

Lukas Handschin

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen	238
A. Öffentliche Wahrnehmung des Verantwortlichkeitsthemas vor allem im Konkurs der Gesellschaft.....	238
B. Kein Klagerecht der Gläubiger bei pflichtwidrigem Verhalten der Verwaltungsräte, das nicht zum Konkurs der Gesellschaft führt.....	239
C. Die Frage der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses als gesellschaftsinterne Angelegenheit.....	239
II. Die Durchsetzung des Verantwortlichkeitsanspruchs	239
A. Klage durch die Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses des Verwaltungsrates.....	239
1. Grundlagen.....	239
2. Beschluss des Verwaltungsrates auf Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen seine Kollegen; Ausstand der Verwaltungsräte, gegen die sich die Klage richten soll?.....	240
3. Ausstand aller Verwaltungsräte gegen die sich die Klage richten soll oder nur Ausstand für den Teil des Beschlusses, der seine eigene Person betrifft?.....	240
4. Beschluss des Verwaltungsrates auf Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegenüber einzelnen Mitgliedern?.....	241
5. Beschluss des Verwaltungsrates zur Ergreifung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber abgewählten Verwaltungsräten oder nach einem Kontrollwechsel.....	242
6. Durchsetzung des Beschlusses: Durchführung der Verantwortlichkeitsklage durch den Verwaltungsrat der Gesellschaft.....	242
7. Zwischenergebnis.....	242
B. Klage durch die Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR).....	243
1. Grundlagen.....	243
2. Kapital- und Stimmenmehrheit in unterschiedlichen Händen als Merkmal vieler Familienunternehmen.....	244
3. Kompetenz der Generalversammlung zur Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage.....	244
a. Unbestritten: Wenn sich die Klage gegen die Mehrheit oder alle Verwaltungsräte richtet.....	244
b. Richtigerweise: Kompetenz der Generalversammlung auch für die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen einzelne Verwaltungsräte.....	244
4. Richtigerweise: Derogierende Kompetenz der Generalversammlung zur Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage, sogar dann, wenn der Verwaltungsrat den Verantwortlichkeitsanspruch selber wahrnehmen will.....	245

5. Vertretung der Gesellschaft im durch die Generalversammlung beschlossenen Verantwortlichkeitsprozess.....	245
a. Fragestellung.....	245
b. Wahl des besonderen Vertreters mit Kapital- oder Stimmenmehrheit?	246
C. Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage nicht durch die Gesellschaft, sondern durch einzelne Aktionäre.....	246
1. Direktanspruch der Aktionäre bei unmittelbarem Schaden	247
2. Indirekter Anspruch bei mittelbarem Schaden.....	247
3. Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft als Prozessstandschaft?	247
4. Annahme einer res judicata im Verhältnis Verwaltungsrat – Gesellschaft führt zu unangemessenen Ergebnissen	248
5. Gewährung des Rechtes, Einreden gegenüber der Gesellschaft zu erheben, macht die Klage auf Leistung an die Gesellschaft zur Glückssache	249
6. Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft als selbständiger Anspruch gegenüber dem Verwaltungsrat zugunsten der Gesellschaft	249
III. Zusammenfassung	251

I. Grundlagen

A. Öffentliche Wahrnehmung des Verantwortlichkeitsthemas vor allem im Konkurs der Gesellschaft

Die Praxis zum Verantwortlichkeitsrecht, vor allem in ihrer öffentlichen Wahrnehmung, bezieht sich schwergewichtig auf Fälle, in denen über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde und der Verwaltungsrat dafür verantwortlich gemacht wird. Der Konkurs impliziert schon durch seine Tatsache ein Fehlverhalten der Gesellschaftsorgane. Die Gläubiger, die Geld verloren haben, fragen sich regelmässig, ob sie sich bei den Organen der Gesellschaft schadlos halten können. Der Verantwortlichkeitsanspruch gegen den Verwaltungsrat im Konkurs seiner Gesellschaft kann auch durch die Gläubiger geltend gemacht werden und er ist aus diesem Grund in einem gewissen Sinn ein öffentliches Ereignis und dringt als solches in unser Bewusstsein.

B. Kein Klagerecht der Gläubiger bei pflichtwidrigem Verhalten der Verwaltungsräte, das nicht zum Konkurs der Gesellschaft führt

Eine ganz andere Ausgangslage finden wir bei den Ansprüchen gegenüber dem Verwaltungsrat aus Verantwortlichkeit ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft vor.

