der Geltendmachung durch die Konkursverwaltung die Ansprüche der Gesellschaft aus unmittelbarer Schädigung untergehen und die Ansprüche der Aktionäre/Gläubiger aus mittelbarer Schädigung wieder aufleben.»

¹⁴⁰⁸ Dazu ausführlicher hinten N 960 ff.

zubeziehen und nach den Vorschriften des SchKG zu verteilen. Vor dem Hintergrund, dass sich die Ansprüche der Gläubiger vom Anspruch der Gesellschaft ableiten, führt dieses dogmatische Problem in der Praxis jedoch nicht zu unhaltbaren Ergebnissen. Der Grund für den Übergang des Gesellschaftsanspruchs zu den anteiligen Ansprüchen der Gläubiger im Zeitpunkt der Konkureröffnung liegt vielmehr gerade darin, ungerechtfertigte Einreden und Einwendungen einzuschränken und damit auch unhaltbare Ergebnisse zu vermeiden. Im Übrigen führt auch die Theorie der Doppelnatur zum selben Ergebnis, indem die materiellen Forderungsrechte der Gläubiger primär durch die Konkursverwaltung geltend gemacht werden.¹⁴⁰⁹

b) Ablösung im Zeitpunkt des Verzichts

882 Dem zweitgenannten Ansatz zur Folge bleibt die Gesellschaft nach der Konkureröffnung zunächst weiterhin Rechtsträgerin ihres Anspruchs. Die Konkursverwaltung kann den Anspruch wie alle übrigen Ansprüche der Gesellschaft geltend machen, wobei der Anspruch auf Leistung an die Konkursmasse lautet.

883 Verzichtet die Konkursverwaltung bzw. die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung des Anspruchs, geht dieser unter und es entstehen erst in diesem Zeitpunkt die einzelnen Ansprüche der Gläubiger.

884 Vorteilhaft erweist sich, dass sich die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs und die Verteilung des Erlöses nach den Vorschriften des SchKG – entgegen dem erstgenannten Ansatz – dogmatisch einfacher begründen und sich in das System des Konkursverfahrens einfügen lassen.¹⁴¹⁰

885 Der grosse Nachteil dieses Ansatzes liegt m.E. in der Einredeordnung, welche auch nach der Konkureröffnung grundsätzlich unverändert weiterbesteht. Der Verantwortliche kann der Konkursmasse auch diejenigen Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche den Gläubigern gegenüber ungerechtfertigt erscheinen.¹⁴¹¹ Diesem Problem wäre einzig durch einen Eingriff in die Einredeordnung beizukommen.

c) Fazit

886 M.E. sind beide genannten Ansätze sowohl vertretbar als auch umsetzbar. Da beim erstgenannten Ansatz nach hier vertretener Ansicht eine differenzierte Einredeordnung möglich ist, welche nicht durch gesetzliche Vorschrift geschaffen

¹⁴⁰⁹ Vorne N 537.

¹⁴¹⁰ Vgl. KNOBLOCH, 161, wonach sich die Aufrechterhaltung des Gesellschaftsanspruchs aus direkter Schädigung dogmatisch besser begründen lasse, als die Aufrechterhaltung des Anspruchs der Aktionäre bzw. der Gläubiger aus indirekter Schädigung.

¹⁴¹¹ Vgl. KNOBLOCH, 161, der diese Konsequenz offenbar als nicht problematisch erachtet.

werden muss, wird nachfolgend diese Variante weiterverfolgt. Dieser Vorteil überwiegt m.E. auch die rechtsdogmatischen Bedenken, dass im Grunde genommen Ansprüche Dritter in die Konkursmasse einbezogen werden.

4. Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung rechtshängige Verfahren

Der Untergang des Gesellschaftsanspruchs und die Ablösung durch Ansprüche der Gläubiger hätte negative Auswirkungen auf diejenigen Ansprüche der Gesellschaft, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch hängig sind. 887

Der Übergang des Gesellschaftsanspruchs zu den anteiligen Ansprüchen der Gläubiger soll die vom Bundesgericht entwickelte Einredeordnung weiterführen, so dass es zu einer Einschränkung der zulässigen Einreden und Einwendungen kommt.¹⁴¹² Es erscheint dem Verantwortlichen gegenüber jedoch nicht gerechtfertigt, dessen Einreden und Einwendungen während eines laufenden Verfahrens zu beschränken und damit auch die erfolgreiche Klageabwehr zu erschweren. Im Übrigen hat der Verantwortliche grundsätzlich keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Es hängt damit vom Zufall ab, ob der Prozess noch vor der Konkurseröffnung oder erst danach abgeschlossen wird. 888

Die Ansprüche der Gesellschaft, welche bereits vor der Konkurseröffnung Gegenstand eines rechtshängigen Verfahrens sind, sollten deshalb m.E. nicht untergehen, sondern auch nach der Konkurseröffnung weiterbestehen. 889

D. Verfahrenskoordination

1. Sistierung, Verfahrensüberweisung und -vereinigung

a) Allgemeines

Wie vorne angesprochen, sind die Klagen der Aktionäre und Gläubiger innerhalb einer bestimmten Frist anzuheben, andernfalls die Ansprüche untergehen. Diese Fristenregelung soll es den Gerichten ermöglichen, sämtliche Klagen einheitlich zu beurteilen und damit widersprüchliche Entscheide zu vermeiden.¹⁴¹³ 890

Das OR sieht bereits diverse Verwirkungsfristen für die Klageanhebung vor. So sind bspw. in Art. 336b Abs. 2 und Art. 337d Abs. 3 OR Verwirkungsfristen (180 bzw. 30 Tage) für die Klageanhebung zu finden, wobei deren Zweck jedoch nicht in der Verfahrenskoordination liegt. Das Gesellschaftsrecht sieht der- 891

¹⁴¹² Dazu hinten N 960 ff.

¹⁴¹³ Vgl. VOGT, Aktionärsdemokratie, 148, wonach mehrere Klagen durch das ausschliesslich zuständige Gericht am Sitz der Gesellschaft zu vereinigen seien, sofern die Klagen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erhoben werden und sich auf den gleichen Streitgegenstand beziehen.

artige Fristen namentlich in Art. 643 Abs. 4, Art. 697b Abs. 1, Art. 706a Abs. 1, Art. 758 Abs. 2, Art. 779 Abs. 4, sowie Art. 891 Abs. 2 OR vor.

892 Bei der Anwendung von Klagefristen im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit drängen sich drei zivilprozessuale Bestimmungen auf. Die einzelnen Klagen sind gemäss Art. 127 ZPO an das zuerst angerufene Gericht zu überweisen und gemäss Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen. Schliesslich sind die Klagen nach Art. 126 ZPO bis zum Verstreichen der Verwirkungsfrist zu sistieren.

893 Bei den genannten Bestimmungen handelt es sich um Kann-Vorschriften, d.h. es liegt im Ermessen des Gerichts, die Klagen zu überweisen, zu vereinigen und zu sistieren.¹⁴¹⁴ Ein Eingriff in die zivilprozessuale Ordnung durch die Einführung von entsprechenden Soll-Vorschriften ausschliesslich für die Verantwortlichkeitsklage ist m.E. weder notwendig noch sachgerecht.¹⁴¹⁵

894 Keine Sistierung ist bspw. notwendig, wenn bereits abschliessend festgestellt werden kann, dass sämtliche anspruchsberechtigten Aktionäre ihre Klage eingeleitet haben oder sämtliche nicht klagenden Aktionäre oder Gläubiger einen Verzicht auf die Klage oder den Anspruch ausgesprochen haben. Ebenso können die Verfahrensüberweisung und -vereinigung unangebracht sein, wenn sich die Klagen auf unabhängige Pflichtverletzungen, Schadenskomplexe beziehen und/oder gegen verschiedene verantwortliche Personen richten.

b) Überweisung der Verfahren

895 Die Überweisung einer Klage nach Art. 127 ZPO setzt voraus, dass mehrere Klagen bei verschiedenen Gerichten rechtshängig sind. Nicht vorausgesetzt ist, dass die Parteien identisch sind. Obwohl eine anschliessende Vereinigung der Verfahren nicht zwingend vorgesehen ist, soll eine Verfahrensüberweisung ausgeschlossen sein, wenn die Klagen nicht in derselben Verfahrensart zu beurteilen sind.¹⁴¹⁶ Die Klagen müssen zudem vor der gleichen Instanz rechtshängig sein¹⁴¹⁷ und einen sachlichen Zusammenhang aufweisen.¹⁴¹⁸ Schliesslich hängt die Überweisung von der Zustimmung des zuerst angerufenen Gerichtes ab.

¹⁴¹⁴ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125, N 1, Art. 126, N 2 und N 10 sowie Art. 127, N 2.

¹⁴¹⁵ A.A. JENNY, N 925 f., wonach die Verfahrensüberweisung und die -vereinigung im Konkurs der Gesellschaft bereits de lege lata zwingend sein sollen, um einen einheitlichen Entscheid zu gewährleisten.

¹⁴¹⁶ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127, N 5.

¹⁴¹⁷ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127, N 8.

¹⁴¹⁸ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127, N 9. Zum sachlichen Zusammenhang sogleich hinten N 898.

Die Überweisung kann gemäss ausdrücklichem Gesetzeswortlaut nur an das 896
zuerst angerufene Gericht erfolgen.¹⁴¹⁹

Zu beachten ist, dass im Rahmen der laufenden ZPO-Revision Art. 127 897
Abs. 1 VE-ZPO 2018 folgende Formulierung vorsieht: «Sind bei verschiedenen
Gerichten Klagen rechtshängig, die miteinander in einem sachlichen Zusammen-
hang stehen, so kann jedes Gericht die bei ihm rechtshängige Klage nach
einem Meinungsaustausch an ein anderes zuständigerweise angerufenes Gericht
überweisen, es sei denn, dieses ist mit der Übernahme aus sachlichen Gründen
nicht einverstanden.» Demzufolge könnte die Überweisung künftig auch an ein
später angerufenes Gericht erfolgen.

c) Vereinigung der Verfahren

Die Verfahrensvereinigung setzt zum einen einen sachlichen Zusammenhang 898
zwischen den einzelnen Verfahren voraus. Dieser muss so eng sein, dass eine
Vermeidung widersprüchlicher Urteile geboten erscheint. Die Konnexität ist
nur gegeben, wenn den verschiedenen Klagen gleichartige faktische Umstände
bzw. Rechtsfragen zu Grunde liegen.¹⁴²⁰ Des Weiteren müssen für die einzelnen
Klagen dieselbe Verfahrensart und dieselbe sachliche Zuständigkeit gegeben
sein.¹⁴²¹

Bei streitwertabhängiger Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und der 899
Verfahrensart ist der kumulierte Betrag der Streitwerte der betroffenen Ansprü-
che ausschlaggebend.¹⁴²² Die Streitwerte sind somit vorgängig zur Bestimmung
der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart zu addieren.

d) Sistierung der Verfahren

Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die 900
Zweckmässigkeit dies verlangt. Die Zweckmässigkeit ist die einzige gesetzliche
Voraussetzung. Die Entscheidung darüber, wann eine Sistierung zweckmässig
erscheint, liegt im Ermessen des Gerichts.¹⁴²³

Die Sistierung der Verfahren ergibt sich aus dem Ziel der Verfahrenskoordi- 901
nation. Zu diesem Zweck ist die Sistierung i.d.R. bis zum Verstreichen der Kla-
gefrist anzuordnen.

¹⁴¹⁹ Das zuerst angerufene Gericht bestimmt sich nach der Rechtshängigkeit, welche sich
wiederum nach Art. 62 ZPO richtet. Dazu BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127, N 3.

¹⁴²⁰ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125, N 14 in fine m.w.H.

¹⁴²¹ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125, N 15.

¹⁴²² BGE 142 III 788, 791 f., E. 4.2.3.

¹⁴²³ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 126, N 2.

2. Streitgenossenschaft

a) Allgemeines

- 902 Die Aktionäre bzw. Gläubiger, die ihre Ansprüche innerhalb der Klagefrist gerichtlich geltend machen, können eine aktive Streitgenossenschaft bilden. Es stellt sich indes die Frage, ob diese als notwendige, uneigentliche notwendige oder einfache Streitgenossenschaft zu qualifizieren ist.

b) Notwendige Streitgenossenschaft?

- 903 Eine notwendige Streitgenossenschaft ergibt sich i.d.R. aufgrund einer materiellrechtlichen Vorschrift.¹⁴²⁴ Die Streitgenossen müssen die Klage gemeinsam einreichen und Prozesshandlungen grundsätzlich gemeinsam vornehmen.¹⁴²⁵
- 904 Ein gemeinsames Vorgehen wäre beim hier vorgeschlagenen Lösungsansatz angesichts der Vielzahl klagender Aktionäre kaum denkbar. Dieselbe Problematik, wenn auch weniger ausgeprägt, stellt sich bei einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.

c) Einfache Streitgenossenschaft?

- 905 Die einfache Streitgenossenschaft bildet sich auf freiwilliger Basis zum einen aus prozessökonomischen Gründen und zum anderen zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile.¹⁴²⁶ Die einfache Streitgenossenschaft setzt voraus, dass für die Verfahren dieselbe sachliche Zuständigkeit sowie die gleiche Verfahrensart gegeben sind.¹⁴²⁷
- 906 Im Rahmen des hier vorgeschlagenen Lösungsansatzes würde die Anwendung der einfachen Streitgenossenschaft dazu führen, dass einzelne Ansprüche der Aktionäre namentlich im vereinfachten Verfahren, welches bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30 000 zur Anwendung gelangt,¹⁴²⁸ und andere im ordentlichen Verfahren¹⁴²⁹ zu beurteilen wären.¹⁴³⁰ Da die Streitwerte bei der einfachen Streitgenossenschaft für die Bestimmung der Verfahrensart nicht zusammengerechnet werden, wäre eine

¹⁴²⁴ Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70, N 2 und N 39.

¹⁴²⁵ Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70, N 44.

¹⁴²⁶ Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70, N 2 und Art. 71, N 1.

¹⁴²⁷ BGE 138 III 471, 480, E. 5.1; Kommentar zur ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70, N 8 ff. Vgl. auch Art. 71 Abs. 1 lit. b VE-ZPO 2018, wonach die sachliche Zuständigkeit als Voraussetzung ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden soll.

¹⁴²⁸ Art. 243 Abs. 1 ZPO.

¹⁴²⁹ Art. 219 ff. ZPO.

¹⁴³⁰ Theoretisch ebenfalls möglich – im Rahmen des Lösungsansatzes jedoch unwahrscheinlich – ist der Rechtsschutz in klaren Fällen im summarischen Verfahren gemäss Art. 257 ZPO.

umfassende einfache Streitgenossenschaft ausgeschlossen. Diese würde folglich die Gefahr widersprüchlicher Urteile wesentlich erhöhen.

Zu berücksichtigen ist die geplante Anpassung von Art. 71 Abs. 1 lit. a VE-ZPO 2018, wonach künftig eine einfache Streitgenossenschaft auch dann möglich sein soll, wenn unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar sind, die jedoch ausschliesslich auf dem Streitwert beruhen. Die Klagen einzelner Aktionäre könnten somit im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft geführt werden, selbst wenn die einzelnen Klagen aufgrund unterschiedlicher Streitwerte nicht in derselben Verfahrensart zu beurteilen wären. 907

d) *Zwischenfazit*

Es kann festgestellt werden, dass die notwendige Streitgenossenschaft für die kollektive Durchsetzung der Ansprüche der Aktionäre bzw. Gläubiger gemäss hier vorgeschlagenem Lösungsansatz nicht geeignet ist. Ebenso erscheint die einfache Streitgenossenschaft de lege lata ungeeignet. De lege ferenda könnten hingegen die Klagen der Aktionäre streitwertunabhängig im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft geltend gemacht werden. 908

e) *Uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft*

Da die Klagefristen der Verfahrenskoordination dienen und damit widersprüchliche Entscheide verhindern sollen, ist aus dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz zu schliessen, dass die Aktionäre bzw. Gläubiger als uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft vorzugehen haben. Daraus folgt das Recht der Aktionäre bzw. Gläubiger, eine Klage jederzeit zurückzuziehen, eigene Vorbringen geltend zu machen, mit dem Verantwortlichen einen Vergleich abzuschliessen und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten zu lassen.¹⁴³¹ 909

Der hier vorgeschlagene Lösungsansatz führt dazu, dass die Aktionäre ausserhalb des Konkurses ihren anteiligen Schaden einklagen können. Die Streitwerte der einzelnen Klagen sind somit im Grundsatz individuell zu berechnen. 910

In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur objektiven Klagenhäufung,¹⁴³² sind die an verschiedenen Gerichten hängigen Klagen der einzelnen Aktionäre zu sistieren und anschliessend an das zuerst angerufene Gericht zu überweisen und zu vereinigen. Erst anschliessend ist anhand des kumulierten Streitwerts die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart zu bestimmen. 911

¹⁴³¹ Zum Ganzen BGE 121 III 488, 492 f., E. 2c); VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010, 250; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18, N 351.

¹⁴³² BGE 142 III 788.

f) Keine Solidarhaftung für Prozesskosten

912 Bei der (uneigentlichen) notwendigen Streitgenossenschaft besteht in der Regel eine solidarische Haftung für die Prozesskosten. Die Kosten können vom Gericht aber auch auf die einzelnen Streitgenossen verteilt werden.¹⁴³³ Damit die Höhe der Prozesskosten im hier vorgeschlagenen Lösungsansatz nicht erneut zum Prozesshindernis werden, sollten die Kosten anteilig auf die einzelnen Streitgenossen verteilt und nur ausnahmsweise auf solidarische Haftung erkannt werden.

g) Fazit

913 Weder die einfache noch die notwendige Streitgenossenschaft erscheinen de lege lata für die Klage der Aktionäre bzw. Gläubiger im Rahmen der individuellen Leistungsdestination sachgerecht. Es ist vielmehr von einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen, welche es den Aktionären bzw. Gläubigern erlaubt, eine Klage jederzeit zurückziehen, eigene Vorbringen geltend zu machen, mit dem Verantwortlichen einen Vergleich abzuschliessen und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten zu lassen.

914 Da die Aktionäre bzw. Gläubiger ihren anteiligen Schadenersatzanspruch geltend machen, ist der Streitwert grundsätzlich individuell zu berechnen. Die Verfahrensart und die sachliche Zuständigkeit sind jedoch erst nach Überweisung und Vereinigung sämtlicher Verfahren anhand des kumulierten Streitwerts zu bestimmen.

915 Die Prozesskosten sind grundsätzlich anteilig auf die einzelnen Streitgenossen zu verteilen.

3. Schlichtungsverfahren

916 Gemäss Art. 197 ZPO hat dem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren voranzugehen. Die Ausnahmen davon sind in Art. 198 ZPO abschliessend geregelt, wobei für die Verantwortlichkeitsklage lediglich lit. f betreffend Streitigkeiten, für die nach den Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz vorgesehen ist, in Betracht kommt. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten von mindestens CHF 100 000 können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten. Die klagende Partei kann gemäss Art. 199 Abs. 2 ZPO ausserdem einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat (lit. a) oder der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist (lit. b).

¹⁴³³ Art. 106 Abs. 3 ZPO; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70, N 46; vgl. auch vorne N 502 in fine.

Dies bedeutet, dass grundsätzlich für jede Klage vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist. Der Verantwortliche, der sich einer Flut von Schlichtungsverfahren zu stellen hat, wird wohl kaum zu jeder einzelnen Schlichtungsverhandlung erscheinen, was gemäss Art. 206 Abs. 2 i.V.m. Art. 209 Abs. 1 ZPO zur Erteilung der Klagebewilligung führt. 917

Im Rahmen des hier vorgeschlagenen Lösungsansatzes erscheint eine Schlichtungsverhandlung nur bei der Klage der Gesellschaft sinnvoll. Bei den Klagen der Aktionäre und Gläubiger überwiegen hingegen die genannten Nachteile die positiven Aspekte der Schlichtungsverhandlung. Aus diesem Grund sind diese Klagen m.E. in den Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO aufzunehmen. 918

III. Vorschlag Gesetzestext

A. Gesetzestext

Im Folgenden wird aufgezeigt, wie der vorne beschriebene Lösungsansatz im Sinne eines ausformulierten Gesetzestextes umgesetzt werden könnte. Im Anschluss folgen die Erläuterungen zur gewählten Formulierung. 919

Der vorgeschlagene Gesetzestext¹⁴³⁴ ist im Kontext des geltenden Rechts zu lesen. Dementsprechend wird auch die Terminologie des geltenden Rechts verwendet. Teilweise wird auf einzelne Vorschläge des Entwurfs 2016 eingegangen, wobei in den nachfolgenden Erläuterungen explizit darauf hingewiesen wird. 920

Art. 756

B. Ansprüche ausser Konkurs

I. Anspruch der Gesellschaft

¹ Die Generalversammlung beschliesst spätestens an der zweiten ordentlichen Versammlung nach Abschluss eines Geschäftsjahres über die Entlastung.