Den Gläubigern kommt gestützt auf ein widerrechtliches Verhalten des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft kein Klagerecht zu (Art. 756 Abs. 1 OR). Begründet wird diese Einschränkung damit, dass in der aufrecht stehenden Aktiengesellschaft der Gläubiger nicht geschädigt ist und dass es sich somit nicht rechtfertigt, ihm ein selbstständiges Klagerecht einzuräumen.

Die Begründung ist mindestens diskussionswürdig, denn Pflichtverletzungen von Verwaltungsräten führen auch dann zu einem Schaden der Gläubiger, wenn sie zu einem Bonitätsverlust der Gesellschaft führen und den Gläubiger zu einer Neubewertung seiner Guthaben oder zur Bildung von Rückstellungen zwingen. Im System des geltenden Rechts kann der Gläubiger aber erst eingreifen, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Er kann noch nicht eingreifen, wenn durch das Verhalten der Gesellschaft die Bonität seiner Guthaben geschmälert wird und der Gläubiger wegen der Auswirkung dieses Vorgangs auf seiner Jahresrechnung möglicherweise sogar einen Verlust ausweisen muss. Immerhin ist denkbar, dass der Gläubiger gestützt auf seine Vertragsverhältnisse mit der Gesellschaft ein solches Verhalten des Verwaltungsrates zum Anlass nehmen kann, allfällige langfristige Verträge aus wichtigem Grund aufzuheben.

Die Begründung ist mindestens diskussionswürdig, denn Pflichtverletzungen von Verwaltungsräten führen auch dann zu einem Schaden der Gläubiger, wenn sie zu einem Bonitätsverlust der Gesellschaft führen und den Gläubiger zu einer Neubewertung seiner Guthaben oder zur Bildung von Rückstellungen zwingen. Im System des geltenden Rechts kann der Gläubiger aber erst eingreifen, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Er kann noch nicht eingreifen, wenn durch das Verhalten der Gesellschaft die Bonität seiner Guthaben geschmälert wird und der Gläubiger wegen der Auswirkung dieses Vorgangs auf seiner Jahresrechnung möglicherweise sogar einen Verlust ausweisen muss. Immerhin ist denkbar, dass der Gläubiger gestützt auf seine Vertragsverhältnisse mit der Gesellschaft ein solches Verhalten des Verwaltungsrates zum Anlass nehmen kann, allfällige langfristige Verträge aus wichtigem Grund aufzuheben.

B. Die Frage der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses als gesellschaftsinterne Angelegenheit

Klageberechtigt sind also die Gesellschaft und unter bestimmten Voraussetzungen die einzelnen Aktionäre. Die Frage der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft ist eine rein gesellschaftsinterne Angelegenheit.

II. Die Durchsetzung des Verantwortlichkeitsanspruchs

A. Klage durch die Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses des Verwaltungsrates

1. Grundlagen

Ob die Gesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche gegen seine Verwaltungsräte geltend macht, entscheidet bei der Gesellschaft ausserhalb des Konkurses gestützt auf die allgemeine Zuständigkeitsnorm der Verwaltungsrat (Art. 717 Abs. 1 OR).

Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit darf nicht überschätzt werden. Praktisch kommen solche Klagen nur bei einem vollkommenden Machtwechsel innerhalb der Gesellschaft vor. Es gibt eine Reihe von praktischen Hürden, welche

die Möglichkeit einer Klage der Gesellschaft gegenüber den eigenen Verwaltungsräten stark einschränken.

2. Beschluss des Verwaltungsrates auf Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen seine Kollegen; Ausstand der Verwaltungsräte, gegen die sich die Klage richten soll?

Stützt sich der Verantwortlichkeitsanspruch auf einen Entscheid, den der Verwaltungsrat als Gremium getroffen hat, dann richtet sich die Klage in der Regel gegen die Mehrheit der Verwaltungsräte. Es stellt sich die Frage, ob ein solcher Beschluss überhaupt zustande kommen kann. Auf den ersten Blick ist die Wahrscheinlichkeit dieser Lösung gegeben, denn die Verwaltungsräte, gegen die eine Klage erhoben werden soll, befinden sich bei diesem Beschluss in einem Interessenkonflikt. Nach einmütiger Auffassung der Lehre, kann der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt am Beschluss nicht mitwirken¹. Das hätte zur Folge, dass die Verwaltungsräte, gegen die sich die Klage richten soll, bei diesem Entscheid nicht mitwirken können.

3. Ausstand aller Verwaltungsräte gegen die sich die Klage richten soll, oder nur Ausstand für den Teil des Beschlusses, der seine eigene Person betrifft?

Unklar ist die Frage, ob beim Beschluss, dass gegen eine bestimmte Anzahl Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage ergriffen werden soll, die betroffenen Verwaltungsräte als Gruppe in den Ausstand treten müssen oder ob der betroffene Verwaltungsrat nur für den Teil des Beschlusses in den Ausstand treten muss, der seine eigene Person betrifft. Im ersten Fall, könnte eine Minderheit allein durch den Einbezug der Mehrheit der Verwaltungsräte in den Antrag erwirken, dass die Gesellschaft gegen eine Mehrheit der Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage erhebt. Im Extremfall wäre sogar denkbar, dass ein einziger Verwaltungsrat mit dem Antrag durchdringt, es sei gegen alle anderen Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage zu erheben.

Bezieht sich die Ausstandspflicht indessen immer nur auf die Mitwirkung an der Abstimmung über den Antrag, soweit er den einzelnen betroffenen Verwaltungsrat betrifft, können die betroffenen Verwaltungsräte an den anderen Abstimmungen teilnehmen und müssen nur beim Entscheid, der ihre eigene Person betrifft, in den Ausstand treten. Im Ergebnis wird durch ein solches restriktives Verständnis der

¹ Vgl. PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, Festschrift Hermann Schulin, Basel 2002, S. 17 ff.; LUKAS HANDSCHIN, Der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt, Festschrift Peter Forstmoser, S. 172 f.

Interessenkonflikts- und Ausstandsregel erreicht, dass immer nur ein Verwaltungsrat in den Ausstand tritt und die anderen ebenfalls einzuklagenden Verwaltungsräte am Beschluss mitwirken können. Die Schwelle für einen solchen Beschluss des Verwaltungsrates auf Ergreifung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen Mitglieder wird durch diese restriktivere Auffassung stark erhöht.

Auch wenn der Verwaltungsrat kein paritätisch zusammengesetztes Gremium ist, spiegelt die Zusammensetzung doch in einer bestimmten Form die Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft wieder. Die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage als Beschluss des Verwaltungsrates gegen einzelne Verwaltungsratsmitglieder sollte durch die Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft abgedeckt sein. Das zeigt auch die Bestimmung in Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR, welche der Generalversammlung ermöglicht, mit den Stimmen der Kapitalmehrheit über die Ergreifung eines Verantwortlichkeitsanspruchs zu befinden.

Schliesslich lässt sich diese auf den jeweils betroffenen Verwaltungsrat reduzierte Ausstandspflicht auch mit der Notwendigkeit begründen, dass der Verwaltungsrat ein funktionierendes Gremium sein muss. Die Möglichkeit, dass ein einzelner Verwaltungsrat einen rechtsgültigen Beschluss gegen alle seine Mitverwaltungsräte erreichen kann, lässt sich mit dieser Zielsetzung nicht vereinbaren.

Im Ergebnis führt das dazu, dass der Verwaltungsrat praktisch keinen Beschluss auf Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder ergreift.

4. Beschluss des Verwaltungsrates auf Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegenüber einzelnen Mitgliedern?

Ähnliche Schwierigkeiten bestehen, wenn sich der Vorwurf des verantwortlichen Verhaltens nicht gegen die Mehrheit des Verwaltungsrates richtet, sondern gegen einzelne Mitglieder. In vielen Fällen ist auch ein Vorgehen gegen einen einzelnen Verwaltungsrat unwahrscheinlich. Zum einen gibt es Vorwürfe, die gegenüber einem Verwaltungsrat erhoben werden können, die indirekt auch die Mehrheit der Verwaltungsräte treffen. Sie können beispielsweise Ansprüche im Zusammenhang mit überhöhten Bezügen und verdeckten Gewinnausschüttungen Folge eines Beschlusses oder einer Politik sein, welche von der Mehrheit der Verwaltungsräte getragen wird. Der Beschluss, gegen das betroffene Verwaltungsratsmitglied vorzugehen, kann in diesen Fällen auch ein eigenes Fehlverhalten suggerieren und ist aus diesem Grunde unwahrscheinlich.