² Entspricht die Generalversammlung dem Entlastungsbeschluss, ist der Anspruch der Gesellschaft verwirkt.

³ Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur für bekanntgegebene Tatsachen.

⁴ Entspricht die Generalversammlung dem Entlastungsbeschluss nicht, hat sie spätestens an der zweiten ordentlichen Versammlung nach Ablehnung der Entlastung über die Klageanhebung zu beschliessen. Entspricht die Generalversamm-

¹⁴³⁴ Im Folgenden wird der Gesetzesvorschlag mit V-OR abgekürzt.

lung dem Beschluss auf Klageanhebung nicht, ist der Anspruch der Gesellschaft verwirkt.

Art. 757

II. Ansprüche der Aktionäre

¹ Nach Annahme der Entlastung oder Ablehnung der Klageanhebung durch die Generalversammlung sind die Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt und einem allfälligen Beschluss über die Klageanhebung zugestimmt haben, berechtigt, ihren indirekten Schaden geltend zu machen. Die Ansprüche gehen auf Leistung an die einzelnen Aktionäre.

² Werden die Klagen der Aktionäre nicht innerhalb eines Jahres seit der Beschlussfassung anhängig gemacht, sind die Ansprüche verwirkt. Die Frist steht während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderprüfung und während deren Durchführung still.

Art. 758

C. Ansprüche im Konkurs

¹ Mit Ausnahme jener Ansprüche, die Gegenstand eines hängigen Verfahrens sind, verwirken sämtliche Ansprüche der Gesellschaft mit der Konkurseröffnung.

² Im Konkurs der Gesellschaft sind die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, ihren indirekten Schaden geltend zu machen. Die Ansprüche gehen auf Leistung an die einzelnen Gläubiger.

³ Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen. Der Erlös fällt in die Konkursmasse und wird nach den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes verwendet.

⁴ Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger, ist hierzu jeder Gläubiger berechtigt.

⁵ Werden die Klagen der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres anhängig gemacht, sind die Ansprüche verwirkt.

Art. 760

D. Verjährung

¹ Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet.

² Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.

B. Erläuterungen

1. Vorbemerkungen

Es ist festzuhalten, dass Art. 759 OR weiterhin unverändert Anwendung findet, 921 da sich an der differenzierten Solidarität durch die vorgeschlagenen Anpassungen keine Änderungen ergeben. Zu berücksichtigen ist die vorgeschlagene Anpassung im E-OR 2016, wonach Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, bis zu dem Betrag haften, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.¹⁴³⁵ Auch dieser neue Absatz hätte voraussichtlich keine Auswirkungen auf den hier vorgeschlagenen Lösungsansatz, weshalb der Wortlaut von Art. 759 OR bzw. Art. 759 E-OR 2016 vorne nicht nochmals wiedergegeben wurde.

Auch die Verjährung gemäss Art. 760 OR bleibt unverändert bestehen. Die 922 in Art. 760 Abs. 1 E-OR 2016 vorgeschlagene Verkürzung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre wurde nicht übernommen.¹⁴³⁶ Die Begründung liegt in der Wechselwirkung mit den materiellrechtlichen Verwirkungsfristen. Auf dieses Verhältnis zwischen Verjährung und Verwirkung ist hinten näher einzugehen,¹⁴³⁷ weshalb auch der Wortlaut vorne der Klarheit halber wiedergegeben wurde.

Nicht berücksichtigt wird der vom Bundesgericht als problematisch erachtete Wettlauf der Gläubiger um das beschränkte Haftungssubstrat des Verantwortlichen. Wie vorne aufgezeigt wurde, kommt es durch die Biber-Praxis zu einer Umverteilung des Schadenersatzes.¹⁴³⁸ Im Kontext des hier vorgeschlagenen Gesetzestextes können direkt geschädigte Aktionäre und Gläubiger jederzeit und ohne Einschränkung gegen den Verantwortlichen vorgehen. Die Gefahr eines Wettlaufs um das Haftungssubstrat, welche sich nur bei Vorliegen zahlreicher Voraussetzungen verwirklicht,¹⁴³⁹ ist m.E. hinzunehmen.¹⁴⁴⁰ 923

2. Art. 756 V-OR: Anspruch der Gesellschaft ausserhalb des Konkurses

a) Abs. 1: Frist zur Beschlussfassung über die Entlastung

In Art. 756 Abs. 1 V-OR wird offengelassen, welchen Personen Entlastung erteilt werden kann. Es steht somit im Ermessen der Gesellschaft, ob sie bspw. neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates auch über die Entlastung der Revisionsstelle beschliessen möchte. 924

¹⁴³⁵ Art. 759 Abs. 2 E-OR 2016.

¹⁴³⁶ Art. 760 Abs. 1 E-OR 2016.

¹⁴³⁷ Hinten N 973 ff.

¹⁴³⁸ Vorne N 578 ff.

¹⁴³⁹ Vorne N 588 ff.

¹⁴⁴⁰ Vorne N 617 ff.

925 Einzig in zeitlicher Hinsicht wird angeordnet, dass sich die Entlastung grundsätzlich auf das gesamte Geschäftsjahr bezieht, wobei die Aufteilung der Entlastung in mehrere zeitliche Abschnitte zulässig ist.

926 Wie vorne beschrieben, führt die Pflicht der Gesellschaft, über die Entlastung spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung zu beschliessen, dazu, dass sie an dieser und jeder folgenden Generalversammlung von Rechts wegen Verhandlungsgegenstand bildet, bis über die Entlastung beschlossen wurde.¹⁴⁴¹

b) Abs. 2: Verwirkung des Gesellschaftsanspruchs

927 Der Entlastungsbeschluss entfaltet seine Wirkungen gegenüber der Gesellschaft. Der Anspruch verwirkt gemäss Art. 756 Abs. 2 V-OR mit Annahme des Entlastungsbeschlusses. Keine Verwirkung tritt ein, wenn sich der Entlastungsbeschluss als nichtig erweisen sollte¹⁴⁴² oder erfolgreich angefochten wurde. Der Beschluss ist bis zu dessen Aufhebung gültig, steht jedoch unter der Resolutivbedingung der erfolgreichen Anfechtung.¹⁴⁴³

c) Abs. 3: Wirkung der Entlastung nur für bekanntgegebene Tatsachen

928 Wie vorne beschrieben, erscheint es angebracht, die Ansprüche der Gesellschaft gegen von der Entlastung nicht erfasste Organe und gestützt auf nicht bekannt gegebene Tatsachen vorerst in der Rechtszuständigkeit der Gesellschaft zu belassen.¹⁴⁴⁴

929 Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur für bekanntgegebene Tatsachen. Dass der Beschluss gegenüber der Gesellschaft Wirkungen entfaltet, ergibt sich bereits aus Abs. 2. Auch die Wirkungen gegenüber den Aktionären wird in Art. 757 Abs. 1 V-OR explizit geregelt. Ein ausdrücklicher gesetzlicher Hinweis erübrigt sich deshalb. Die Wirkung des Entlastungsbeschlusses beschränkt sich im Übrigen auf diejenigen Personen, denen die Entlastung erteilt wird.

930 Hat ein Aktionär Kenntnisse über anspruchsbegründende Tatsachen¹⁴⁴⁵ erlangt, welche bislang nicht bekannt waren, kann er gestützt auf sein Recht auf Auskunft und Einsicht nach Art. 697 OR sowie sein Antragsrecht gemäss

¹⁴⁴¹ Vorne N 870.

¹⁴⁴² Der Entlastungsbeschluss ist namentlich dann nichtig, wenn damit die Absicht verfolgt wird, Kapitaleinlagen der Aktionäre zurückzuerstatten. Dazu hinten N 1024.

¹⁴⁴³ ZK-TANNER, Art. 706 OR, N 198; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706, N 25; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, N 57.

¹⁴⁴⁴ Vorne N 863.

¹⁴⁴⁵ Zum Begriff *anspruchsbegründende Tatsachen* vorne N 863.

Art. 700 Abs. 4 OR die Generalversammlung darüber in Kenntnis setzen und einen Antrag auf Beschlussfassung über die Entlastung stellen.¹⁴⁴⁶

d) Abs. 4: Frist zum Beschluss über die Klageanhebung

Entspricht die Generalversammlung dem Entlastungsbeschluss nicht, verbleibt ein allfälliger Anspruch gemäss Art. 756 Abs. 4 V-OR vorerst weiterhin bei der Gesellschaft. Insbesondere wenn es gleichzeitig zu einer Nichtwiederwahl der betroffenen Organe bzw. deren Mitglieder kommt, ist der Gesellschaft einerseits ausreichend Zeit einzuräumen, um die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage zu prüfen und darüber zu beschliessen. Andererseits soll die Frist die Möglichkeit der klagewilligen Minderheitsaktionäre nicht über Gebühr verzögern, was namentlich im Rahmen einer Kollusion zwischen den Mehrheitsaktionären und dem Verwaltungsrat zu befürchten ist. 931

Nach hier vorgeschlagenem Gesetzestext hat die Gesellschaft spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung über die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu beschliessen.¹⁴⁴⁷ Wie beim Entlastungsbeschluss bildet die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage ab dieser Versammlung von Rechts wegen Verhandlungsgegenstand. Damit ist jeder Aktionär berechtigt, einen Antrag auf Beschlussfassung zu stellen.¹⁴⁴⁸ 932

Die zweijährige Frist schliesst nicht aus, dass die Generalversammlung bereits vor deren Verstreichen über eine Klageanhebung beschliesst. Allerdings liegt die Entscheidung zur Traktandierung zunächst beim Verwaltungsrat und den antragsberechtigten Aktionären. 933

Beschliesst die Generalversammlung die Klageanhebung, ist m.E. – anders als noch in Art. 697j Abs. 3 VE-OR 2014 vorgeschlagen – keine gesetzliche Frist zur tatsächlichen Klageanhebung notwendig. Der Verwaltungsrat hat vielmehr dem Beschluss innert angemessener Frist bzw. unter Berücksichtigung der Umstände Folge zu leisten. Dadurch kann auch nach Annahme des Beschlusses über die Klageanhebung das Ergebnis einer allfälligen Sonderprüfung abgewartet werden. 934

Die Pflicht der Generalversammlung, über die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu beschliessen, soll keine vollständige Kompetenzverschiebung bezwecken. Sie dient vielmehr dem Aktionärsschutz im Falle der Untätigkeit der zuständigen Organe. Beschliesst der Verwaltungsrat die Klageanhebung, ist davon auszugehen, dass die Klage unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen 935

¹⁴⁴⁶ Vorne N 867 ff.

¹⁴⁴⁷ Allgemein zum Beschluss der Generalversammlung über die Klageanhebung vorne N 398 ff.

¹⁴⁴⁸ Vgl. auch BÄRTSCHI, Rahmenbedingungen, 112.

erfolgt. In diesem Fall entfällt die Pflicht der Generalversammlung, über die Klageanhebung zu beschliessen.

3. Art. 757 V-OR: Ansprüche der Aktionäre ausserhalb des Konkurses

a) Abs. 1: Entstehung der anteiligen Ansprüche der Aktionäre

936 Art. 757 Abs. 1 V-OR stellt klar, dass nach Annahme des Entlastungsbeschlusses durch die Gesellschaft nur diejenigen Aktionäre einen anteiligen Schadenersatzanspruch erhalten, die der Entlastung nicht zugestimmt haben, wozu auch Stimmenthaltungen und nicht vertretene Stimmen zählen.¹⁴⁴⁹ Wurde zudem über die Anhebung einer Klage ablehnend beschlossen, erhalten diejenigen Aktionäre einen anteiligen Schadenersatzanspruch, welche *kumulativ* diesem Beschluss zugestimmt haben, wobei enthaltende, nicht vertretene und ungültige Stimmen nicht dazu gehören. Dies wird in vielen Fällen nochmals zu einer deutlichen Reduktion der Anzahl anspruchsberechtigter Aktionäre und der Summe der einklagbaren Schadenersatzbeträge führen.

937 Eine andere Lösung bestünde darin, dass die Verweigerung der Entlastung durch die Generalversammlung keine Auswirkungen auf die spätere Entstehung der anteiligen Ansprüche der Aktionäre hätte. Demzufolge wäre ausschliesslich die Zustimmung zur Anhebung der Verantwortlichkeitsklage für das Entstehen des anteiligen Anspruchs massgebend. Dies hätte den Vorteil, dass die Aktionäre ihren anteiligen Anspruch nicht allein wegen einer schlechten Informationslage im Zeitpunkt des Beschlusses oder einer unbedachten Zustimmung verlieren. Dagegen spricht allerdings, dass es den Aktionären – wie bereits unter geltendem Recht – zuzumuten ist, bereits anlässlich des Entlastungsbeschlusses einen Entscheid über den definitiven Verzicht auf die Verantwortlichkeitsansprüche zu fällen. Des Weiteren bleibt es ihnen unbenommen, trotz ihrer Zustimmung zum Entlastungsbeschluss, für die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft zu stimmen, wodurch ein kollektiver Schadensausgleich weiterhin möglich bleibt. Aus diesen Gründen erscheint dieser zusätzliche Aktionärsschutz m.E. nicht notwendig.

938 Der Anspruch verwirkt gemäss Art. 757 Abs. 1 V-OR mit Ablehnung des Beschlusses über die Klageanhebung. Keine Verwirkung tritt ein, wenn sich der Beschluss als nichtig erweisen sollte oder erfolgreich angefochten wurde. Der Beschluss ist bis zu dessen Aufhebung gültig, steht jedoch unter der Resolutivbedingung der erfolgreichen Anfechtung.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁹ Vom Stimmrecht ausgeschlossene Aktien gelten als nicht vertreten. Dazu BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703, N 9 m.w.H.

¹⁴⁵⁰ ZK-TANNER, Art. 706 OR, N 198; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706, N 25; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, N 57.

Es wird im Übrigen klargestellt, dass die Ansprüche auf Leistung an die einzelnen Aktionäre lauten. 939

Offengelassen wird die Frage, ob der Erwerb einer Aktie durch einen Dritten zum Untergang des damit verbundenen Schadenersatzanspruchs führt. Unter geltendem Recht ist der Erwerber nur dann aktivlegitimiert, wenn er die Aktie in Unkenntnis des Entlastungsbeschlusses erworben hat.¹⁴⁵¹ Um missbräuchliche Klagen zu unterbinden, ist auch im hier genannten Vorschlag eine derartige Einschränkung zu befürworten. Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass der Erwerber i.S.v. Art. 83 ZPO in ein bereits hängiges Verfahren eintritt. 940

Ebenfalls offengelassen wird die Frage, wie sich der Anspruch der einzelnen Aktionäre berechnet. Es bietet sich jedoch an, die gesamte Schadenersatzforderung der Gesellschaft durch das Nennkapital, d.h. das nominale Aktien- und Partizipationskapital der Gesellschaft, zu dividieren und mit der Beteiligung des einzelnen Aktionärs oder Partizipanten zu multiplizieren. Ein Bsp. für diese konkrete Berechnung findet sich in BGE 59 II 434.¹⁴⁵² 941

b) Abs. 2: Frist zur Prozesseinleitung

Art. 757 Abs. 2 V-OR sieht eine einjährige Verwirkungsfrist für diejenigen Ansprüche der Aktionäre vor, die infolge des Verzichts durch die Gesellschaft entstanden sind. Damit wird klargestellt, dass es sich bei den Ansprüchen der Aktionäre um materielle Forderungsrechte und nicht bloss um Prozessführungsbefugnisse handelt. 942

Die Frist beginnt am Tage nach der Generalversammlung zu laufen und gilt als eingehalten, wenn die Klage vor Verstreichen der Frist, d.h. spätestens am Tag des zwölften Monats, der die gleiche Zahl trägt wie der Tag der Generalversammlung, angehoben wurde.¹⁴⁵³ Die Klage ist angehoben, sobald die Rechtshängigkeit gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO eingetreten ist.¹⁴⁵⁴ Wie vorne beschrieben, sind betreffend die Ansprüche der Aktionäre jedoch keine Schlichtungsverfahren durchzuführen.¹⁴⁵⁵ 943

Der in Art. 758 Abs. 2 E-OR 2016 beschriebene Stillstand der einjährigen Klagefrist wurde auch in den hier vorgeschlagenen Gesetzestext übernommen, 944

¹⁴⁵¹ Art. 758 Abs. 1 OR e contrario.

¹⁴⁵² Die Aktionäre mit einem gemeinsamen Aktienbesitz von 22.9% erhielten ihren Anteil vom Gesamtschaden in Höhe von CHF 390 000: BGE 59 II 434, 457 f. Aufgrund der Gefahr der verbotenen Einlagerückgewähr kritisch BGE 44 II 38, 44, E. 3. Dazu hinten N 1013 ff.

¹⁴⁵³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a, N 2 m.w.H.

¹⁴⁵⁴ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a, N 3.

¹⁴⁵⁵ Vorne N 916 ff.

womit es den klagewilligen Aktionären ermöglicht wird, die Ergebnisse einer allfälligen Sonderprüfung für die Substantiierung der Klage zu nutzen.¹⁴⁵⁶

945 Die einjährige Klagefrist dient v.a. der Verfahrenskoordination.¹⁴⁵⁷ Durch den Untergang der Ansprüche, welche nicht innert dieser Frist gerichtlich geltend gemacht werden, wird jedoch auch Rechtssicherheit geschaffen, welche v.a. dem Verantwortlichen zugutekommt.

946 Im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision ist gemäss Art. 697n Abs. 1 E-OR 2016 vorgesehen, dass eine statutarische Schiedsklausel auch für die Aktionäre verbindlich ist. Die Gesellschafterversammlung soll die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel mit einem qualifizierten Mehr beschliessen können.¹⁴⁵⁸

947 Wie vorne beschrieben, können Aktionäre Verantwortlichkeitsprozesse namentlich am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz des Beklagten einleiten.¹⁴⁵⁹ Die Einführung einer auch für die Aktionäre verbindlichen Schiedsklausel kann dazu beitragen, Klagen an unterschiedlichen Gerichten und damit auch die Verfahrensüberweisung zwecks Koordination der Klagen zu verhindern.

c) Einwilligung und Vergleich

948 Die vorstehenden Ausführungen zur Entlastung und der Entstehung anteiliger Ansprüche der Aktionäre lassen sich sinngemäss auch auf die Einwilligung durch die Gesellschaft übertragen. Erteilt die Generalversammlung eine rechtmässige Weisung, deren Umsetzung zu einem Gesellschaftsschaden führt, so entstehen mit dem entsprechenden Generalversammlungsbeschluss anteilige Schadenersatzansprüche der Aktionäre, welche der einjährigen Klagefrist von Art. 757 Abs. 2 V-OR unterliegen. Stimmen sämtliche Aktionäre oder der Alleinaktionär dem Generalversammlungsbeschluss zu, entstehen keine anteiligen Schadenersatzansprüche.

949 Die Ausführungen zur Entlastung und der Entstehung anteiliger Ansprüche der Aktionäre sind jedoch nicht auf einen allfälligen Vergleichsabschluss zwischen der Gesellschaft und dem Verantwortlichen anwendbar. Ein solcher Vergleich sollte m.E. neben der Gesellschaft auch die Aktionäre binden.

¹⁴⁵⁶ Botschaft 2016, 601.

¹⁴⁵⁷ Vorne N 890 ff.

¹⁴⁵⁸ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12 E-OR 2016.

¹⁴⁵⁹ Vorne N 141, N 146 und N 150.