Schliesslich gibt es eine natürliche Hemmschwelle im Verwaltungsrat, über die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen Kollegen zu befinden. Solche Entscheide kommen praktisch nur in strittigen Verhältnissen vor, wenn der betroffene Verwaltungsrat die Achtung seiner Kollegen verloren hat oder sogar schon zurückgetreten ist. Dass der Verwaltungsrat die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage gegen ein Mitglied beschliesst, mit dem er in der Zukunft im Zusammenhang mit

anderen Themen weiterhin konstruktiv zusammenarbeiten muss, ist unwahrscheinlich. Eine praktische Bedeutung kommt also dem Beschluss des Verwaltungsrates auf Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen eigene Mitglieder vor allem beim ehemaligen Verwaltungsrat zu, der zurückgetreten ist oder der abgewählt wurde.

Sogar dann, wenn es um einen Verantwortlichkeitsanspruch geht, der sich gegen einen Verwaltungsrat richtet, der nicht mehr die Gunst seiner Kollegen genießt oder der abgewählt wurde, werden solche Klagen nicht leichtfertig ergriffen, da das Verhalten des betreffenden Verwaltungsrates oft durch einen Konsens seiner Mitverwaltungsräte getragen war oder einer durch den Verwaltungsrat bestimmten Gesellschaftsursache entsprach. Ein Beschluss der verbleibenden Verwaltungsräte, gegen ihren ehemaligen Kollegen Verantwortlichkeitsklage zu erheben, birgt in diesen Fällen das Risiko, dass sich die verbleibenden Verwaltungsräte «ins eigene Fleisch schneiden».

5. **Beschluss des Verwaltungsrates zur Ergreifung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber abgewählten Verwaltungsräten oder nach einem Kontrollwechsel**

Sogar dann, wenn die Verwaltungsräte, die über die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen beschliessen, mit den strittigen Vorgängen nichts zu tun haben, z.B. nach einem Kontrollwechsel, gibt es tatsächliche Gründe, die dazu führen, dass solche Ansprüche kaum erhoben werden. Erfolgte der Kontrollwechsel strukturiert, also beispielsweise beim Verkauf der Gesellschaft, dann werden sich die abgetretenen Verwaltungsräte noch Décharge erteilen lassen, die sie gegen Ansprüche der Gesellschaft verlässlich schützt oder ihre Haftung im Übernahmevertrag ausschliessen.

6. **Durchsetzung des Beschlusses: Durchführung der Verantwortlichkeitsklage durch den Verwaltungsrat der Gesellschaft**

Kommt es zu einem Beschluss der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat gegen einen ehemaligen Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsklage einzuleiten, obliegt die Durchführung des Prozesses ebenfalls dem Verwaltungsrat. Im Zusammenhang mit der Prozessführung entstehen keine besonderen Probleme, denn eine Gesellschaft, die mehrheitlich beschliesst, gegen bestimmte Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage einzuleiten, ist aufgrund der internen Machtverhältnisse auch in der Lage, den entsprechenden Prozess zu führen.

7. **Zwischenergebnis**

Erste Instanz zum Beschluss über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft gegenüber einzelnen Verwaltungsräten ist der Verwaltungsrat selber. Oftmals bleibt diese Möglichkeit rein hypothetisch, weil aus den

genannten strukturellen Gegebenheiten die Wahrscheinlichkeit sehr gering ist, dass der Verwaltungsrat über die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage gegen seine Mitglieder beschliesst.

B. **Klage durch die Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR)**

1. **Grundlagen**

Nicht nur der Verwaltungsrat ist befugt, darüber zu beschliessen, dass die Gesellschaft gegen bestimmte Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage erhebt, sondern auch die Aktionäre im Rahmen eines Beschlusses der Generalversammlung. Hierzu sieht Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR vor, dass beim Beschluss über die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage allfällige Stimmprivilegien von Stimmrechtsaktien nicht beachtet werden. Das bedeutet, dass die Kapitalmehrheit gültig über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage beschliessen kann.