4. Art. 758 V-OR: Ansprüche im Konkurs

a) Abs. 1: Verwirkung der Gesellschaftsansprüche

Gemäss Art. 758 Abs. 1 V-OR gehen grundsätzlich alle noch bestehenden Ansprüche der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung unter. Dies betrifft v.a. Ansprüche, die nicht bereits aufgrund einer Entlastung untergegangen sind. 950

Der Untergang des Gesellschaftsanspruchs und die Entstehung der Gläubigeransprüche stehen unter der Bedingung, dass es nicht zu einem Widerruf des Konkurses gemäss Art. 195 SchKG oder zu einer Aufhebung der Konkurseröffnung durch die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 174 SchKG kommt. Auch die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven führt nicht zum definitiven Untergang des Gesellschaftsanspruchs bzw. zum Entstehen der anteiligen Ansprüche der Gläubiger. 951

Ansprüche gegen nicht vom Entlastungsbeschluss erfasste Organe und gestützt auf nicht bekannt gegebene Tatsachen verbleiben jedoch vorerst bei der Gesellschaft. 952

Diejenigen Ansprüche, welche durch die Gesellschaft bereits geltend gemacht wurden und im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch rechtshängig sind, gehen nicht unter. Dadurch soll verhindert werden, dass es zu einem plötzlichen Wechsel der Einredeordnung kommt, welche dem Verantwortlichen gegenüber nicht gerechtfertigt wäre. 953

Es erscheint folglich sachgerechter, diese rechtshängigen Ansprüche den Vorschriften des SchKG zu unterstellen, wonach mit Ausnahme dringlicher Fälle sämtliche Zivilprozesse grundsätzlich eingestellt werden.¹⁴⁶⁰ Zwar kann der Verantwortliche dem Verantwortlichkeitsanspruch weiterhin sämtliche Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche ihm der Gesellschaft gegenüber zustehen. Diese Folge erscheint jedoch nicht als offensichtlich stossend.¹⁴⁶¹ Schliesslich hängt es von zufälligen Faktoren ab, ob das Verfahren auch bereits vor der Konkurseröffnung hätte abgeschlossen werden können. Die Gesellschaftsgläubiger müssten sich dann mit dem Prozessergebnis abfinden und könnten denselben Anspruch – bzw. ihre anteiligen Ansprüche aus indirektem Schaden – im Konkurs der Gesellschaft nicht erneut geltend machen. 954

b) Abs. 2: Entstehung der anteiligen Ansprüche der Gläubiger

Diejenigen Gesellschaftsansprüche, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung untergehen, werden nach Art. 758 Abs. 2 V-OR durch anteilige Ansprüche der 955

¹⁴⁶⁰ Vorne N 447.

¹⁴⁶¹ Es sei denn, die Klage wurde kurz vor der Konkurseröffnung angehoben, um die Einredeordnung zugunsten des Verantwortlichen zu fixieren.

Gesellschaftsgläubiger ersetzt. Dabei wird klargestellt, dass die Gläubiger Leistung an sich selbst verlangen können.

c) Abs. 3: Aktivlegitimation der Konkursmasse

956 Unmittelbar mit der Entstehung der Ansprüche der Gläubiger geht gemäss Art. 758 Abs. 3 V-OR die Prozessführungsbefugnis auf die Konkursmasse über. Selbiges gilt für die Verfügungsbefugnis. Dadurch wird zum einen sichergestellt, dass die einzelnen Gläubiger zwischenzeitlich keine Verfügungshandlungen über ihre Ansprüche zulasten der Konkursmasse bzw. der übrigen Konkursgläubiger vornehmen können. Die Ansprüche bleiben damit frei von neuen persönlichen Einreden und Einwendungen. Zum anderen wird der Konkursmasse bzw. der Konkursverwaltung durch die Übertragung der Verfügungsbefugnis ermöglicht, auch aussergerichtlich über die Ansprüche zu verfügen. Damit wird die Konkursverwaltung in dieselbe Lage versetzt, wie wenn es sich bei den Ansprüchen der Gläubiger um einen Anspruch der Gesellschaft handelte. Solange die Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis der Konkursmasse zustehen, geht die Klage auf Leistung an die Konkursmasse. Der Erlös wird nach den Vorschriften des SchKG verteilt.

957 Wie vorne angesprochen, können durch den Übergang der Verfügungsbefugnis keine neuen Einwendungen und Einreden durch die Gläubiger geschaffen werden, die sich zulasten der Konkursmasse bzw. den übrigen Gläubiger auswirken. Im Rahmen des vorgeschlagenen Gesetzestextes bleibt jedoch offen, ob bereits bestehende Einwendungen und Einreden gegenüber der Gesellschaft auch auf die Ansprüche der Gläubiger übertragen werden.

958 Nicht sachgerecht erscheint, sämtliche Einreden und Einwendungen gegenüber der Gesellschaft auch gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger zuzulassen, da die Gläubiger keinen Einfluss auf die Einredeordnung der Gesellschaft haben.

959 Allerdings erscheint es ebenfalls ungerechtfertigt, sämtliche Einreden und Einwendungen mit dem Übergang auszuschliessen. Hat bspw. ein Gericht über den Anspruch der Gesellschaft bereits entschieden, wäre es sinnwidrig, die Einwendung der abgeurteilten Sache nicht auch gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger zuzulassen. Selbiges gilt für andere Einwendungen, welche sich von der vollständigen oder teilweisen Erfüllung des Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft ableiten.

960 Das besondere Verhältnis der Ansprüche der Gläubiger zum Anspruch der Gesellschaft lässt es m.E. zu, eine differenzierte Einredeordnung zu schaffen. Insofern wäre es möglich, die von der Rechtsprechung entwickelte Einredeordnung zum einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit auch im Rahmen dieses Gesetzesvorschlags weiterzuführen. Folglich wären diejenigen Einreden

und Einwendungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich auszuschliessen, welche auf der Willensbildung der Gesellschaft beruhen.¹⁴⁶²

Namentlich die Entlastung und die Einwilligung hätten somit im Grundsatz keinen Einfluss auf die anteiligen Ansprüche der Gläubiger. Dies lässt sich dogmatisch damit begründen, dass im Zeitpunkt der Konkursöffnung auch anteilige Ansprüche der Gläubiger entstehen, welche auf Gesellschaftsansprüchen beruhen, die bereits vor der Konkursöffnung durch die Willensbildung der Gesellschaft untergegangen oder im Falle der Einwilligung gar nie entstanden sind.¹⁴⁶³ 961

Hat der Verantwortliche ausserhalb des Konkurses einen Teil des Schadenersatzes bereits an die Aktionäre geleistet, stellt sich die Frage, ob diese Leistung auch gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger angerechnet werden kann. 962

Die direkte und anteilige Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre kann u.U. einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr darstellen. Der Verantwortliche kann den Konkursgläubigern gegenüber somit grundsätzlich nicht entgegenhalten, bereits einen Teil der Schadenersatzforderung befreiend an einzelne Aktionäre geleistet zu haben, es sei denn, der an die Aktionäre bezahlte Betrag berühre nicht das geschützte Gesellschaftsvermögen.¹⁴⁶⁴ 963

d) Abs. 4: Verzicht durch die Konkursverwaltung

Art. 758 Abs. 4 V-OR regelt den Übergang der Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis der Gläubigeransprüche auf die einzelnen Gläubiger. Wie unter geltendem Recht wird auf den Verzicht der Konkursverwaltung bzw. der Gläubigerergesamtheit abgestellt. 964

Wie auch bei den Aktionären wird die Berechnung des Schadenersatzanspruchs der einzelnen Gläubiger offengelassen. Dieser lässt sich berechnen, indem der gesamte Schadenersatzanspruch der Gesellschaft durch die Summe der kollozierten Forderungen dividiert und anschliessend mit der kollozierten Forderung des einzelnen Gläubigers multipliziert wird. Die rechtskräftig kollozierten Forderungen können – wie bereits unter geltendem Recht – im Verfahren gegen den Verantwortlichen nicht erneut beurteilt werden.¹⁴⁶⁵ 965

Ebenfalls offengelassen wird die Frage, ob die Konkursmasse zur Geltendmachung des anteiligen Schadens von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, berechtigt ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts sind für die Berechnung des indirekten Schadens unter gel- 966

¹⁴⁶² Dazu vorne N 466 f. und N 511 ff.

¹⁴⁶³ Vgl. jedoch die Relativierung vorne N 75 ff. und N 467.

¹⁴⁶⁴ Dazu ausführlich hinten N 1013 ff.

¹⁴⁶⁵ Vorne N 501 in fine.

tendem Recht die subordinierten Forderungen einzubeziehen.¹⁴⁶⁶ Dieses Ergebnis stiess jedoch auf Kritik, da der Verwaltungsrat bei gültigen Rangrücktritten pflichtgemäss handle.¹⁴⁶⁷ Im E-OR 2016 wurde deshalb vorgeschlagen, die subordinierten Forderungen von Gesellschaftsgläubigern nicht in die Schadensberechnung einzubeziehen.¹⁴⁶⁸ Auch im hier vorgeschlagenen Gesetzestext wäre zu befürworten, dass dem Verwaltungsrat eine Einwendung aus den subordinierten Forderungen zusteht. Der Rangrücktritt wäre als persönliche Einwendung gegenüber den entsprechenden Gläubigern zu qualifizieren.

967 Der vorgeschlagene Gesetzestext sieht nicht vor, dass der Prozesserrlös der Gläubiger nach den Vorschriften des SchKG bzw. nach dem unter ihnen bestehenden Range zu verteilen ist. Da jeder Gläubiger einen eigenen materiellen Anspruch mit Leistung an sich selbst geltend macht, erhält jeder Gläubiger seinen Anteil am Gesamtschadenersatz ungeachtet seines Rangs im Konkurs der Gesellschaft. Dies ermöglicht es dem Verantwortlichen, den einzelnen Gläubigern gegenüber persönliche Einreden und Einwendungen entgegenzuhalten, ohne dass dies den übrigen Gläubigern zum Nachteil gereicht. Die rechtsmissbräuchliche Klage eines Gläubigers kann somit abgewiesen werden, ohne in die konkursrechtliche Verteilordnung einzugreifen oder den Schadenersatzanspruch der übrigen Gläubiger zu beeinträchtigen. Eine Verteilung des Prozesserrlöses nach dem Rang wäre zwar denkbar und entspräche damit auch der konkursrechtlichen Verteilordnung. Sie würde jedoch dazu führen, dass die Gläubiger u.U. ihren persönlichen Prozesserrlös vollständig oder teilweise an vorrangige Gläubiger abzuliefern hätten, obwohl sie einen eigenen Anspruch auf Leistung an sich selbst geltend machen.

e) Abs. 5: Frist zur Prozesseinleitung

968 Wie bei den Aktionären ausserhalb des Konkurses müssen gemäss Art. 758 Abs. 5 V-OR aus Gründen der Verfahrenskoordination die Klagen der einzelnen Gläubiger innerhalb eines Jahres eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Verzicht der Gläubigergesamtheit.¹⁴⁶⁹ Alternativ wäre auch der Fristbeginn ab dem Zeitpunkt einer allfälligen Abtretung denkbar.¹⁴⁷⁰

969 Wie vorne beschrieben, sind betreffend die Ansprüche der Gläubiger keine Schlichtungsverhandlungen durchzuführen.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁶ Urteil des BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3.

¹⁴⁶⁷ Botschaft 2016, 601.

¹⁴⁶⁸ Art. 757 Abs. 4 E-OR 2016. Zum Wortlaut vorne N 178 in fine.

¹⁴⁶⁹ Zur Fristberechnung sinngemäss vorne N 943.

¹⁴⁷⁰ Vgl. dazu hinten N 1010 ff., insb. N 1012.

¹⁴⁷¹ Vorne N 916 ff.

Durch den vorgeschlagenen Gesetzestext wird die Frage offengelassen, wie mit nachträglich bekannt gewordenen Pflichtverletzungen und Schadenersatzansprüchen zu verfahren ist. 970

M.E. können unter Anwendung von Art. 269 Abs. 3 SchKG die Ansprüche den Gläubigern zur Kenntnis gebracht werden. Demnach bringt das Konkursamt den zweifelhaften Anspruch durch öffentliche Bekanntmachung oder briefliche Mitteilung den Konkursgläubigern zur Kenntnis. Entgegen Art. 269 Abs. 3 SchKG hat im Anschluss keine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu erfolgen. Vielmehr entstehen mit der Bekanntmachung direkt die materiellen Ansprüche der Gläubiger und es beginnt die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 758 Abs. 2 V-OR zu laufen. 971

Wurde hingegen das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, führt wohl kein anderer Weg daran vorbei, dass nach Bekanntwerden anspruchsbegründender Tatsachen ein summarisches Konkursverfahren durchzuführen ist. Der klagewillige Gläubiger hat zu diesem Zweck die Kosten des Verfahrens vorzuschüssen und u.U. auch die bereits gelöschte Gesellschaft im Handelsregister wiedereintragen zu lassen. Schliesslich kann nur durch den Schuldenruf sichergestellt werden, dass auch die übrigen Gesellschaftsgläubiger Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erhalten und den Verantwortlichkeitsanspruch geltend machen können. Ausserdem wird durch das summarische Konkursverfahren sichergestellt, dass die einjährige Klagefrist für sämtliche Gläubiger zu einem einheitlichen Zeitpunkt zu laufen beginnt. Andernfalls wäre auf denjenigen Zeitpunkt abzustellen, in welchem der einzelne Gläubiger Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erhalten hat, wodurch die Verfahrenskoordination verunmöglicht würde. 972

5. Verjährung

Die Verjährung gemäss Art. 760 OR bleibt unverändert bestehen.¹⁴⁷² Die in Art. 760 Abs. 1 E-OR 2016 vorgeschlagene Verkürzung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre wurde nicht übernommen.¹⁴⁷³ Da die Generalversammlung jeweils spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, welche in den ersten sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattzufinden hat,¹⁴⁷⁴ über die Entlastung resp. über die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu beschliessen hat, können vom Abschluss des Geschäftsjahres dreieinhalb Jahre bis zum Beschluss über die Klageanhebung vergehen. Hinzu kommt die Zeit zwischen der Pflichtverletzung und dem Abschluss des Geschäftsjahres, 973

¹⁴⁷² Allgemein zur Verjährung vorne N 91 ff.

¹⁴⁷³ Art. 760 Abs. 1 E-OR.

¹⁴⁷⁴ Art. 699 Abs. 2 OR.

so dass nochmals bis zu einem Jahr hinzukommt, sofern die Gesellschaft sofort Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen hat. Von der Pflichtverletzung bis zur Klageanhebung kann die Generalversammlung viereinhalb Jahre verstreichen lassen.¹⁴⁷⁵

- 974 Fraglich ist, ob die relative Verjährungsfrist für die Ansprüche der Gläubiger ebenfalls bereits mit der Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen beginnt, was ausgehend vom Wortlaut zu vermuten wäre. Analog zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zur relativen Verjährungsfrist ist jedoch davon auszugehen, dass diese nicht einsetzen kann, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde,¹⁴⁷⁶ weil der Anspruch – wie auch derjenige der Gläubigergesamtheit – vor diesem Zeitpunkt nicht einklagbar ist.¹⁴⁷⁷ Andernfalls liefen die Gläubiger Gefahr, dass die relative Verjährungsfrist aufgrund von Verzögerungen durch die Gesellschaft bereits abgelaufen ist, bevor der Anspruch entstehen konnte.
- 975 Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren läuft hingegen unabhängig von der Entstehung der Ansprüche der Gläubiger.¹⁴⁷⁸

IV. Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Lösung

A. Vorbemerkungen

- 976 Im Folgenden wird eine Auswahl der wichtigsten Vor- und Nachteile aufgezeigt. Die in der Praxis tatsächlich zu erwartenden Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Lösung hängen freilich von der konkreten Ausgestaltung und Auslegung des Gesetzestextes ab. Nicht ausgeschlossen ist, dass durch vereinzelte Anpassungen am vorgeschlagenen Gesetzestext weitere Nachteile oder Risiken ausgeschlossen werden können. Selbstredend wäre es auch denkbar, auf bestimmte Vorteile dieses Lösungsansatzes bewusst zu verzichten, um anderen Elementen mehr Gewicht zu verleihen.

¹⁴⁷⁵ Die genannte Zeitspanne kann länger sein, wenn zwischenzeitlich ein überlanges Geschäftsjahr stattgefunden hat.

¹⁴⁷⁶ BGE 136 III 322, 331, E. 4.4; Urteil des BGE 4A_174/2007 vom 13. September 2007, E. 5.2; BGE 122 III 195, 202, E. 9c) (= Pra 85 [1996] Nr. 208); BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 760, N 5.

¹⁴⁷⁷ Vgl. dazu auch vorne N 91.

¹⁴⁷⁸ Vgl. SCHIESS, 169.

B. Vorteile

1. Übereinstimmung der Interessen

Der hier vorgeschlagene Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination stimmt weitestgehend mit den Interessen der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger, aber auch der Verantwortlichen überein. Solange die Generalversammlung nicht über die Entlastung oder Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage entschieden hat, bleibt der Anspruch im ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der Gesellschaft. 977

Erteilt die Generalversammlung hingegen die Entlastung, so besteht m.E. kein Grund mehr, eine Klage auf den *Gesamtschaden* zuzulassen und dadurch Dritte (d.h. die Gesellschaft und die nicht klagenden Aktionäre) an einem allfälligen Prozesserlös des klagenden Aktionärs teilhaben zu lassen, welche sich ausdrücklich gegen einen Prozess bzw. den allfälligen Anspruch ausgesprochen haben. 978

Die Umwandlung des Ersatzanspruchs hinsichtlich des gesamten Gesellschaftsschadens in einzelne, anteilige Schadenersatzansprüche der Aktionäre hat zur Folge, dass sich zum einen die Anzahl potentieller Kläger und zum anderen die Höhe der Schadenersatzforderung drastisch reduzieren kann, was letztlich auch im Interesse der Verantwortlichen liegt.¹⁴⁷⁹ 979

In einem zweiten Schritt trennen sich die klagewilligen von den nicht klagewilligen Minderheitsaktionären, soweit zu befürchten ist, dass einzelne Aktionäre dem Entlastungsbeschluss nur deshalb nicht zustimmen, um ihren Anspruch zu wahren. Dies kann nochmals zu einer deutlichen Reduktion der Anzahl Kläger und des Schadenersatzbetrages führen. 980

Der Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination berücksichtigt die Interessen der klagewilligen Minderheitsaktionäre, indem sie nach dem Untergang des Gesellschaftsanspruchs selbständig gegen den Verantwortlichen vorgehen können. 981

Des Weiteren wird das unter geltendem Recht bzw. der Theorie der Prozessstandschaft bestehende Problem, dass die Klage eines Aktionärs zur Rechtshängigkeit und der Entscheid zur *res iudicata* gegenüber allen übrigen Aktionären und auch gegenüber der Gesellschaft führt, durch den hier beschriebenen Lösungsvorschlag behoben. 982

Unter geltendem Recht wird teilweise kritisiert, dass das Verantwortlichkeitsrecht die Schadensausgleichsfunktion nicht erfüllen könne, da die Verantwortlichen, v.a. wenn es sich dabei um natürliche Personen handelt, nicht über die notwendigen Mittel verfügen, um die Schadenersatzforderung erfüllen zu 983

¹⁴⁷⁹ Vorne N 717.

können.¹⁴⁸⁰ Dieses Problem bleibt freilich dann bestehen, wenn die Gesellschaft den Schadenersatz selbst geltend macht. Durch den Übergang zur individuellen Leistungsdestination wird diese Gefahr durch die stufenweise Reduktion des einklagbaren Schadenersatzes reduziert.

984 Die obigen Ausführungen gelten sinngemäss auch im Konkurs der Gesellschaft.

2. Senkung der Kostenrisiken

985 Der hier vorgeschlagene Gesetzestext führt zu einem automatisierten Übergang des Prozesskostenrisikos von der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse auf die Aktionäre bzw. Gläubiger. Anders als beim vorne beschriebenen Kostenanlassungsverfahren entfallen das zusätzliche Vorverfahren und dessen Kosten.

986 Klagen die Gesellschaft oder die Konkursmasse den ganzen Gesellschaftsanspruch ein, tragen sie das Kostenrisiko selbst.

987 Klagen ein Aktionär oder Gläubiger ihren Bruchteil am Gesamtschaden ein, so tragen sie grundsätzlich nur das anteilige Risiko an den Prozesskosten.¹⁴⁸¹ Durch diese Kostenverteilung, welche sich nach Art. 104 ff. ZPO richtet, wird die spezialgesetzliche Regelung gemäss Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO 2008 zumindest für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage obsolet.

988 Die verringerte Anzahl Kläger und die reduzierte Schadenersatzforderung könnten sich auch positiv auf die Vergleichsbereitschaft des Verantwortlichen auswirken, da er auch bei Zugeständnissen keine weiteren Prozesse zu befürchten hat. Unterliegt der Verantwortliche im Prozess, ist es für ihn zudem vorteilhaft, wenn sich die Prozesskosten nach der anteiligen Schadenersatzforderung der klagenden Aktionäre bzw. Gläubiger richtet und nicht nach der gesamten Schadenersatzforderung der Gesellschaft.¹⁴⁸²

3. Einredeordnung

a) Ausserhalb des Konkurses

989 Solange der Anspruch der Gesellschaft zusteht, kann der Verantwortliche sämtliche Einreden und Einwendungen geltend machen, die ihm der Gesellschaft gegenüber zustehen. Namentlich kann er eigene Ansprüche mit dem Verantwortlichkeitsanspruch zur Verrechnung bringen.

990 Ist infolge der Entlastung der Anspruch der Gesellschaft untergegangen und sind die anteiligen Ansprüche der Aktionäre entstanden, kann der Verantwort-

¹⁴⁸⁰ VON DER CRONE/BLOCH, 88.

¹⁴⁸¹ Vorne N 912.

¹⁴⁸² Vorne N 717.

liche den einzelnen Aktionären im Grundsatz nur diejenigen Einreden und Einwendungen entgegenhalten, welche ihm diesen gegenüber persönlich zustehen.

Hat der Verantwortliche bereits vor dem Untergang des Gesellschaftsanspruchs den Schadenersatz ganz oder teilweise an die Gesellschaft bezahlt, muss dieser Betrag auch den anteiligen Ansprüchen der Aktionäre in Abzug gebracht werden können. Selbiges gilt m.E. für die Verrechnung, sofern diese vor der Annahme des Entlastungsbeschlusses erklärt wurde.¹⁴⁸³ Da mit dem Entlastungsbeschluss der Anspruch der Gesellschaft untergeht, kann danach nicht mehr mit befreiender Wirkung an die Gesellschaft geleistet werden. Nach der Annahme des Entlastungsbeschlusses kann der Verantwortliche nur noch den einzelnen Aktionären gegenüber die Verrechnung erklären. 991

Anders als bei der Theorie der Prozessstandschaft, wonach sich der klagende Aktionär bzw. Prozessstandschafter grundsätzlich sämtliche Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen muss, welche dem Verantwortlichen der Gesellschaft gegenüber zustehen, ergibt sich m.E. aus dem Wechsel von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination eine sachgerechte Einredeordnung. 992

b) *Im Konkurs*

Wie vorne beschrieben, erscheint es weder angebracht, sämtliche Einreden und Einwendungen, welche dem Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft zustehen, auch den Gläubiger gegenüber zuzulassen noch sämtliche Einreden und Einwendungen auszuschliessen. Vielmehr kann m.E. die Rechtsprechung zur Einredeordnung im Rahmen des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit übernommen werden. Da die Einredeordnung ausserdem nicht gesetzlich geregelt werden muss, kommt den Gerichten grössere Freiheit bei der Weiterentwicklung einer sachgerechten Einredeordnung zu. 993

4. *Verfahrenskoordination*

Die Verwirkungsfristen dienen in erster Linie der Verfahrenskoordination. Durch die Anwendung bereits bestehender zivilprozessualer Instrumente können die Gerichte mehrfache Klagen und widersprüchliche Entscheide weitgehend verhindern. Eine wirksame Verfahrenskoordination funktioniert allerdings nur, wenn sämtliche Klagen innerhalb eines bestimmten Zeitraums eingereicht werden. Insofern ist es entscheidend, dass es sich um Verwirkungs- und nicht bloss um Verjährungsfristen handelt. 994

Der grosse Vorteil der Verwirkungsfristen liegt darin, dass die Verfahrenskoordination mit geringfügigen Eingriffen in das schweizerische Zivilprozess- 995

¹⁴⁸³ Vgl. die Ausführungen bei der Theorie des materiellen Forderungsrechts vorne N 544 ff.

recht möglich wird. Zum einen sind die Verfahrensart und die sachliche Zuständigkeit erst nach Vereinigung sämtlicher Verfahren anhand des kumulierten Streitwerts zu bestimmen und die Verfahrensüberweisung und -vereinigung betreffend die Verantwortlichkeitsklage ungeachtet dieser Voraussetzungen vorzunehmen. Zum anderen ist das Schlichtungsverfahren betreffend die Klagen der Aktionäre und Gläubiger aufzuheben. Es muss jedoch weder ein Spezialverfahren für das Verantwortlichkeitsrecht noch ein Instrument des echten kollektiven Rechtsschutzes eingeführt werden. Nicht zwingend – jedoch ein zusätzlicher Abbau prozessrechtlicher Hürden – wäre ein ausschliesslicher und zwingender Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsklagen.

996 Die einjährige Verwirklichungsfrist kann im Übrigen auch der Konsolidierung der Klagen dienen, indem im Sinne eines einheitlichen Vorgehens bspw. gleichlautende Anträge oder eine gemeinsame Vertretung vereinbart werden können. Ebenfalls denkbar ist die Kollektivierung der Geltendmachung der einzelnen Ansprüche durch Abtretung an einen einheitlichen Kläger (bspw. eine Organisation oder speziell geschaffene Interessengemeinschaft), welcher die Ansprüche u.U. auch mithilfe professioneller Prozessfinanzierung geltend macht.¹⁴⁸⁴

5. Kollektiver Rechtsschutz *de lege ferenda*

997 Sollten im Rahmen der laufenden ZPO-Revision Instrumente des echten kollektiven Rechtsschutzes eingeführt werden, könnten diese mit dem hier vorgeschlagenen Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination auch auf die aktienrechtlichen Ansprüche aus indirekten Schäden angewendet werden. Wie vorne aufgezeigt wurde, sind die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Rahmen der derzeit vertretenen Theorie der Prozessstandschaft auf aktienrechtliche Klagen aus indirekten Schäden nicht anwendbar.¹⁴⁸⁵ Vielmehr werden eine Vielzahl von gleichartigen Ansprüchen vorausgesetzt, die unabhängig voneinander geltend gemacht werden können.

998 Wird bspw., wie im VE-ZPO 2018 vorgeschlagen, ein Gruppenvergleichsverfahren und eine reparatorische Verbandsklage eingeführt,¹⁴⁸⁶ könnten die Klagefristen der Aktionäre und Gläubiger gemäss Art. 757 Abs. 2 und Art. 758 Abs. 5 V-OR aufgehoben und die Klagen dem Anwendungsbereich des Gruppenvergleichsverfahrens und der Verbandsklage unterstellt werden.

¹⁴⁸⁴ Vgl. die Ausführungen im Bericht des BR 2013, 19 f. sowie zur Prozessfinanzierung Bericht des BR 2013, 43 ff.

¹⁴⁸⁵ Vorne N 803 ff.

¹⁴⁸⁶ Zum Gruppenvergleichsverfahren vorne N 810 ff. Zur reparatorischen Verbandsklage vorne N 815 ff.

Gleichzeitig bleibt sichergestellt, dass die Gesellschaft bzw. die Konkursmasse primär Gelegenheit erhalten, den Anspruch der Gesellschaft im Rahmen des Individualrechtsschutzes geltend zu machen. 999

6. Weitere Vorteile

Der hier vorgeschlagene Gesetzestext führt zu einer einheitlichen Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage sowohl ausserhalb des Konkurses als auch im Konkurs der Gesellschaft. Der Lösungsansatz orientiert sich vollständig an der Theorie des materiellen Forderungsrechts. 1000

Ausserhalb des Konkurses besteht ein weiterer Vorteil darin, dass jeder Aktionär über seinen Anspruch selbständig verfügen kann und auch hinsichtlich der Prozesshandlungen von den übrigen Aktionären grundsätzlich unabhängig ist. Bei der Theorie der Prozessstandschaft hingegen, welche von der h.L. und Rechtsprechung vertreten wird, sind die nicht klagenden Aktionäre an das Ergebnis des prozessführenden Aktionärs und Prozessstandschafters gebunden. 1001

C. Nachteile und Risiken

1. Präventivfunktion

Im Gegensatz zum geltenden Recht kommt es im hier beschriebenen Vorschlag durch die Entlastung zwangsweise zu einer Reduktion des verbleibenden Schadenersatzbetrages. Eine weitere Reduktion ist mit dem Verstreichen der Klagfrist zu erwarten. Die verantwortlichen Organe können folglich damit rechnen, dass der letztlich zu bezahlende Schadenersatzbetrag tiefer ausfällt als der Gesamtschaden. 1002

Es stellt sich damit die Frage, ob damit nicht die Präventivfunktion des Verantwortlichkeitsrechts vernachlässigt wird. Schliesslich könnte die Aussicht, dass die verantwortlichen Organe nur einen Bruchteil des gesamten Schadens ersetzen müssen, zur Nachlässigkeit betreffend die Erfüllung ihrer Pflichten verleiten. 1003

Gegen diese Befürchtung spricht, dass die Klage auf den Gesamtschadenersatz nicht entfällt. Das Risiko, dass die Gesellschaft die Entlastung verweigert und die Klageanhebung beschliesst, bleibt bestehen. Auch diejenigen Ansprüche gegen Organe, die nicht vom Entlastungsbeschluss erfasst wurden oder sich auf nicht bekannt gegebene Tatsachen stützen, bleiben auch nach der Entlastung oder dem Verzicht durch die Gläubigergesamtheit vollumfänglich erhalten. 1004

Der hier vorgeschlagene Lösungsansatz kann ausserdem zu einer Zunahme von Aktionärsklagen ausserhalb des Konkurses führen. Die Verantwortlichen wären somit dem Risiko ausgesetzt, häufiger für Pflichtverletzung zur Verant- 1005

wortung gezogen zu werden. Dies kann zu einer Stärkung der Präventivfunktion führen, selbst wenn die Verantwortlichen i.d.R. nicht für den Gesamtschaden belangt würden. FORSTMOSER weist darauf hin, dass eine Verabsolutierung der Präventivfunktion auf Kosten der angemessenen Risikobereitschaft der Verantwortlichen ginge, was letztlich nicht im Interesse der Aktionäre und übrigen Stakeholder sei.¹⁴⁸⁷

2. Einzelne Probleme im Konkurs der Gesellschaft

a) Verzicht der Gläubigergesamtheit als Voraussetzung

1006 Gemäss Art. 758 Abs. 4 V-OR setzt der Übergang der Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis über die einzelnen Ansprüche der Gläubiger den Verzicht der Konkursverwaltung bzw. der Gläubigergesamtheit voraus. Nicht ausreichend ist somit namentlich die Konkurseinstellung mangels Aktiven. Diejenigen Gläubiger, die ihre anteiligen Ansprüche selbst geltend machen wollen, müssen folglich die Kosten für ein summarisches Konkursverfahren vorschiesen. Dies stellt eine zusätzliche Hürde für die Gläubiger dar und kann dazu führen, dass der Verantwortliche letztlich keinen Schadenersatz leisten muss. Dieses Ergebnis kann insbesondere dann ungerechtfertigt erscheinen, wenn der Verantwortliche die Gesellschaft derart geschädigt hat, dass die Mittel fehlen, um ein summarisches Konkursverfahren durchzuführen. Er geniesst den zusätzlichen Schutz, dass die Gläubiger nicht sofort direkt gegen ihn vorgehen können. Der Verantwortliche, der demgegenüber rechtzeitig die Überschuldung anzeigt, wird u.U. einem zusätzlichen Klagerisiko ausgesetzt.

1007 Diese Problematik liesse sich dadurch lösen, dass die Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis betreffend die einzelnen Ansprüche der Gläubiger bereits dann auf die Gläubiger übergehen, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird oder die Ansprüche aus anderen Gründen nicht geltend gemacht werden. Diese Lösung führt jedoch zu vielen offenen Fragen und Folgeproblemen. So stellt sich bspw. die Frage, wie die anteiligen Ansprüche der Gläubiger zu berechnen wäre, wenn kein Kollokationsplan erstellt wird. In einem solchen Fall wäre nämlich unklar, wie hoch die Summe der Forderungen gegenüber der konkursiten Gesellschaft ist. Anders als bei kollozierten Forderungen, müsste es dem Verantwortlichen zudem möglich sein, die Forderungen der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft zu bestreiten. Folglich könnten sich diese im Laufe des Verfahrens gegen den Verantwortlichen als ganz oder teilweise unberechtigt erweisen. Fraglich wäre schliesslich auch, ob der erstrittene Prozesserslös nach den Bestimmungen des SchKG zu verteilen wäre.

¹⁴⁸⁷ FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 204, wobei diese Befürchtung im Zusammenhang mit der Einführung des Kostenanlastungsverfahrens ausgesprochen wurde.

Aus den genannten Gründen sollte kein Übergang der Prozessführungs- und Verfügungsbefugnis ohne Verzicht durch die Konkursverwaltung bzw. durch die Gläubigergesamtheit stattfinden. Diese Lösung entspricht im Übrigen auch dem geltenden Recht bzw. der Ablösungstheorie, wonach nur kollozierte Gesellschaftsgläubiger zur Geltendmachung des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit berechtigt sind.¹⁴⁸⁸ Das bereits unter geltender Praxis bestehende Risiko, dass ein Verantwortlicher einzig deshalb nicht belangt wird, weil kein Konkursverfahren stattgefunden hat, ist somit hinzunehmen. 1008

b) Neue Tatsachen ohne Konkursverfahren

Für die Gläubiger erscheint nachteilig, dass bei Bekanntwerden anspruchsbegründender Tatsachen¹⁴⁸⁹ kein Fristenlauf für die Geltendmachung der Ansprüche der Gläubiger beginnen kann, wenn nicht zumindest ein summarisches Konkursverfahren durchgeführt wurde. Damit sichergestellt wird, dass sämtliche Gläubiger die Möglichkeit erhalten, am Erlös allfälliger Schadenersatzansprüche teilzuhaben, muss ein summarisches Konkursverfahren durchgeführt werden und somit auch der Kostenvorschuss dafür geleistet werden. Der Gläubiger, dem anspruchsbegründende Tatsachen bekannt werden, kann somit nicht sofort im Alleingang gegen den Verantwortlichen vorgehen. 1009

c) Keine Klage auf Ersatz des Gesamtschadens

Bei einer Abtretung eines Gesellschaftsanspruchs nach Art. 260 SchKG können die Abtretungsgläubiger die gesamte Forderung der Gesellschaft geltend machen und damit ihre kollozierten Forderungen u.U. vollständig befriedigen. Im Rahmen des hier vorgeschlagenen Gesetzestextes können sie jedoch nur ihren anteiligen Schadenersatz geltend machen, welcher sich aus dem Verhältnis ihrer kollozierten Forderung zur gesamten Schadenersatzforderung der Gesellschaft ergibt. Dies kann dazu führen, dass ihre kollozierten Forderungen nicht vollständig befriedigt werden, obwohl der Verantwortliche den gesamten Schaden der Gesellschaft noch nicht ersetzt hat. Sie können nämlich weder einzeln den Gesamtschadenersatz noch fremde Gläubigeransprüche auf anteiligen Schadenersatz geltend machen. 1010

Dieses Ergebnis macht die anteiligen Ansprüche der Gläubiger aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit weniger attraktiv als andere abtretbare Ansprüche der Gesellschaft. Es führt ausserdem zu einer ungerechtfertigten Bevorteilung des Verantwortlichen und einer Benachteiligung der vorrangigen Gläubiger. 1011

¹⁴⁸⁸ Vorne N 506.

¹⁴⁸⁹ Zum Begriff *anspruchsbegründende Tatsachen* vorne N 863.

1012 Gelöst werden könnte dieses Problem durch eine zivilrechtliche Abtretung der nicht klagewilligen Gläubiger an einzelne klagewillige Gläubiger nach Art. 164 ff. OR. Denkbar wäre auch die analoge Abtretung gemäss Art. 260 SchKG, wobei dies voraussetzt, dass auch die Prozessführungs- und Verfügungsbefugnisse betreffend die eigenen Ansprüche nicht bereits mit dem Verzicht durch die Gläubigergesamtheit, sondern erst mit der Abtretung auf die Gläubiger übergehen.

3. *Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr*

a) *Bedenken der Lehre und Rechtsprechung zur individuellen Leistungsdestination*

1013 Das Bundesgericht hat sich bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 1918 mit Fragen zur individuellen und kollektiven Leistungsdestination beschäftigt.¹⁴⁹⁰ Es hielt dabei folgende Probleme fest: «Er [der einzelne Aktionär] kann natürlich nicht den ganzen Schaden ersetzt verlangen, weil er sich sonst auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger bereichern könnte. Danach muss für jeden einzelklagenden Aktionär eine Anspruchsquote berechnet werden. Die Berechnung dieser Quote ist aber äusserst schwierig. Man kann nicht einfach auf die Aktienquote abstellen, weil damit wiederum die Gläubigerinteressen verletzt würden. Diese verlangen, dass vor jeder Auszahlung an einen Aktionär festgestellt wird, ob das Grundkapital gedeckt bleibt. Zu dieser Feststellung aber müsste man alle Gläubiger und alle ihre Guthaben an die Gesellschaft kennen, eine Voraussetzung, die bei bestehender Gesellschaft kaum erfüllt werden kann. Zu diesen Schwierigkeiten kommt hinzu, dass durch die Auszahlung von Kapitalien, die eigentlich in das Vermögen der Gesellschaft gehören, ein erster Grundsatz des Aktienrechtes, dass während des Bestehens der Gesellschaft der einzelne Aktionär auf solche Kapitalauszahlungen wenigstens grundsätzlich kein Recht hat, verletzt würde.»¹⁴⁹¹

1014 Das Bundesgericht hat sich im genannten Entscheid schliesslich für die kollektive Leistungsdestination ausgesprochen, wobei es dies nicht mit dogmatischen, sondern mit Bedenken hinsichtlich der praktischen Durchführung begründet.¹⁴⁹² So hat es denn auch in einem späteren Entscheid die Klage mehrerer Aktionäre, welche Schadenersatz mit Leistung an sich selbst verlangt hatten, geschützt, da die praktischen Bedenken nicht gegeben waren. Die Gesellschaft war bereits in Liquidation und sämtliche Gläubiger waren bereits be-

¹⁴⁹⁰ BGE 44 II 38.

¹⁴⁹¹ BGE 44 II 38, 44, E. 3 (Hervorhebung durch das BGer).

¹⁴⁹² BGE 44 II 38, 43 ff., E. 3.

friedigt, so dass der Schadenersatzzahlung an die Aktionäre keine gegenläufigen Interessen entgegenstanden.¹⁴⁹³

Auch die Lehre hat sich der Ansicht des Bundesgerichts angeschlossen und hält den indirekten Ersatz des indirekten Schadens als einzige Lösung, die verhindern kann, dass unerlaubte Kapitalrückzahlungen an die Aktionäre stattfinden, die zu einer Verletzung der Interessen der Gläubiger führen könnte.¹⁴⁹⁴ 1015

b) Verbot der Einlagerückgewähr

Mit den vorne genannten Bedenken weist das Bundesgericht auf das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR hin, welches der Gesellschaft verbietet, aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen Leistungen an den Aktionär zu erbringen.¹⁴⁹⁵ Zum geschützten Gesellschaftsvermögen gehört das Nennkapital der Gesellschaft, d.h. das nominale Aktien- und Partizipationskapital,¹⁴⁹⁶ nicht hingegen das aus Überpariissionen stammende Agio und die gesetzlichen Reserven.¹⁴⁹⁷ 1016

Gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstossen nicht nur eigentliche Ausschüttungen, sondern auch andere Finanztransaktionen, welche eine Kapitalrückgewähr herbeiführen können.¹⁴⁹⁸ Ein Verstoss hat die Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlusses sowie des eigentlichen Rechtsgeschäftes zur Folge.¹⁴⁹⁹ 1017

c) Keine verbotene Einlagerückgewähr bei Deckung des geschützten Gesellschaftsvermögens

Kein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr liegt vor, wenn das geschützte Gesellschaftsvermögen durch die Schadenersatzzahlung an die Aktionäre nicht angetastet wird. Wie das Bundesgericht richtig festgestellt hat, kann es bei der aufrechterstehenden Gesellschaft jedoch schwierig sein, diese Tatsache festzustellen.¹⁵⁰⁰ 1018

¹⁴⁹³ BGE 59 II 434, 455 ff., E. III 2.

¹⁴⁹⁴ JENNY, N 94 ff.; SCHIESS, 40 f.; ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 757 aOR, N 11.

¹⁴⁹⁵ BSK OR II-VOGT, Art. 680, N 17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50, N 107 ff.

¹⁴⁹⁶ BSK OR II-VOGT, Art. 680, N 18.

¹⁴⁹⁷ BSK OR II-VOGT, Art. 680, N 19 f.

¹⁴⁹⁸ BSK OR II-VOGT, Art. 680, N 17 und N 22 ff.

¹⁴⁹⁹ BSK OR II-VOGT, Art. 680, N 25; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50, N 108 f.

¹⁵⁰⁰ Vorne N 1013.

- 1019 M.E. ist für die Berechnung des geschützten bzw. nicht geschützten Gesellschaftsvermögens nicht auf einen konkreten Zeitpunkt abzustellen.¹⁵⁰¹ Vielmehr liegt bereits dann keine verdeckte Einlagerückgewähr vor, wenn das Nennkapital (Aktien- und allfälliges Partizipationskapital) der Gesellschaft auch nach dem Schadenseintritt durch entsprechende Aktiven weiterhin gedeckt ist. Macht die Gesellschaft in einem solchen Fall ihren Anspruch selbst erfolgreich geltend, könnte sie die Schadenersatzzahlung anschliessend – soweit zulässig – als Dividende an die Aktionäre ausschütten. Es läge offenkundig keine verdeckte Einlagerückgewähr vor.¹⁵⁰²
- 1020 Gleiches gilt m.E. auch, wenn mit dem Eintritt des Gesellschaftsschadens das Nennkapital nicht mehr gedeckt ist, sofern die Unterdeckung zu einem späteren Zeitpunkt wieder beseitigt werden kann. Schliesslich ist das geschützte Gesellschaftsvermögen nach dem Ausgleich der Unterdeckung wieder vollständig vorhanden. Der Verzicht auf den Gesellschaftsanspruch durch die Entlastung wirkt sich in der Folge lediglich auf das das Nennkapital übersteigende Gesellschaftsvermögen aus.
- 1021 Steht fest, dass das Nennkapital zu einem beliebigen Zeitpunkt nach dem Schadenseintritt gedeckt war¹⁵⁰³ und die Schadenersatzzahlung an die einzelnen Aktionäre das geschützte Gesellschaftsvermögen somit nicht tangiert, liegt m.E. kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr vor. Der Verantwortliche kann folglich im Konkurs der Gesellschaft einwenden, bereits einen Teil des Schadenersatzes befreiend an einzelne Aktionäre ohne Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen geleistet zu haben. Dadurch entgeht der Verantwortliche der Gefahr einer Doppelzahlung. Dessen ungeachtet steht es der Konkursverwaltung bzw. den einzelnen Gläubigern jedoch frei, die Differenz zur gesamten Schadenersatzforderung der Gesellschaft geltend zu machen.
- 1022 Eine verbotene Einlagerückgewähr ist im Ergebnis nur dann gegeben, wenn infolge des Gesellschaftsschadens das Nennkapital nicht mehr gedeckt ist und diese Unterdeckung auch bis zur Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre bestehen bleibt. Des Weiteren muss der an die Aktionäre bezahlte Betrag das Nennkapital der Gesellschaft tatsächlich tangieren. Schliesslich ist denkbar, dass die anteilige Schadenersatzforderung bereits vor dem Schadenseintritt vom nicht geschützten Gesellschaftsvermögen gedeckt war oder sogar an die Aktionäre hätte ausgeschüttet werden können.

¹⁵⁰¹ Andernfalls kämen verschiedene Zeitpunkte in Betracht. Denkbar wäre der Zeitpunkt des Schadenseintritts, des Verzichts durch die Generalversammlung oder der effektiven Zahlung an die einzelnen Aktionäre.

¹⁵⁰² Dieselbe Argumentation gilt auch bei den Wirkungen des Entlastungsbeschlusses gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Vgl. vorne N 74 ff., insb. N 76.

¹⁵⁰³ Bspw. wenn die Gesellschaft nach Schadenseintritt einen Bilanzgewinn ausweist.

d) *Schadenersatzzahlung an die Aktionäre als verbotene Einlagerückgewähr*

Ist und bleibt das geschützte Gesellschaftsvermögen aufgrund des Schadeneintritts nicht mehr gedeckt, kann die direkte Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre eine verbotene Einlagerückgewähr darstellen. Nach hier vorgeschlagenem Gesetztext verstösst jedoch nicht bereits der Entlastungsbeschluss oder die Ablehnung der Klageanhebung gegen das Verbot der Einlagerückgewähr. Schliesslich steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, ob überhaupt eine Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre erfolgen wird. Ausserdem hat die Gesellschaft keinen Einfluss auf die Geltendmachung der Ansprüche durch die Aktionäre. 1023

Erst die tatsächliche Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre kann eine verbotene Einlagerückgewähr darstellen. Dies führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses der Generalversammlung, es sei denn, der Beschluss erfolgte einzig in der Absicht der verbotenen Einlagerückgewähr. Hat der Verantwortliche Schadenersatzzahlungen an einzelne Aktionäre geleistet, die als verbotene Einlagerückgewähr zu qualifizieren sind, kann er gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht einwenden, bereits einen Teil des Schadenersatzes befreiend an die Aktionäre geleistet zu haben. Diese Zahlung ist gegenüber den Gläubigern vielmehr unbeachtlich, was dazu führt, dass der Verantwortliche weiterhin im Umfang der verbotenen Einlagerückgewähr haftbar bleibt und u.U. eine Doppelzahlung leistet. 1024

Die Schadenersatzzahlung an die indirekt geschädigten Aktionäre ist zulässig, wenn sich die Gesellschaft in Liquidation befindet und sämtliche Gläubiger bereits befriedigt wurden.¹⁵⁰⁴ Die Interessen der Gesellschaft und der Gläubiger, die der individuellen Leistungsdestination als *praktische Bedenken* entgegenstehen, sind in einem solchen Fall nach Ansicht des Bundesgerichts nicht tangiert.¹⁵⁰⁵ 1025

e) *Umgehung der verbotenen Einlagerückgewähr*

Da die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaftsgläubiger nach Verstreichen der absoluten Verjährungsfrist nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden können, verstossen Leistungen an die Aktionäre nach dieser Frist nicht (mehr) gegen das Verbot der Einlagerückgewähr. Die Gefahr einer möglichen Doppelzahlung liesse sich damit durch entsprechende Klauseln in einer Vergleichsvereinbarung lösen. So könnte eine Rückzahlungsverpflichtung der Aktionäre für den Fall, dass der Verantwortliche erfolgreich durch Gesellschaftsgläubiger belangt wird, vereinbart werden. Eine andere Lösung bestünde darin, 1026

¹⁵⁰⁴ BGE 59 II 434, 454 ff., E. III 2.

¹⁵⁰⁵ BGE 59 II 434, 456 f., E. III 2.

dass der Verantwortliche die Schadenersatzzahlung auf ein Sperrkonto überweist, wobei die Zahlung an die Aktionäre erst nach Verstreichen der absoluten Verjährungsfrist erfolgt. Das Verstreichen der absoluten Verjährungsfrist ist bezüglich der durch eine allfällige Konkursöffnung entstehenden Ansprüche der Gläubiger zu bestimmen.¹⁵⁰⁶ Die Geltendmachung der Ansprüche der Aktionäre führt folglich nicht zu einer Verjährungsunterbrechung hinsichtlich der (zukünftigen) Ansprüche der Gläubiger. Bis es zum Übergang vom Gesellschaftsanspruch zu den einzelnen Ansprüchen der Aktionäre kommt oder diese durch Entscheid oder Vergleich erledigt werden, können bereits mehrere Jahre verstreichen, so dass es durch eine verbotene Einlagerückgewähr nicht in jedem Fall zu einer langen Sperrwirkung kommt.

1027 Wie vorne erläutert, ist zur Feststellung einer verbotenen Einlagerückgewähr nach hier vertretener Ansicht auf einen beliebigen Zeitpunkt zwischen dem Schadenseintritt und der Schadenersatzzahlung abzustellen. Schadenersatzzahlungen, welche im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses als verbotene Einlagerückgewähr zu qualifizieren wären, könnten durch eine positive Geschäftsentwicklung der Gesellschaft in naher Zukunft wieder frei verfügbar werden. Es wäre somit denkbar, dass zukünftige Vergleichszahlungen in Abhängigkeit der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft vereinbart und bezahlt werden, so dass der gesamte (anteilige) Schadenersatzbetrag noch vor Verstreichen der vorne genannten Verjährungsfrist bezahlt werden kann.

1028 Um den Schadenersatzbetrag den Aktionären sofort zugänglich zu machen, wäre ausserdem denkbar, dass die Aktionäre die Schadenersatzzahlung der Gesellschaft als zusätzliches Risikokapital wieder zur Verfügung stellen, bspw. durch den Erwerb neuer Anteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Dadurch stünde die Schadenersatzzahlung den Gläubigern wieder als Haftungssubstrat zur Verfügung. Dies setzt freilich die Mitwirkung der Gesellschaft voraus. Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre gemäss Art. 652b OR, welches nur unter strengen Voraussetzungen beschränkt werden kann.¹⁵⁰⁷

1029 Sofern eine verbotene Einlagerückgewähr nicht durch ausreichende Deckung des geschützten Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen werden kann, haben auch im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung durch die anspruchsberechtigten Aktionäre die Rechtsbegehren der einzelnen Klagen entsprechende Erfüllungsmodalitäten zu enthalten, die eine verbotene Einlagerückgewähr ausschliessen. Nach hier vertretener Auffassung obliegt die Beweislast dem Aktionär, dass die direkte Schadenersatzzahlung keine verbotene Einlagerückgewähr

¹⁵⁰⁶ Dazu vorne N 975.

¹⁵⁰⁷ Vgl. Art. 652b Abs. 2 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR.

darstellt. Wie vorne erläutert, reicht es jedoch aus, dass der Aktionär nachweist, dass das geschützte Gesellschaftsvermögen zu einem beliebigen Zeitpunkt zwischen dem Schadenseintritt und der Schadenersatzzahlung gedeckt war. Der klagende Aktionär hat für denjenigen Teil seiner Forderung entsprechende Erfüllungsmodalitäten in die Rechtsbegehren aufzunehmen, für den er den Beweis betreffend die Einlagerückgewähr nicht erbringen kann.

f) Fazit

Wie das Bundesgericht richtig festgestellt hat, kann die direkte Zahlung von Schadenersatz an einzelne Aktionäre eine Verletzung von Gläubigerinteressen zur Folge haben.¹⁵⁰⁸ Es geht dabei um das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, dessen Verletzung grundsätzlich zur Nichtigkeit des Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlusses führt.¹⁵⁰⁹ 1030

Nach hier vertretener Ansicht ist eine verbotene Einlagerückgewähr jedoch nur dann gegeben, wenn infolge des Gesellschaftsschadens das Nennkapital nicht mehr gedeckt ist und diese Unterdeckung auch bis zur Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre bestehen bleibt. War das Nennkapital also zu einem beliebigen Zeitpunkt zwischen dem Schadenseintritt und der Schadenersatzzahlung an die Aktionäre gedeckt, liegt keine verbotene Einlagerückgewähr vor. Bei aufrechtstehender Gesellschaft wird die direkte Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre deshalb häufig nicht als verbotene Einlagerückgewähr zu qualifizieren sein. 1031

Nach hier vorgeschlagenem Gesetzestext stellt der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung alleine keinen Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr dar. Erst die Schadenersatzzahlung an einzelne Aktionäre kann zu einer verbotenen Einlagerückgewähr führen.¹⁵¹⁰ Diese kann jedoch durch geeignete Erfüllungsmodalitäten oder Rückführung der Schadenersatzleistung an die Gesellschaft umgangen werden.¹⁵¹¹ 1032

4. Ungewollte steuerrechtliche Anreize

Der Wechsel von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination könnte Anlass dazu geben, steuerrechtliche Vorteile bei der Gesellschaft und den Aktionären zu erzielen. Das Ziel einer steuerrechtlichen Kollusion bestünde darin, den Schadenersatz direkt an die der Entlastung nicht zustimmenden Minderheitsaktionäre zu bezahlen, um den Reingewinn der Gesellschaft und damit 1033

¹⁵⁰⁸ Vorne N 1013.

¹⁵⁰⁹ Vorne N 1016 f.

¹⁵¹⁰ Vorne N 1023 f.

¹⁵¹¹ Vorne N 1026 ff.

auch namentlich die Gewinnsteuerfolgen¹⁵¹² zu reduzieren. Dies setzt ein Zusammenwirken der Mehrheits- und Minderheitsaktionäre und gegebenenfalls auch des Verwaltungsrates voraus. Die Gefahr einer derartigen steuerrechtlichen Kollusion besteht m.E. nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen.

- 1034 Die Zahlung des Schadenersatzes an die Minderheitsaktionäre erscheint v.a. dann vorteilhaft, wenn bereits im Voraus bekannt ist, dass ein grosser Teil des Schadenersatzes vom Verantwortlichen nicht erhältlich gemacht werden kann.¹⁵¹³ Dieser muss jedoch bereit sein, einen bestimmten Betrag – sei es an die Gesellschaft oder direkt an die Minderheitsaktionäre – zu bezahlen. Die Mehrheitsaktionäre könnten folglich durch Entlastungsbeschluss auf denjenigen Betrag verzichten, der ohnehin nicht erhältlich gemacht werden kann. Im Anschluss bezahlt der Verantwortliche die anteiligen Schadenersatzbeträge an die noch anspruchsberechtigten Minderheitsaktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben.
- 1035 Dadurch kann die Schadenersatzzahlung ohne Umweg durch die Gesellschaft direkt an die Aktionäre ausbezahlt werden. Der Verzicht der Gesellschaft auf die Schadenersatzforderung führt zu einer Reduktion der Gewinn- und Kapitalsteuer. Da der an die Minderheitsaktionäre bezahlte Schadenersatz nicht durch Dividendenausschüttung der Gesellschaft an die Aktionäre erfolgt ist, muss die Gesellschaft auf diesen Betrag grundsätzlich auch keine Verrechnungssteuer entrichten.
- 1036 Besteht hingegen die berechtigte Erwartung, dass die gesamte Schadenersatzforderung erhältlich gemacht werden kann, ist die Leistung des Schadenersatzes an die Minderheitsaktionäre aus Sicht der Mehrheitsaktionäre nicht vorteilhaft. Letztere müssen schliesslich durch den Entlastungsbeschluss auf einen grossen Teil der Schadenersatzforderung verzichten, um die direkte Zahlung an die Minderheitsaktionäre überhaupt zu ermöglichen. Dieser Verzicht zulasten der Gesellschaft kann die voraussichtlichen Steuerersparnisse übersteigen, so dass das genannte Vorgehen für die Aktionäre unattraktiv wird.
- 1037 Die Mehrheitsaktionäre erhalten ausserdem keinen direkten Anteil an der Schadenersatzzahlung. Damit es zu einem Ausgleich zwischen Minderheits- und Mehrheitsaktionären kommen kann, wären weitere Transaktionen notwendig.
- 1038 Kaum in Betracht kommen dürfte m.E. ein planmässiges Vorgehen unter aktiver Mitwirkung des Verwaltungsrates. Entnimmt der Verwaltungsrat der Gesellschaft zum Zwecke der Steuerersparnis absichtlich Gewinne, um sie an-

¹⁵¹² Weitere Steuerersparnisse wären im Bereich der Kapitalsteuer und der Verrechnungssteuer möglich.

¹⁵¹³ Zur Begründung sogleich hinten N 1036.

schliessend direkt an die Aktionäre auszubezahlen, setzen sich der Verwaltungsrat und auch die übrigen Beteiligten einem erheblichen zivilrechtlichen, steuerrechtlichen und strafrechtlichen Risiko aus.

Es kann somit festgestellt werden, dass eine steuerrechtliche Kollusion nur bei Gesellschaften mit einem übersichtlichen Aktionariat in Frage kommt. Bei Gesellschaften mit breit abgestütztem Aktionariat und Publikumsgesellschaften kann eine steuerrechtliche Kollusion praktisch ausgeschlossen werden. 1039

5. *Missbräuchliche Klagen*

Als Folge der individuellen Leistungsdestination könnte ein Anreiz für missbräuchliche Aktionärsklagen entstehen. Im Gegensatz zum geltenden Recht verfolgt der Aktionär mit einer Klage auf Leistung an sich selbst ausschliesslich eigennützige Interessen. Er könnte deshalb beabsichtigen, den Verantwortlichen durch die Klageanhebung unter Druck zu setzen und zu einem Vergleichsabschluss zu bewegen. Auch die Senkung des Kostenrisikos führt zu einem zusätzlichen Anreiz für die klagewilligen Aktionäre und erhöht damit die Gefahr missbräuchlicher Klagen. 1040

Der hier beschriebene Gesetzesvorschlag könnte für den Verwaltungsrat eine Gratwanderung bedeuten. Besteht der Verdacht einer Pflichtverletzung, muss er die pflichtverletzenden Umstände ausreichend umschreiben, damit diese als bekanntgegebene Tatsachen vom Entlastungsbeschluss erfasst werden. Umgekehrt darf er nicht zu viele Informationen preisgeben, um der nunmehr realen Gefahr von Aktionärsklagen keinen Vorschub zu leisten. Dieser Zwiespalt besteht theoretisch bereits unter geltendem Recht, allerdings ist die Hemmschwelle der klagewilligen Aktionäre aufgrund des Kostenrisikos de lege lata sehr viel höher. 1041

M.E. ist die Gefahr missbräuchlicher Klagen als gering einzuschätzen. Die hohen Anforderungen an den Nachweis einer Pflichtwidrigkeit sowie das Informationsgefälle zwischen dem Verantwortlichen und den Aktionären machen es einzelnen Aktionären schwierig, eine ausreichende Drohkulisse aufzubauen, um den Verantwortlichen zu einem Vergleichsabschluss zu bewegen. Hat der klagende Aktionär hingegen begründeten Anlass zur Klage, handelt es sich nicht um eine missbräuchliche Klage, sondern um eine berechtigte Wahrnehmung eigener Interessen, selbst wenn die Klage im Ergebnis abgewiesen wird. 1042

6. *Verfahrensrechtliche Probleme*

Wie vorne bereits festgestellt wurde, erscheinen sowohl die einfache als auch die notwendige Streitgenossenschaft im Rahmen der individuellen Leistungsdestination als nicht geeignet. Unterschiedliche Verfahrensarten und sachliche Zu- 1043

ständigkeiten verhindern bei der einfachen Streitgenossenschaft (zumindest de lege lata) die Koordination der Verfahren zur Verhinderung widersprüchlicher Entscheide. Die notwendige Streitgenossenschaft setzt demgegenüber voraus, dass die Streitgenossen gemeinsam klagen, was mit dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz kaum zu vereinbaren ist.¹⁵¹⁴

1044 Da es sich beim hier vorgeschlagenen Ansatz ausserdem nicht um einen echten kollektiven Rechtsschutz handelt, besteht v.a. ausserhalb des Konkurses die Gefahr, dass die Aktionäre nicht gemeinsam vertreten werden und unterschiedliche Anträge stellen, was trotz Vereinigung der Verfahren einen enormen Aufwand für das zuständige Gericht bedeuten kann.

1045 Schliesslich müssen auch die Schlichtungsverhandlungen betreffend die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger abgeschafft und gegebenenfalls ein ausschliesslicher und zwingender Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsklagen geschaffen werden, um die verfahrensrechtliche Durchsetzung zu erleichtern.¹⁵¹⁵

V. Zusammenfassung

A. Einzelne Lösungsansätze

1046 Betreffend die im 3. Teil festgestellten Problembereiche der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage wurde aufgezeigt, dass einige Lösungsvorschläge bereits von der Lehre und Rechtsprechung, aber auch vom Gesetzgeber vorgeschlagen wurden.

1047 In Bezug auf das Problem des Kostenrisikos wurden vorne die Bestrebungen im Rahmen der ZPO-Revision, die Kostenübernahme durch die Gesellschaft, die anteilige Kostenverteilung auf die Kläger sowie die Kostenübernahme durch den Staat untersucht.¹⁵¹⁶

1048 Zur Beseitigung diverser Probleme wurden als mögliche Lösungsvorschläge die Abschaffung der Aktionärsklage,¹⁵¹⁷ die Stärkung der Aktionärsrechte¹⁵¹⁸ und die Kodifikation der Bundesgerichtspraxis¹⁵¹⁹ aufgezeigt.

1049 Schliesslich wurden Ansätze zur Behebung der Klagenhäufung und zur Verhinderung widersprüchlicher Entscheide für die Theorie des materiellen Forde-
rungsrechts untersucht.¹⁵²⁰

¹⁵¹⁴ Vorne N 902 ff.

¹⁵¹⁵ Vorne N 916 ff.

¹⁵¹⁶ Vorne N 740 ff.

¹⁵¹⁷ Vorne N 770.

¹⁵¹⁸ Vorne N 774 ff.

¹⁵¹⁹ Vorne N 845 ff.

¹⁵²⁰ Vorne N 800 ff.

Viele der analysierten Lösungsansätze erweisen sich als nachteilig, wenig effektiv oder im Verantwortlichkeitsrecht de lege lata kaum umsetzbar. Als erfolgversprechende Lösungsansätze erscheinen m.E. das Kostenanlastungsverfahren, die anteilige Kostenverteilung und die materiellrechtliche Verfahrenskoordination. 1050

B. Vorschlag de lege ferenda

1. *Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination*

Der hier vorgeschlagene Gesetzestext zeichnet sich durch den Wechsel von der kollektiven Leistungsdestination, d.h. Schadenersatzleistung an die Gesellschaft, zur individuellen Leistungsdestination, d.h. Schadenersatzleistung an die Aktionäre bzw. Gläubiger, aus. Mit dem Wechsel findet auch ein Übergang der Anspruchsberechtigung statt, d.h. der Anspruch der Gesellschaft geht unter und zugleich entstehen anteilige Ansprüche der einzelnen Aktionäre bzw. Gläubiger. Die Gesellschaft bleibt damit grundsätzlich Rechtsträgerin des Anspruchs bis die Generalversammlung die Entlastung erteilt bzw. der Konkurs eröffnet wird.¹⁵²¹ 1051

2. *Zeitpunkt des Übergangs und Klagefrist*

Mithilfe einer Frist zur Beschlussfassung über die Entlastung wird ausserhalb des Konkurses sichergestellt, dass der Übergang von der kollektiven zur individuellen Leistungsdestination nicht durch den Verwaltungsrat und/oder die Mehrheitsaktionäre verhindert werden kann. Ein implizites Traktandierungsrecht ermöglicht ausserdem jedem einzelnen Aktionär, einen Beschluss über die Entlastung zu beantragen und damit den Übergang der Ansprüche herbeizuführen. Selbiges gilt auch für erst später bekannt gewordene, anspruchsbegründende Tatsachen.¹⁵²² 1052

Mit der Konkursöffnung geht der Anspruch der Gesellschaft grundsätzlich unter und es entstehen anteilige Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger. Der Konkursverwaltung stehen jedoch die Prozessführungs- und die Verfügungsbefugnisse der Gläubigeransprüche zu.¹⁵²³ 1053

Nach dem Verzicht der Generalversammlung bzw. der Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung der Ansprüche, können die einzelnen Aktionäre resp. die einzelnen Gläubiger innerhalb eines Jahres Klage anheben, andernfalls ihre Ansprüche verirken. Die Klagefrist der Aktionäre steht jedoch während des 1054

¹⁵²¹ Vorne N 857 ff.

¹⁵²² Vorne N 870 und N 926.

¹⁵²³ Vorne N 950 ff.

Verfahrens auf Anordnung einer Sonderprüfung und während deren Durchführung still. Im Konkurs der Gesellschaft werden nachträglich bekannt gewordene, anspruchsbegründende Tatsachen durch öffentliche Bekanntmachung oder briefliche Mitteilung den Konkursgläubigern zur Kenntnis gebracht, womit die Klagefrist für die Gläubiger zu laufen beginnt.¹⁵²⁴

3. Einredeordnung und Kostenrisiko

- 1055 Mit dem Übergang der Ansprüche geht eine Einschränkung betreffend die zulässigen Einreden und Einwendungen einher, wobei im Konkurs m.E. die Rechtsprechung zum einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit weitergeführt werden kann.¹⁵²⁵
- 1056 Des Weiteren führen der Übergang zur individuellen Leistungsdestination und die vorgesehenen Klagefristen zu einer betragsmässigen Reduktion der Schadenersatzforderungen und damit auch einer Reduktion des Prozesskostenrisikos.¹⁵²⁶

4. Verfahrenskoordination

- 1057 Im Rahmen des Individualrechtsschutzes kann es durch die Geltendmachung der einzelnen Ansprüche der Aktionäre bzw. Gläubiger zu einer Vielzahl von Verfahren kommen. Die Aktionäre bzw. Gläubiger klagen im Sinne einer ungerichtlichen notwendigen Streitgenossenschaft, wobei erst mithilfe der Klagefrist sowie der Möglichkeit der Gerichte zur Verfahrenssistierung, -überweisung und -vereinigung eine Kollektivierung der Verfahren herbeigeführt werden kann. Die Verfahrensart und die sachliche Zuständigkeit sind erst nach Überweisung und Vereinigung sämtlicher Verfahren anhand des kumulierten Streitwerts zu bestimmen. Um eine Flut an Schlichtungsverfahren zu verhindern, sind die Klagen der Aktionäre und Gläubiger ausserdem in den Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO aufzunehmen. Klagt hingegen die Gesellschaft oder die Konkursmasse, ist ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.¹⁵²⁷

C. Vor- und Nachteile

- 1058 Der hier vorgeschlagene Gesetzestext weist sowohl gegenüber dem geltenden Recht als auch gegenüber anderen Lösungsansätzen einige Vorteile auf. So wird den eigentlichen Interessen der Beteiligten mehr Beachtung geschenkt

¹⁵²⁴ Vorne N 964 ff.

¹⁵²⁵ Vorne N 960 ff.

¹⁵²⁶ Vorne N 912.

¹⁵²⁷ Vorne N 890 ff.

und es werden die Verfahrenskosten durch den Wechsel zur individuellen Leistungsdestination drastisch reduziert. Mit diesem Lösungsvorschlag kann ausserdem eine angemessene Einreideordnung geschaffen werden. Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass eine Verfahrenskoordination auch ohne schwerwiegende Eingriffe in das Zivilprozessrecht möglich erscheint und eine Grundlage für einen allfälligen echten kollektiven Rechtsschutz schafft.¹⁵²⁸

Als nachteilig kann sich die mit der individuellen Leistungsdestination einhergehende Reduktion der Schadenersatzforderungen erweisen, welche zu einer Schwächung der Präventivwirkung führen könnte. Die Geltendmachung der anteiligen Ansprüche durch die Gläubiger setzt ausserdem voraus, dass mindestens ein summarisches Konkursverfahren durchgeführt wurde. Es besteht somit das Risiko, dass ein Verantwortlicher einzig deshalb nicht belangt wird, weil kein Konkursverfahren stattgefunden hat bzw. kein Kostenvorschuss geleistet wurde. Der von den einzelnen Gläubigern erstrittene Prozesserlös ist zudem nicht nach den Vorschriften des SchKG zu verteilen, was zur Benachteiligung einzelner Gläubiger führen könnte. Es ist ausserdem zu bedenken, dass die individuelle Leistungsdestination u.U. zu einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr führen kann. Auch könnten ungewollte steuerrechtliche Anreize geschaffen und missbräuchliche Klagen begünstigt werden. Die vorgeschlagene Verfahrenskoordination kann ausserdem eine allfällige Überlastung der Gerichte nicht verhindern.¹⁵²⁹ 1059

¹⁵²⁸ Vorne N 977 ff.

¹⁵²⁹ Vorne N 1002 ff.

Schlusswort

Seit der Einführung der Ablösungstheorie durch das Bundesgericht im Jahr 1991 scheint die Frage nach der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage im Konkurs der Gesellschaft geklärt. Der Anspruch der Gesellschaft wird demnach durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit abgelöst. Auch ausserhalb des Konkurses hat das Bundesgericht zwischenzeitlich die Rechtsnatur der Klage festgestellt und sich der Theorie der Prozessstandschaft angeschlossen. Den klagenden Aktionären stehen folglich keine eigenständigen Ansprüche zu, sondern lediglich die Prozessführungsbefugnis zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs der Gesellschaft zu.

Diese Rechtsprechung steht in direktem Widerspruch zum Auslegungsergebnis der vorliegenden Arbeit, wonach ausserhalb des Konkurses die Theorie des materiellen Forderungsrechts und im Konkurs die Theorie der Doppelnatur zur Anwendung käme. Den Aktionären steht somit richtigerweise ein materieller Anspruch zu, welcher vom Anspruch der Gesellschaft im Grundsatz unabhängig ist. Die Konkursverwaltung kann sich daher sowohl auf den Anspruch der Gesellschaft als auch der Aktionäre und Gläubiger stützen. Auch die Würdigung der einzelnen Theorien hat ergeben, dass die Theorie des materiellen Forderungsrechts bzw. der Doppelnatur gegenüber den anderen Theorien vorteilhafter erscheint.

Aufgrund der langjährigen Bundesgerichtspraxis hat sich die Lehre vermehrt den Problemen und der Rechtsfortbildung der Ablösungstheorie gewidmet, was zugleich dazu geführt hat, dass v.a. die Theorie des materiellen Forderungsrechts bzw. der Doppelnatur seither nicht weiterentwickelt wurden. Auch im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision setzt sich der Gesetzgeber nicht weiter mit der Rechtsnatur der Klage auseinander, sondern konzentriert sich vielmehr auf einzelne Problembereiche. Nach derzeitigem Stand der Revision ist jedoch festzustellen, dass keine Probleme als Ganzes behoben werden.

Die vorliegende Arbeit hat die einzelnen Theorien kritisch analysiert und deren Schwachstellen und Problembereiche zusammengefasst. In diesem Zusammenhang hat sie auch die Möglichkeiten zur Beseitigung einzelner Probleme aufgezeigt und einen ausformulierten Lösungsvorschlag präsentiert. Dieser Vorschlag ist nicht als *pfannenfertige* oder *einzig richtige Lösung*, sondern vielmehr als Denkansatz für den Diskurs in der Lehre und Rechtsprechung zur Verbesserung des Systems zur Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verstehen.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg (Freiburg)
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
aOR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht) in der Fassung vom 18. Dezember 1936, in Kraft ab 1. Juli 1937
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)
BBl	Bundesblatt
BBSW	Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht (Bern)
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BkG/BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BStR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des Obligations (OR)
CR	Commentaire Romand

DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design vom 5. Oktober 2001 (SR 232.12)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (SR 834.1)
et al.	et alii (= und weitere)
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Note/Noten; Randnote/Randnoten; Seite/Seiten)
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (SR 836.2)
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0)
FLG	Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FN	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GAFI	Groupe d'action financière
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarkt-recht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPK	Geschäftsprüfungskommission
GSchG	Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 (SR 282.11)
Habil.	Habilitationsschrift
Halbbd.	Halbband
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von

i.Üe.	im Üechtland
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
Jusletter	Jusletter, www.jusletter.ch (Bern)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
KUKO	Kurzkommentar
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003, (RS 221.301)
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (RS 958.1)
lit.	litera (= Buchstabe)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LTI	Loi fédérale sur les titres intermédiés du 3 octobre 2008, (RS 957.1)
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
M&A	Mergers & Acquisitions
m.E.	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (SR 232.11)
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum (deutschen) Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum (deutschen) Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
N	Note(n)/Randnote(n)
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)

OR 1991	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht) in der Fassung vom 4. Oktober 1991, in Kraft ab 1. Juli 1992
ORAb	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (RS 221.331)
PartGG	(Deutsches) Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
ProdHaftG	(Deutsches) Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
publ.	publiziert(er, e, es)
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SG	Kanton St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SICAF	Société d'Investissement à Capital Fixe
SICAV	Société d'Investissement à Capital Variable
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKSR	Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht (Zürich)
SnA	Schriften zum neuen Aktienrecht (Zürich)
sog.	sogenannt(er, e, es)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Rechtssammlung (Systematische Sammlung des Bundesrechts)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSPHW	St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Bern/Stuttgart/Wien)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
Teilbd.	Teilband
TStG	Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (SR 641.31)

u.a.	unter anderem
ÜBest	Übergangsbestimmung(en)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
u.U.	unter Umständen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
V-OR	Vorschlag zur Änderung des OR de lege ferenda
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel) (seit 1852; ab 1882: NF)
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht (Zürich)

Literaturverzeichnis

- BAHAR/TRIGO
TRINDADE, GesKR
Sondernummer 2008 Bahar Rashid/Trigo Trindade Rita, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, 146–158
- BÄRTSCHI,
Entwicklungen Bärtschi Harald, Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht, in: Peter V. Kunz, Florian S. Jörg, Oliver Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 123–146
- BÄRTSCHI,
Rahmenbedingungen Bärtschi Harald, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: Rolf Sethe, Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 39–134
- BÄRTSCHI,
Unmittelbarer
Schaden Bärtschi Harald, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsprozess, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 227–277
- BÄRTSCHI,
Verantwortlichkeit Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürich 2001 (= SSHW 210)
- BEINERT Beinert Jörg, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Diss. Basel, Basel 1963 (= BStR 67)
- BERTI Berti Stephen V., Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im Schweizerischen Aktienrecht, ZSR NF 109 (1990) (= Bd. 131 der gesamten Folge), I. Halbbd., 439–451
- BERTSCHINGER,
Arbeitsteilung Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999
- BILEK/VON DER
CRONE, SZW 2007 Bilek Eva/von der Crone Hans Caspar, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006 (BGE 132 III 731) vom 19. September 2006 i.S. Nachlass X. (Beschwerdeführer) gegen Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin), SZW 2007, 80–89

- BK-BREHM Brehm Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI/1., Teilbd. 3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013
- BK-FELLMANN/
MÜLLER Fellmann Walter/Müller Karin, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI/2., Teilbd. 8, Die einfache Gesellschaft: Art. 530–544 OR, Bern 2006
- BK ZPO I-
BEARBEITER/-IN Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012
- BK ZPO II-
BEARBEITER/-IN Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012
- BÖCKLI,
Aktienrecht Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- BÖCKLI,
GesKR 2015 Böckli Peter, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 1–7
- BÖCKLI, Hürdenlauf Böckli Peter, Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 27–71 (= SSPHW 65)
- BRAND, AJP 2015 Brand Patric A., Swissair Cash Pool, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_138/2014, AJP 2015, 135–150
- BRAND/MÜLLER Brand Patric A./Müller Thomas S., Konzerninterne Darlehen, in: Jusletter 15. Dezember 2014
- BSK FusG-
BEARBEITER/IN Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2014
- BSK KAG-
BEARBEITER/IN Bösch René/Rayroux François/Winzeler Christoph/Stupp Eric (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagegesetz, einschliesslich Darstellung der steuerlichen Aspekte in- und ausländischer kollektiver Kapitalanlagen, Basel 2016
- BSK OR I-
BEARBEITER/IN Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015
- BSK OR II-
BEARBEITER/IN Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (GmbH), Art. 1–2

- ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), 5. Aufl., Basel 2016
- BSK SchKG II-
BEARBEITER/IN Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II: Art. 159–352 SchKG, Art. 1-47 GschG, Art. 51–58 AVIG, 2. Aufl., Basel 2010
- BSK StGB II-
BEARBEITER/IN Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II: Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
- BSK ZGB II-
BEARBEITER/IN Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015
- BSK ZPO-
BEARBEITER/IN Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017
- BUCHER Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- BÜHLER, Kausalität Bühler Christoph B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler, Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 61–86
- BÜHLER,
Regulierung Bühler Christoph B., Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009
- BÜHLER/HÄRING,
SZW 2009 Bühler Christoph B./Häring Daniel, Décharge im Konzern, SZW 2009, 103–115
- BUFF/VON DER
CRONE, SZW 2015 Buff Felix/von der Crone Hans Caspar, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Besprechung des Urteils BGE 141 III 112, 4A_428/2014, SZW 2015, 269–276
- CASUTT Casutt Andreas, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: Walter R. Schluemp/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 79–94
- CEREGATO/BIERI,
GesKR 2015 Ceregato Mirco/Bieri Adrian, Aktivlegitimation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane im Konkurs der Gesellschaft, Besprechung des Urteils 4A_428/2014, GesKR 2015, 295–301

- CHABLOZ Chabloz Isabelle, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, Étude comparée: Suisse, Australie, Allemagne, Habil. Freiburg i.Üe., Genf 2012
- CHAMMARTIN/
VON DER CRONE,
SZW 2005 Chammartin Catherine/von der Crone Hans Caspar, Der Déchargebeschluss: Bemerkungen zum Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B., C. und D. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2005, 329–338
- CHK-
BEARBEITER/-IN Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CR CO II-
BEARBEITER/-IN Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II: Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, ORAb: Avec des introductions à la LFus et la LTI, 2. Aufl., Basel 2017
- DASSER/ROTH Dasser Felix/Roth David, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: Rolf Sethe, Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 247–296
- DESSEMONTET Dessemontet François, La double nature de l'action en responsabilité contre les organes de la société, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz: Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 63–73
- DOBLER/VON DER
CRONE, SZW 2005 Dobler Sarah/von der Crone Hans Caspar, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen: Bemerkungen zum Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.111/2004 vom 9. November i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen X., Y. und Z. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2005, 211–217
- DRUEY/
BEARBEITER/-IN,
GESELLSCHAFTS-
RECHT Druey Jean Nicolas, bearbeitet von: Eva Druey Just/Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015

- EMCH Emch Daniel, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz: Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften, Diss. Bern, Bern 2006
- FORSTMOSER, Verantwortlichkeit Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987
- FORSTMOSER, Aktienrechtsreform Forstmoser Peter, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Peter R. Isler, Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 185–233
- FORSTMOSER, Alter Wein Forstmoser Peter, Alter Wein in neuen Schläuchen?, ZSR NF 111 (1992) (= Bd. 133 der gesamten Folge), I. Halbbd., 1–40
- FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung Forstmoser Peter, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: Matthias Oertle et al., M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 431–448
- FORSTMOSER, SZW 1992 Forstmoser Peter, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992, 58–73
- FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY Forstmoser Peter/Sprecher Thomas/Töndury Gian Andri, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht – Risiken und ihre Minimierung, Zürich/Basel/Genf 2005
- GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage Glanzmann Lukas, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR NF 119 (2000) (= Bd. 141 der gesamten Folge), II. Halbbd., 135–193
- GLANZMANN/ROBERTO Glanzmann Lukas/Roberto Vito, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004
- GLASL, SZW 2005 Glasl Daniel, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess – Auswirkungen der freien Überprüfung von Gläubigerforderungen im Abtretungsprozess auf Aktivlegitimation, Schaden und Verteilung des Prozessergebnisses, SZW 2005, 157–170

- GORDON-VRBA Gordon-Vrba Lucy, Vielparteienprozesse – Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007 (= ZStV, Bd. 151)
- GÖTZ STAEHELIN/
STEBLER,
GesKR 2009 Götz Staehelin Claudia/Stebler Simone, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, 479–498
- GRAF, GesKR 2012 Graf Damian K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, 380–394
- GROSS Gross Kurt Jean, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich, Zürich 1990 (= SKSR 33)
- GULDENER Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- HABSCHEID Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990
- HAFTPFLICHT-
KOMMENTAR-
BEARBEITER/-IN Fischer Willi/Luterbacher Thierry, Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016
- HANDSCHIN Handschin Lukas, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, 237–251
- HANDSCHIN/
JUCKER Handschin Lukas/Jucker Beat, Die Vermutung der Überschuldung – Ein Beitrag zu Gehalt und prozessualen Aspekten der Überschuldungsanzeige (Art. 725 Abs. 2 OR), in: Roland Fankhauser, Corinne Widmer Lüchinger, Rafael Klingler, Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 189–200
- HARTMANN,
actio pro socio Hartmann Stephan, Zur actio pro socio im Recht der Personengesellschaften, ZSR NF 124 (2005) (= Bd. 146 der gesamten Folge), I. Halbbd., 397–418
- HARTMANN,
SZW 2006 Hartmann Stephan, Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft, SZW 2006, 321–327

- HASENBÖHLER Hasenböhler Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003
- HERZIG Herzig Christophe A., Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter, Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts – Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, 147–167
- ISLER, Aktiv- und Passivlegitimation Isler Peter R., Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 87–114
- ISLER, Sorgfalt Isler Peter R., Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 1–18
- ISLER, Übernahmeverschulden Isler Peter R., Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2006, 1–23
- ISLER/FISCHER Isler Peter R./Fischer René, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 27–52
- ISLER/SCHOTT, Décharge Isler Peter R./Schott Bertrand G., Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 197–225
- ISLER/SCHOTT, Haftung Isler Peter R./Schott Bertrand G., Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 7–38
- JENNY Jenny Daniel, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen – Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der «Raschein-Praxis», Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012 (= SSHW 312)
- JUNG, recht 2013 Jung Peter, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 79–91

- KÄLIN, AJP 2016 Kälin Oliver, Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2/2016, 135–144
- KLOPFER, SJZ 2016 Klopfer Rainer, Aktivlegitimation und Pflichtverletzung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess, SJZ 2016, 28–30
- KLOPFER, Aktiv- und Passivlegitimation Klopfer Rainer, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen, in: Peter R. Isler, Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 7–32
- KNOBLOCH Knobloch Stefan, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011
- Kommentar zur ZPO-BEARBEITER/IN Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- KRATZ Kratz Brigitta, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der einfachen Gesellschaft, in: Walter R. Schluemp/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 13–29
- KRIZAJ, AJP 2013 Krizaj Thomas, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 2013, 819–836
- KÜHNE Kühne Armin, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis – Unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten, 2. Aufl., Zürich 2015
- KUKO OR-BEARBEITER/IN Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014
- KUKO SchKG-BEARBEITER/IN Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014
- KUKO ZPO-BEARBEITER/IN Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014
- KUMMER Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984
- KUNZ, Klagen Kunz Peter V., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (= SnA 12)

- KUNZ, Rechtsnatur Kunz Peter V., Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage – Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Diss. Bern, Bern 1993 (= BBSW 7)
- LEUENBERGER Leuenberger Christoph, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Hans Michael Riemer et al. (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht: Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, 195–206
- LORANDI, AJP 2018 Lorandi Franco, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, 724–733
- LÖTSCHER Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess – Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel, Basel 2016 (= BStR 129)
- LUTERBACHER,
Schadenminderungs-
pflicht Luterbacher Thierry, Die Schadenminderungspflicht – Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005 (= SSHW 238)
- LUTERBACHER,
ST 2000 Luterbacher Thierry, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Lichte des nicht publizierten BGE vom 16. November 1999 (4C.117/1999), ST 2000, 1267–1273
- MABILLARD Mabillard Ramon, Streitgenossenschaften in Rückerstattungsprozessen des Aktienrechts: Von der vielfältigen Prozessführungsbefugnis bei einheitlicher Legitimation, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, 121–139
- MEIER-HAYOZ/
FORSTMOSER Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012
- MEIER-WEHRLI Meier-Wehrli Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG., Diss. Zürich, Zürich 1968 (= ZBR 296)

- MEINHARDT Meinhardt Marcel, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 139–164
- M.-T. MÜLLER, AJP 1992 Müller Marie-Therese, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP 1992, 784–788
- T. MÜLLER Müller Thomas, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch?, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz: Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 281–299
- MÜLLER/LIPP/
PLÜSS Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- MüKoAktG-
BEARBEITER/-IN Goette Wulf/Habersack Mathias/Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 3, §§ 118–178, 4. Aufl., München 2018
- MüKoBGB-
BEARBEITER/-IN Säcker Franz Jürgen et. al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, §§ 705–853, PartGG, ProdHaftG, 7. Aufl., München 2017
- NATER/BLUMER Nater Hans/Blumer Maja, Vorteilsanrechnung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 53–82
- NOBEL Nobel Peter, Solidarität und Unsolidarität, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 99-127 (= SSPHW 65)
- OFK SchKG-KREN
KOSTKIEWICZ Kren Kostkiewicz Jolanta, Kommentar SchKG: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2016
- OULEVEY Oulevey Xavier, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich 2008 (= AISUF 268)
- PERREN Perren Ruben, Die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel, Basel 2002

- PICENONI Picenoni Reno, Der Entlastungsbeschuß (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Diss. Zürich, Aarau 1945 (= ZBR 112)
- RASCHEIN Raschein Rolf, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Louis Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG/Centenaire de la LP, Zürich 1989, 357–367
- RAUBER Rauber Georg, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Walter R. Schluemp/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 157–170
- REBSAMEN Rebsamen Thomas, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich 2004 (= AISUF 231)
- REITER Reiter Matthew T., Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 165–199
- ROTH/VON DER CRONE, SZW 2003 Roth Pellanda Katja/von der Crone Hans Caspar, Haftung der Revisionsstelle. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.200/2002 vom 13. November 2002 (BGE 129 III 129 ff.) i.S. Eheleute X. (Kläger und Berufungskläger) gegen Treuhandgesellschaft Y. S.A. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2003, 284–291
- RUOSS Ruoss Reto Thomas, Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle – Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 19–53
- SARASIN Sarasin Christophe, Ausgestaltung und Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Diss. Basel, Basel 1995
- SCHIESS Schiess Maya, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich, Zürich 1978 (= SSHW 31)

- SCHMID Schmid Ernst F., Zur prozessualen Umsetzung der Kostenpflicht der Gesellschaft im vom Aktionär eingeleiteten Verantwortlichkeitsprozess (Art. 756 Abs. 2 OR), in: Walter R. Schluemp/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 341–350
- SCHMIDTMADEL Schmidtmadel Stefan, Das Verhältnis von Exekutivorganmitgliedschaft und Anstellung im schweizerischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, Diss. Basel, Basel 2013 (= BStR 110)
- SCHNYDER Schnyder Anton K., «Volenti non fit iniuria» im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 43–62
- SCHNYDER/BOPP Schnyder Anton K./Bopp Lukas, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: noch einmal zum Verhältnis von Art. 757 OR und Art. 260 SchKG, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 497–507
- SCHUMACHER,
Anwaltsrevue 2015 Schumacher Rainer, Handelsgericht: Sachliche Zuständigkeit im Konkurs, in: Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Anwaltsrevue 2015, 117–121
- SCHWENZER Schwenger Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SETHE Sethe Rolf, Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 299–323 (= SSHW 300)
- SHK OR-
BEARBEITER/-IN Schütz Jürg G. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Personengesellschaftsrecht, Bern 2015
- SPÜHLER/DOLGE/
GEHRI Spühler Karl/Dolge Annette/Gehri Myriam A., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010
- STAEHELIN/
STAEHELIN/
GROLIMUND Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

- SUTER Suter Claudia, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010 (= SSHW 295)
- SUTTER-SOMM Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- UMBACH/WEBER Umbach Patrick/Weber Rolf H., Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 111–137
- VISCHER, GesKR 2015 Vischer Markus, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257–266
- VOGT, AJP 2010 Vogt Hans-Ueli, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075–1091
- VOGT, Aktionärsdemokratie Vogt Hans-Ueli, Aktionärsdemokratie, Zürich/St. Gallen 2012
- VOGT/BASCHUNG, GesKR 2013 Vogt Hans-Ueli/Baschung Manuel, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»? , GesKR 2013, 5–48
- VOGT, GesKR 2009 Vogt Hans-Ueli Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung – Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, 163–190
- VOGT/SCHÖNBÄCHLER, GesKR 2010 Vogt Hans-Ueli/Schönbächler Marcel, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden, Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, 246–256
- VON BÜREN/STOFFEL/WEBER Von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- VON DER CRONE, Aktienrecht Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, Bern 2014
- VON DER CRONE/BLOCH Von der Crone Hans Caspar/Bloch Benjamin, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Rolf H.

- Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 83–119
- VON DER CRONE/
CARBONARA/
HUNZIKER Von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Hunziker Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel/Genf/München 2006
- VON GREYERZ,
SPR VIII/2 Von Greyerz Christoph, Die Aktiengesellschaft, in: Werner von Steiger (Hrsg.), SPR Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt am Main 1982
- VON STEIGER,
SPR VIII/1 Von Steiger Werner, Gesellschaftsrecht, Besonderer Teil, Die Personengesellschaften, in: Werner von Steiger (Hrsg.), SPR Bd. VIII/1, Basel/Stuttgart 1976
- WALTER Walter Hans Peter, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 73–98 (= SSPHW 65)
- WATTER/DUBS,
AJP 2001 Watter Rolf/Dubs Dieter, Der Déchargebeschluss, AJP 2001, 908–923
- WATTER/
GARBARSKI,
GesKR 2009 Watter Rolf/Garbarski Andrew M., La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO) – Examen critique du projet de révision du droit de la société anonyme, GesKR 2009, 148–162
- WEBER, Beurteilung Weber Rolf H., Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2006, 147–165
- WEBER,
Stolpersteine Weber Rolf H., Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 161–216
- ZK-BÜRGI/
NORDMANN-
ZIMMERMANN Bürgi Wolfhart F./Nordmann-Zimmermann Ursula, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. V 5b/3, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft: Art. 739–771, Zürich 1979
- ZK FusG-
BEARBEITER/-IN Vischer Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012

- ZK-HANDSCHIN Handschin Lukas, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018
- ZK-HANDSCHIN/
VONZUN Handschin Lukas/Vonzun Reto, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Bd. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Aufl., Zürich 2009
- ZK-TANNER Tanner Brigitte, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018

Materialienverzeichnis

- Bericht des BR 2013 Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013: Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, abrufbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>>
- Botschaft 2016 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399–682
- Botschaft 2008 Botschaft zur Volksinitiative «gegen Abzockerei» und zur Änderung der Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009, 299–339
- Botschaft 2007 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589–1749
- Botschaft 1983 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, 745–997
- Botschaft 1928 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I, 205–499
- Botschaft FusG Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337–4530
- Botschaft ZPO Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221–7412
- E-OR 2016 Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 683–754
- E-OR 2008 Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009, 343–346
- Erläuternder Bericht zum VE-OR 2014 Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>

- Erläuternder Bericht zur Änderung der ZPO 2018 Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-d.pdf>>
- E-ZPO 2008 Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, Anhang (Ziff. II), BB1 2017, 746
- GPK Bericht Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010: Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, abrufbar unter: <<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-GPK/berichte-2010/Documents/bericht-gpk-ns-ubs-kundendaten-usa-2010-05-30-d.pdf>>
- Stellungnahme des BR Stellungnahme vom 13. Mai 2010 des Bundesrates zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/20740.pdf>>
- VE-OR 2014 Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-d.pdf>>
- VE-OR 2005 Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 2. Dezember 2005, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf>>
- VE-ZPO 2018 Vorentwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vorentw-d.pdf>>

Sachregister

Sofern nicht anders angegeben, verweisen blosse Ziffern auf die durchgehenden Randnoten.

A

Ablösungstheorie 291, 445, **452 ff.**,

510, 535, 550, 555, 1008, *siehe auch Raschein-Praxis*

- Einredeordnung
 - Kodifikation der Bundesgerichtspraxis 846, FN 1387
 - Kritik 562 f., 564, 567, 597 f.
- Einwilligung 395
- Gerichtsstand 149
- Kritik 557, 600, 646 f., 693
- Sachlegitimation der Gesellschaft 452 ff.
- Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG 679

Abtretung 996, *siehe auch Zession*

- nach Art. 164 OR 499, 1012
- nach Art. 260 SchKG 237, 249, 346, 417, 458, **499 ff.**, 503, 507, 534, 538, 637, 715, 846, 967 f., 971, 1010, 1012, FN 1019, FN 1020, FN 1050
- Vermögens- 446, FN 858

Abtretungsgläubiger 507, 538

- Aktivlegitimation 329
- Einrede des Rechtsmissbrauchs 513, 515 f.
- Einredeordnung 451, 466, 846
- Einwilligung 395
- Frist zur Geltendmachung 503
- Interessen 715
- Klagerückzug 502
- Prozessstandschaft 502, 565
- Rechtshängigkeit 555
- Rechtskraft des Entscheids 529

- Streitgenossenschaft 502
- Vergleich 502
 - Ablösungstheorie 530
 - Theorie der Prozessstandschaft 555
- Verjährung, relative FN 922
- Vorabbefriedigungsrecht 715
- Widerruf 503

actio pro socio **649 f.**, 660, 694

- Prozessstandschaft 309
- Rechtsnatur 651 ff.
- Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 655 ff.

Aktienrechtsrevision 9, 570, 634

- Aktivlegitimation des Gläubigers 416
- Fortführungsschaden, Berechnung des 178
- Kodifikation der Bundesgerichtspraxis 845
- Kostenanlastungsverfahren 745
- Kostenverteilung 613
- Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 666
- Rückerstattungsklage 416
- Schiedsklausel, statutarische 946 f.
- von 1991 560, 632, 695

Aktionärsschaden (im Allgemeinen)

- direkter 180 ff.
 - Sachlegitimation 419 ff., 531
- indirekter 133, **183 ff.**, 439, 638, 720
 - Sachlegitimation 422 ff., 532 ff.

Aktionärsschutzbestimmung, ausschliessliche 189, 201, 488 ff., 531,

- siehe auch Gläubigerschutzbestimmung*
- Aktivlegitimation** 300, 306, 315 f., 319, 699, *siehe auch Sachlegitimation*
- des Abtretungsgläubigers 329
 - des Aktionärs 233, 401, 663, 770, 940
 - ausserhalb des Konkurses 133, 423, 439, 638, 720, FN 631
 - im Konkurs 528, 548, 874
 - Einschränkung 478, 482, 576, FN 957, *siehe auch Biber-Praxis*
 - Entlastung 940
 - der Gesellschaft 455
 - des Gläubigers 294, 687
 - ausserhalb des Konkurses 413, 416 f.,
 - im Konkurs 401, 483, 527 f., 548, 576
 - der Gläubigergemeinschaft 414
 - ausserhalb des Konkurses, *siehe Sachlegitimation ausserhalb des Konkurses*
 - im Konkurs 528, 874, *siehe auch Sachlegitimation im Konkurs*
 - der Konkursmasse 455, 956
 - der Konkursverwaltung 155, 242, 249, 252, 460, *siehe auch Raichle-Entscheid*
 - Leistungsdestination 728
 - des Partizipanten 418, FN 809
 - Paulianische Anfechtung 155, 237, 249, 252, 280, 687
 - des Prozessstandschafters 330 ff.
 - Raichle-Entscheid 242
 - Rechtsprechung 326 ff.
 - Rückerstattungsklage 230, 233, 416 f., 661, 663
 - Schaden, direkter 483
 - des Aktionärs 419 ff., 531
 - des Gläubigers 410 ff., 472 ff.
 - Schaden, indirekter
 - des Aktionärs 133, 422 ff., 439, 532, 638, 720
 - des Gläubigers 413 ff., 497 ff.
 - Schaden der Konkursgläubiger 242
 - subsidiäre 132
 - Übergang 439
 - Verlust 524, 528
 - Zession 294, 322, 349
- Anleihe** 414, 459
- Anspruchskonkurrenz**
- Paulianische Anfechtung 279, 284, 286, 290
 - Rückerstattungsklage 231, 234
- B**
- Bereicherungsverbot** 100, 128, 231, 426, 793, 799
- Besorgnis, begründete** 166, 268, 270
- Beweis** 711
- -antrag 502
 - -erleichterung 217
 - Gegen- 270
 - des Gegenteils 270
 - Gesamtschaden 86
 - -last 46, 113, 283, 1029
 - des Geschädigten 45, 86, 113, 173, 219, 484
 - für die Kausalität 217
 - -umkehr 122
 - für das Verschulden 45, 113, 122, 219
 - -not 270
 - Prospekthaftung 217
 - strikter 217
 - Verschuldensmassstab, objektivierter 45, 113, 219
 - -würdigung 786
- Biber-Praxis** 192, 201, 208, 303, **464**, **473**, 478, 732
- Ablösungstheorie 457, 464

- Kritik 557, 568 ff., 578, 586 ff., 619
- Würdigung 597 ff., 697, 923

C

- Culpa in contrahendo** 119, 226, 230
- Begriff 119, 228 f.
 - Biber-Praxis 477, 483, 496, 531, 575
 - Rechtsfolgen 124
 - Rechtsnatur 229
 - Voraussetzungen 120, 122
 - X. Corporation-Praxis 190

D

D&O-Versicherung, *siehe Organhaftpflichtversicherung*

Décharge, *siehe Entlastung*

Differenztheorie 99 f., 118, 171, 182

Directors' and Officers' Liability Insurance, *siehe Organhaftpflichtversicherung*

Direkter Schaden

- des Aktionärs, *siehe Aktionärschaden, direkter*
- der Gläubiger, *siehe Gläubigerschaden, direkter*

Doppelnatur, Theorie der, *siehe dort*

Doppelnorm 192, 482, 487, 489

Durchsetzungssperre FN 951, FN 954

E

Einlagerückgewähr, Verbot der 75, 663, 795, 963, **1013 ff.**, 1059

Einredeordnung 441

- Ablösungstheorie 452, 466 f., 511 ff., 646 f.
 - Kodifikation der Bundesgerichtspraxis 846, FN 1387
 - Kritik 562 f., 564, 567, 597 f.
- de lege ferenda 880, 885 f., 888, 953, 958, 960, 989 ff., 1055 f., 1058, FN 1461

- ausserhalb des Konkurses 391 ff., 429 ff., 440 ff.
- im Konkurs 445, 451, 466 f., 511 ff., 645 ff.
- als Problem der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 622
- Theorie der Doppelnatur 543 ff.
- Theorie des materiellen Forderungsrechts 429 ff., 605, 642, 645, 647, 657, 755
- Theorie der Prozessstandschaft 363 ff., 395, 440 ff., 553, 562, 604, 641, 992

Entlastung (im Allgemeinen)

- Beschlussfassung 58 ff.
- Einzel- 73
- Gegenstand 69 ff.
- Global- 73
- Personenkreis 72 f.
- Rechtsnatur 81 ff., 636
- Traktandierung 55 ff.
- Wirkungen 54 ff.
- zeitliche Beschränkung 69

F

Fortführungsschaden 166 f., 175 f., 178, 216, FN 344

G

Garantiefunktion 137

Gerichtsstand 46, 138, **141 ff.**, 995, 1045, FN 794

- Ablösungstheorie 149
- Gläubigergesamtheit 149
- Streitgenossenschaft 144, 148, 151
- Widerklage 372, 378

Gesamtgläubigerschaden, *siehe Gläubigergesamtheit, Schaden*

Gesellschaftsschaden 7, 50, **164 ff.**, 560, 635, 642, 687, 1010, FN 320, FN 321, FN 464, FN 871, FN 954, FN 957

- Abgrenzung zum
 - Schaden der Konkursgläubiger 242, 246, 248 ff., 251 f., 253, 255 ff.
 - Wert der anfechtbaren Rechts-handlung 246 f., 248, 251 f.
- Anspruch der Gläubigergesamtheit 39, 188, 453, 457, 497
- Begriff 164 ff.
- Berechnung 171 ff.
 - Schätzung durch den Richter 173
- direkter 164 ff.
- Eintreibungsfunktion 136
- Eintritt 76 f., 1020, 1031
- Fortführungsschaden 166 ff., *siehe auch dort*
 - Berechnung 175 ff.
- Geltendmachung 626
 - durch den Aktionär 41, 74, 424, 426, 539 ff., 610, 638, 720, 759, 791, 979
 - durch den Gläubiger 52, 318, 452, 527, 539, 644, 658, FN 1019
 - durch die Konkursverwaltung 247, 249, 252, 532, 585
 - durch eine Organisation 823
 - durch den Prozessstandschafter 601
- indirekter 170
- Leistungsdestination 728, 734
- Schadensausgleichsfunktion 128
- durch Weisung der Generalversamm-lung 948
- Gewinn, entgangener** 95
- Gläubiger**
 - -gemeinschaft 414 f., FN 989
 - -gesamtheit, *siehe dort*
 - -schaden, *siehe dort*
 - -schutzbestimmung, ausschliess-liche, *siehe dort*
- Gläubigergesamtheit**
 - Anspruch, einheitlicher
- Abtretung gemäss Art. 260 SchKG 285, 458
- Einredeordnung 466 f., 511 ff., 960, 993, 1055, FN 925
- Geltendmachung 464, 481, 497, 502, 504, 508, 510, 532, 584, 1008
- Gerichtsstand 149
- Konkurrenzsituation 483
- Raschein-Praxis 188, 453 f., 457, 525, 597, *siehe auch Raschein-Praxis und Ablösungs-theorie*
- Rechtsnatur 39, 43
- Rechtszuständigkeit 454, 525 ff., 565 ff.
- Theorie der Prozessstandschaft 554
- Verjährung 91
- Verzicht auf die Geltendmachung 450, 458, 481, 504
- Wirkung von Entscheid und Ver-gleich 468 ff., 529 f.
- Begriff 457 ff., FN 989
- Dogmatische Probleme 564 ff.
- Schaden 198, 242
- Gläubigerschaden** 31, **186 ff.**, 689, FN 226, FN 464, FN 950
 - ausschliesslicher 484 ff.
 - direkter 193 f., 223 f., 318, 410 ff., 464, 472 ff., 479, 484, 487, 583, FN 59
 - indirekter 107, 195 ff., 242, 413 ff.
 - Konkurs-, *siehe dort*
 - Schutzzwecktheorie, modifizierte 188 ff.
 - X. Corporation-Praxis 186 ff.
- Gläubigerschutzbestimmung, aus-schliessliche** 189 f., 201, 461, 475, 479, 483, **488 ff.**, 493, FN 964, FN 965, *siehe auch Aktionärsschutz-bestimmung*

Gründungshaftung 30 f., 47, 200, 203, 224, 776, FN 428

Gruppenvergleich 809, **810 ff.**, 819 ff., 998, FN 1358

H

Haftung (im Allgemeinen)

- Abgrenzung zur Verantwortlichkeit 1
- für den Emissionsprospekt, *siehe Prospekthaftung*
- für Rat und Auskunft 119
- der Revisionsstelle, *siehe Revisionshaftung*
- aus unerlaubter Handlung, *siehe dort*
- für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation
 - Pflichtverletzung 207 ff.
 - Rechtsnatur 32 ff.

Handlung, unerlaubte 9, 117, 157, 179, 221 ff., 494, FN 441

- Biber-Praxis 483, 493 f., 531, 575
- Herabsetzungsgründe 179
- Schaden, direkter 40, 97
- Verhältnis
 - zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 221 ff.
 - zu Betreibungs- und Konkursdelikten 275 ff., 289
 - zur Haftung aus culpa in contrahendo 229
 - zur paulianischen Anfechtung 275 ff., 289
- Verjährung 93, 223
- Voraussetzungen 94, 114

I

Indirekter Schaden, *siehe Schaden, indirekter*

Individualschutzfunktion 131, 134, 640 ff., 644

Interessenkonflikt 87 f., 133, 396, 399, 408, 423, 657, 664, 700

K

Kapitalschutzfunktion, *siehe Schadensausgleichsfunktion*

Kausalhaftung 13

Kausalität 49, 108, 122, 217

- adäquate 109, 215
- natürliche 109, 156, 160, 215 ff.
- bei Unterlassung 110

Kausalkette 96

Kausalzusammenhang, *siehe Kausalität*

Klageart 20 f.

Klagenhäufung 600, 1049

- alternative 86
- objektive 911

Klagezulassungsverfahren 801, **826 ff.**, 851, FN 1319

Konkurs

- -gläubigerschaden, 198, 236, **241 ff.**, 282, 318, 584, 715
 - Abgrenzung zum Gesellschafterschaden 242, 246, 248 ff., 251 f., 253, 255 ff.
 - ausschliesslicher 136, 242, 460
- -verschleppungsschaden, *siehe Fortführungsschaden*
- -verwaltung, *siehe dort*

Konzernvertrauenshaftung 119

Kostenanlastung 614, **745 ff.**, 767, 796, 798 f., 833, 836, 853, 985, 1050, FN 1487

L

lex specialis 40, 226, 498, 510

lucrum cessans, *siehe Gewinn, entgangener*

M

Materiellen Forderungsrechts, Theorie des, *siehe dort*

Mehrheitsaktionäre 709, 1034, 1036, 1052

- Interessen der 710, 852
- Kollusion mit den Verantwortlichen 657, 748, 931

Minderheitsaktionäre 657, 825, 859, 931, 980, 1033 ff.

- Interessen der 709 ff., 981
- Klagezulassungsverfahren 828
- Schutz der 748

N

Nachlass

- -masse 242, 461 f.
- -verfahren 19, 24, 446
- -vertrag 91, 446
- -verwaltung 24

Nichterfüllung 35, 38, 115

O

Organ (im Allgemeinen)

- faktisches 35, 38, 379
- formelles 38
- -haftpflichtversicherung 620
- materielles 38

P

Partizipant 418, 941, FN 791, FN 809

Partizipationskapital 76, 941, 1016, 1019

Partizipationsschein FN 809

Passivlegitimation 30, 298, 300, 376, FN 551, *siehe auch Sachlegitimation*

Paulianische Anfechtung 136, 198, 235, 240 ff., 461, 643, 687, FN 216

- Aktivlegitimation 237, 252
- Eintreibungsfunktion 136, 235
- Rechtshandlung, anfechtbare, *siehe dort*
- Rechtsnatur 686 f.
- als Schadenminderungspflicht 279 ff.
- Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 19, 155, 220, 240 ff., 279 ff., 290

- Wirkungen 238 f.

- Zweck 235

Präventivfunktion 129 f., 1002 f., 1005

Prospekthaftung

- Gerichtsstand 142
- Kausalität 217
- Rechtsnatur 28, FN 45
- Rechtsschutz, kollektiver 803, 824
- Schaden 414, 803
 - -sberechnung 182
- Verhältnis zur ausservertraglichen Haftung FN 450
- Widerrechtlichkeit 202, 224

Prozentvergleich 446

Prozessführungsbefugnis

- des Aktionärs 50, 419, 423, 427, 436, 439, 538, 552, 639, 645, 805, 820, 829, 833, 849, 942
- aktive 295, 383, 389, 402, 427, 439, FN 680
- Auslegung der Rechtsnatur 628 ff., 635 ff., 677
- Begriff 292, **295 ff.**, 346 f., FN 548, FN 566
- Einschränkung 482 f., 578, 586
- der Gesellschaft 390, 445, 447, 455
- des Gläubigers 411, 482 f., 507, 510, 536, 538, 552, 645
- der Gläubigergemeinschaft 414
- der Gläubigergesamtheit 567
- Kindesunterhalt FN 678
- der Konkursmasse 448, 455, 548, 878, 956
- der Konkursverwaltung 242, 460, 537, 645
- der Organisation 821
- passive 295, 376 ff., 381, 427, 439, FN 680
- Prozessstandschaft 305, 348, 349, **350 f.**, 359, 377, FN 1210
- Rechtshängigkeit 555

- Theorie der Doppelnatur 536 ff., 605
 - Theorie der Prozessstandschaft 50, 438 f., 552, 600, 603, 780, 805
 - Verhältnis zur
 - Leistungsdestination 727 f.
 - Rechtszuständigkeit 305 f., 313, 314 ff., 321 f., 323 ff., 326 ff., 336 ff., 343 ff.
 - Sachlegitimation 305 f., 313, 314 ff., 321 f., 323 ff., 326 ff., 336 ff., 343 ff., FN 590, FN 634, FN 952, FN 1210
 - Vertretung FN 701
 - Verzicht FN 157
 - Wirkung von Entscheid und Vergleich 555, 602, 641, 780
 - Prozessführungsrecht** 329, 500, 685, FN 566, FN 1020, FN 1175, *siehe auch Prozessführungsbefugnis*
 - Prozessstandschaft** (im Allgemeinen), *siehe auch Prozessführungsbefugnis und Theorie der Prozessstandschaft*
 - Abtretungsgläubiger 502, 565
 - actio pro socio 309
 - Aktivlegitimation 330 ff.
 - Begriff 305, 324, **348**
 - Einreden und Einwendungen 363 ff.
 - gesetzliche 349
 - gewillkürte 349
 - Haftung 362
 - Offenlegungspflicht 308 ff.
 - Prozessführungsbefugnis 305, 348, 349, **350 f.**, 359, 377, FN 1210
 - Rechtshängigkeit 385 ff.
 - Rechtskraft 385 ff.
 - Rückerstattungsklage 309, 663
 - Sachlegitimation 305, 319, 321 ff., 328 ff., 342, 345, 346, 348, 363
 - Theorie der, *siehe dort*
 - Verbandsklage, reparatorische FN 1363
 - Verfügungsbefugnis 352 ff.
 - Vergleich 406 ff.
 - Widerklage 371 ff., *siehe auch dort*
- Q**
- Quorum** 776 ff., 852
- R**
- Raichle-Entscheid** 242, 250, 271, **460 ff.**
- Raschein-Praxis** 188, 395, **453**, 525, 536, 557, 559 ff., 570, *siehe auch Ablösungstheorie*
- Biber-Praxis 568
 - Einreedeordnung
 - Kodifikation der Bundesgerichtspraxis 846, FN 1387
 - Kritik 562 f., 564, 567, 597 f.
 - Gläubigergesamtheit 457
 - Raichle-Entscheid 460
 - Würdigung 597
- Rechtshandlung, anfechtbare** **236**, 239, 276, 278, 287
- Verhältnis
 - zur aktienrechtlichen Pflichtwidrigkeit 209, 240, 243, 260 ff., 279
 - zu den Betreibungs- und Konkursdelikten 275 ff.
 - Wert der 243, 246, 248, 251 f.
- Rechtsnatur**
- der actio pro socio 651 ff.
 - der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage
 - Ablösungstheorie, *siehe dort*
 - praktische Relevanz 45 f.
 - Theorie der Doppelnatur, *siehe dort*
 - Theorie des materiellen Forderungsrechts, *siehe dort*
 - Theorie der Prozessstandschaft, *siehe dort*
 - Begriff 20 ff.

- der Klage gemäss Art. 105 FusG 668 ff.
- der paulianischen Anfechtung 686 f.
- der Rückerstattungsklage 662 ff.
- der Rückerstattungsklage gemäss Art. 85 KAG 682
- der Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG 679
- der Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 145 KAG 683 ff.
- des Vertrags zugunsten Dritter 688 ff.

Rechtsschutz 698, **723 ff.**

- Begriff 724 ff.
- Individual- 80, 724, 726, 733 ff., 805 f., 999, 1057
- kollektiver 724 f., 734 ff., 1044, 1058
 - Begriff 804
 - de lege ferenda 739, 801, 802 ff., 820 f., 849, 995, 997 ff.
 - Gruppenvergleich, *siehe dort*
 - Verbandsklage, reparatorische, *siehe dort*
- Verhältnis zur Leistungsdestination 733 f.

Regress, *siehe Rückgriff*

Reparationsfunktion, *siehe Schadensausgleichsfunktion*

Revisionshaftung 44, 211, 921

Rückerstattungsklage 230 ff.

- Aktivlegitimation 230, 233, 416 f., 661, 663
- de lege ferenda 416
- gemäss Art. 85 KAG 680 ff.
 - Rechtsnatur 682
- Prozessstandschaft 309, 663
- Rechtsnatur 662 ff.
- Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 230 ff., 285, 665, 667

Rückgriff 89, 90, 379, 419, 921

S

Sachlegitimation 292, 298 ff., 314, 389

- Abgrenzung zur
 - Leistungsdestination 727 f.
 - Prozessführungsbefugnis 297, 305, 321 f., 323 ff., 326 ff., 336 ff., 343 ff., FN 634
 - Rechtszuständigkeit 304 ff., 313, 315, 322, 326 ff., 336 ff., 343 ff., FN 546, FN 567, FN 598, FN 1210
 - Stellvertretung im Prozess 388
- Aktivlegitimation, *siehe dort*
- Begriff 298 ff., 323 ff., 326 ff., 336 ff., 343 ff.
- Biber-Praxis 464 f., 478, *siehe auch dort*
- des Abtretungsgläubigers 329
- des Aktionärs
 - ausserhalb des Konkurses 418 ff.
 - im Konkurs 531 ff.
- der Gesellschaft
 - ausserhalb des Konkurses 390 ff.
 - im Konkurs 452 ff.
- des Gläubigers
 - ausserhalb des Konkurses 410 ff.
 - im Konkurs 472 ff.
- der Gläubigergemeinschaft 414 f.
- der Konkursmasse 450
- der Konkursverwaltung, *siehe Aktivlegitimation der Konkursverwaltung*
- des Partizipanten 418, FN 809
- ausserhalb des Konkurses 390 ff.
- im Konkurs 445 ff.
- Passivlegitimation, *siehe dort*
- Prozessstandschaft 305, 319, 321 ff., 328 ff., 342, 345, 346, 348, 363
- Rückerstattungsklage 416 f.

Schaden (im Allgemeinen)

- Aktionärs-, *siehe dort*
- Begriff 95
- Berechnung 98 ff., 171 ff., 182, 573, 874, 966

- Beweislast 173, 484
- direkter
 - des Aktionärs 180 ff., 419 ff., 531
 - der Gesellschaft 164 ff.
 - des Gläubigers 193 f., 223 f., 318, 410 ff., 464, 472 ff., 479, 484, 487, 583, FN 59
- -ersatzbemessung 102 f., 179, 214, 283, 391
- Fortführungs-, *siehe dort*
- Gesellschafts-, *siehe dort*
- Gläubiger-, *siehe dort*
- indirekter
 - des Aktionärs 133, 183 ff., 422 ff., 439, 532, 638, 720
 - der Gesellschaft 170
 - des Gläubigers 107, 195 ff., 242, 413 ff., 497 ff.
- Konkursgläubiger-, *siehe dort*
- Konkursverschleppungs-, *siehe Fortführungsschaden*
- mittelbarer 96
- -sausgleich 15, 191, 418, 773
 - kollektiver 937
 - -sfunktion 126 ff., 983
- unmittelbarer 96
- Schiedsklausel**, statutarische 946 ff., FN 927
- Schlechterfüllung** 35, 38, 115 f.
- Schutzzwecktheorie, modifizierte** 189, 479, 493, 576
- Sicherungszession, stille** 349
- Solidarität** 12, **84 ff.**, 419, 921
 - differenzierte 85, FN 457
 - Haftung aus unerlaubter Handlung 223, 227
 - für Prozesskosten 912
 - Rückgriff im Innenverhältnis 90
 - -splafond 85 f., FN 172
- Sorgfalt** 112, 129, 210, 218, 284, 361, 393
 - -spflicht 12, 37, 116, 226 f., 272, 444
- Stimmrecht** **59 ff.**, 399 f., FN 117, FN 125, FN 1149
- Streitgenossenschaft** 902, 906, FN 1268
 - Drittwiderklage FN 675
 - einfache 436, 502, 670, 756, 905 ff., 913, 1043
 - Gerichtsstand 144, 148, 151
 - notwendige 312, 322, 508, 903 f., 908, 912, 1043
 - Sachlegitimation 307, 313, 316, 322
 - uneigentliche notwendige 502, 508, 530, 904, 909, 912, 913, 1057
- T**
- Theorie der Doppelnatur** **535 ff.**, 598, 605 ff., 645, 647, 881, *siehe auch Theorie des materiellen Forderungsrechts*
- Theorie des materiellen Forderungsrechts** **426 ff.**, 538, 633, 755, 781, 1000, FN 1158
 - Einreideordnung 394, 429 ff., 544, 605, 642, 645, 647, 657, 755
 - Gesamtschaden 540
 - Kosten 610
 - Problembereiche 610, 623, 642, 691, 740, 800, 1049
 - Rechtshängigkeit 402
 - Rechtsschutz, kollektiver 808, 825, 849, 854, 857
 - Verhältnis zur
 - Theorie der Doppelnatur 536, 544, 557, 645
 - Theorie der Prozessstandschaft 600
 - Verrechnung 431
 - Wirkung von Entscheid und Vergleich 404 ff.
 - Würdigung 605, 645, 647, 695

Theorie der Prozessstandschaft 346,

- 438 ff., 551 ff.**, 637, 640, 647, 784, 789, 854
- actio pro socio 651 ff.
- Einreideordnung 395, 440 ff., 553, 562, 604, 641, 992
- ausserhalb des Konkurses 438 ff.
- im Konkurs 551 ff.
- Probleme 83, 601 ff., 740, 800, 982
- Rechtshängigkeit 402, 444, 555, 641, 982
- Rechtsschutz, kollektiver 805, 808, 821, 825, 849, 997
- Rückerstattungsklage 663
- Rückerstattungsklage gemäss Art. 85 KAG 682
- Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG 679
- Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 145 KAG 685
- Wirkung von Entscheid und Vergleich 404 ff., 440, 444, 555, 602, 641, 780, 982, 1001
- Würdigung 600 ff., 605, 694

U

- Überschuldung** 75, 168, **268 ff.**, 446, 513, FN 775
- Anzeigepflicht 176, 194, **268 ff.**, 1006
- Besorgnis, begründete 166, 268, **270**
- Fortführungsschaden **166 ff.**, 176
- Gläubigerschaden
 - direkter 194
 - indirekter 195, 197
- Konkursverschleppung 166, 269
- -sgrad 176
- -sphase 167, 169, 185, 248, 253, 255, 272, 486
- Vermutung 270

V

Verantwortlichkeit (im Allgemeinen)

- aktienrechtliche, *siehe dort*
- gesellschaftsrechtliche 4 ff.
- Haftung, Abgrenzung zur 1
- öffentlich-rechtliche 11 ff., 15
- privatrechtliche 4 ff., 15
- sozialversicherungsrechtliche 11 ff.
- strafrechtliche 14 ff.

Verantwortlichkeit, aktienrechtliche

(im Allgemeinen) 48 ff.

- Begriff 6 ff.
- Einreideordnung, *siehe dort*
- Entlastung, *siehe dort*
- Funktionen 125 ff.
- Grundlagen, gesetzliche 49 ff.
- Rückgriff, *siehe dort*
- -sklage, *siehe dort*
- Solidarität, *siehe dort*
- Verjährungsfrist, *siehe dort*

Verantwortlichkeitsklage, aktienrechtliche (im Allgemeinen)

- Aktivlegitimation, *siehe dort*
- Gerichtsstand 138 ff., *siehe auch dort*
- Passivlegitimation, *siehe dort*
- Rechtsnatur, *siehe dort*
- Verhältnis zur
 - actio pro socio 655 ff.
 - Anfechtung, paulianischen 235 ff.
 - culpa in contrahendo, Haftung aus 228 ff.
 - Rückerstattungsklage 230 ff.
 - unerlaubter Handlung, Haftung aus 221 ff.

Verbandsklage, reparatorische 809,

- 811, **815 ff.**, 825, 998, FN 1358
- Anlegerschäden 824
- Begriff 816
- Kostenvorschuss 818
- Organisation 816, 818, 821, 822
- Prospekthaftung 824
- Prozessstandschaft FN 1363

- Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage 819 ff.
 - Zuständigkeit 817
 - Verjährungsfrist 91 ff.**, 227, 466, 974
 - absolute 92, 975, 1026 f.
 - culpa in contrahendo 123
 - de lege ferenda 920, 922, 973 ff., 994, 1026 f.
 - direkter Schaden 419, 481
 - relative 91, 922, 973 f.
 - strafrechtliche 93
 - Handlung, unerlaubte 223
 - Vermögensabtretung** 446, FN 858
 - Verrechnung**
 - Ablösungstheorie 466
 - ausserprozessuale 368 f.
 - Begriff 364 ff.
 - de lege ferenda 989, 991, FN 1387
 - der Gerichtskosten mit dem Kostenvorschuss 762
 - im Konkurs 70
 - im Prozess 366 f., FN 648
 - Theorie der Doppelnatur 545 ff.
 - Theorie des materiellen Forderungsrechts 431 ff.
 - Wirkungen 365
 - Verzug** 115 f.
 - Vorabeffriedigungsrecht**
 - des Aktionärs
 - ausserhalb des Konkurses 758, 775, 790 ff., 802, 807, 851, FN 1027, FN 1326
 - im Konkurs 134, 538, 542, 616
 - Einreden 513, 515
 - des Gläubigers 134, 163, 497, 538, 542, 616, 715, 730, 736, 874
- W**
- Widerrechtlichkeit**
 - Abgrenzung
 - direkter/indirekter Schaden 97, 106
 - Rechtshandlung, anfechtbare 240, 260 ff.
 - Anspruchsvoraussetzung
 - Handlung, unerlaubte 104 f., 224, 294, FN 440
 - Verantwortlichkeit, aktienrechtliche 49, 199 ff., 202 ff., 224, 410
 - Vertrag 114
 - Begriff 104 f., 208
 - Biber-Praxis 201, 479 ff., 483, 576
 - Einwilligung 213 f., 391 ff.
 - Gründungshaftung 203 ff.
 - Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation 207 ff.
 - Prospekthaftung 202
 - Revisionshaftung 211 f.
 - Rückerstattungsklage gemäss Art. 85 KAG 680
 - Schaden, ersatzfähiger 174
 - Verschulden 113
 - Widerklage** 347, **371 ff.**, 380, 382 ff., FN 648
 - Dritt- 374
 - isolierte FN 675
 - streitgenössische FN 675
 - Eventual- 379
 - Feststellungs-, negative 377, 439, 611, FN 675, FN 1146
 - gegen den
 - materiell Berechtigten 374 f.
 - Prozessstandschafter 376 ff.
 - Zusammenhang, sachlicher 379, 381 ff.
 - Zuständigkeit 378 f., 381 ff.
- X**
- X. Corporation-Praxis** 158, **186 ff.**, 460 f., 464, 479, 568

Z

Zession 294, 322, 323, FN 548

– Sicherungs-, stille 349

– Vindikations- 341

ZPO-Revision 740 ff.

– Gerichtskosten 741 f., 1047

– Gruppenvergleich 809, 810 ff.

– Rechtsschutz, kollektiver 809 ff.,
997

– Überweisung des Verfahrens 897

– Verbandsklage 809, 815 ff.

– Verfahrenskoordination 809

Die Untersuchung der Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage beantwortet unter anderem die Frage, ob sich die Klage der Aktionäre bzw. der Gesellschaftsgläubiger aus indirektem Schaden auf einen eigenen Anspruch oder lediglich eine Prozessführungsbefugnis zur Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs stützt. Die Arbeit erläutert dazu die Theorie der Prozessstandschaft, die Theorie des materiellen Forderungsrechts und gibt den aktuellsten Stand zur Raschein- und Biber-Praxis wieder. Sie fasst die wesentlichen Problembereiche der analysierten Theorien zusammen und gibt eine Übersicht über diverse Lösungsansätze *de lege ferenda*. Dabei werden auch aktuelle Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes im Rahmen der laufenden ZPO-Revision berücksichtigt, wozu namentlich die Einführung einer reparatorischen Verbandsklage und eines Gruppenvergleichsverfahrens gehören. Gestützt auf die Untersuchungsergebnisse stellt die Arbeit einen ausformulierten Gesetzesvorschlag vor.

ISBN 978-3-7190-4239-4