2. **Kapital- und Stimmenmehrheit in unterschiedlichen Händen als Merkmal vieler Familienunternehmen**

Es gibt vor allem in kleineren Verhältnissen viele Gesellschaften, in denen Kapital- und Stimmenmehrheit in unterschiedlichen Händen liegen. Bei der Übergabe eines Unternehmens auf die nächste Generation kommt es in der Praxis oft vor (vor allem wenn das Vermögen des Erblassers zum grossen Teil im Unternehmen liegt), dass pflichtteilgeschützte Nachkommen, die den Betrieb nicht mitübernehmen, anstelle von Stimmrechtsaktien, Stammaktien erhalten, die nominal ein sehr hohes Kapital aufweisen können, aber nicht die Möglichkeit vermitteln, das Unternehmen zu kontrollieren. Es gibt Unternehmen, in denen die unternehmensführende Aktionärsgruppe lediglich 10 bis 20% des Kapitals kontrolliert, ihre Macht im Unternehmen aber auf Stimmrechtsaktien abstützt. Die zweite Aktionärsgruppe verfügt über die Kapitalmehrheit, ist aber nicht in der Lage, unternehmerische Entscheide zu fällen, da sie über die Stimmenmehrheit in der Generalversammlung nicht verfügt.

Solche Konstellationen bergen ein Konfliktpotenzial. Kapitalaktionäre, die nicht unternehmensführend sind, fühlen sich oft benachteiligt, manchmal zu recht, manchmal aber auch nur deshalb, weil das Unternehmen von aussen her viel lukrativer erscheint, als es tatsächlich ist. In solchen Konstellationen kommt dem Recht der Kapitalmehrheit u.a. darüber zu beschliessen, dass Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat erhoben wird, praktische Bedeutung zu, auch deshalb, weil Verantwortlichkeitsklagen, beschlossen durch den Verwaltungsrat, aus den genannten Gründen sehr selten sind.

Die Möglichkeit der Kapitalmehrheit, Verantwortlichkeitsklage zu ergreifen, ist ein wichtiges Instrument des Minderheitenschutzes. Es stellen sich allerdings eine ganze Reihe von Fragen, die noch nicht schlüssig beantwortet sind.

3. Kompetenz der Generalversammlung zur Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage

a. *Unbestritten: Wenn sich die Klage gegen die Mehrheit oder alle Verwaltungsräte richtet*

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Möglichkeit, dass die Generalversammlung über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage beschliesst, nur für den Fall besteht, dass sich die Verantwortlichkeitsklage gegen die Mehrheit oder gegen alle Verwaltungsräte richtet². Begründet wird diese Auffassung damit, dass es den Generalversammlungsbeschluss nur dann braucht, wenn die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen die Mehrheit der Verwaltungsräte erwogen wird.

b. *Richtigerweise: Kompetenz der Generalversammlung auch für die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen einzelne Verwaltungsräte*

Diese Auffassung ist zu restriktiv, denn sie übersieht die Schwierigkeiten, die in der Ergreifung von Verantwortlichkeitsansprüchen auch gegen einzelne Verwaltungsräte liegen. Richtigerweise ist die Generalversammlung neben dem Verwaltungsrat zuständig, um über die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen einzelne oder alle Verwaltungsräte zu befinden.

Es gibt noch ein ganz praktisches Argument. Wäre die Generalversammlung nur für die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen die Mehrheit oder alle Verwaltungsräte zuständig, würde sie allein aus Zuständigkeitsgründen den Beschluss möglicherweise unnötig auf eine Mehrheit der Verwaltungsräte ausdehnen. Eine solche Ausdehnung des Beschlusses auf eine Mehrheit lässt sich fast immer damit begründen, dass zwar nur ein Verwaltungsrat aus aktivem Handeln verantwortlich sei, die anderen aber aus Unterlassung. Die restriktive Auffassung, welche den Beschluss über die Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage durch die Generalversammlung nur zulassen will, wenn sich der Beschluss gegen die Mehrheit der Verwaltungsräte richtet, würde ohne Not zu einer Aufblähung der Verantwortlichkeitsverfahren führen.

² So FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 36 N 18.

4. Richtigerweise: Derogierende Kompetenz der Generalversammlung zur Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage, sogar dann, wenn der Verwaltungsrat den Verantwortlichkeitsanspruch selber wahrnehmen will

Richtigerweise ist die Generalversammlung auch zuständig, über die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen einzelne Verwaltungsratsmitglieder zu beschliessen, wobei diese Zuständigkeit nicht subsidiär, sondern richtigerweise derogierend ist. Das bedeutet, dass die Generalversammlung über die Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage befinden kann (und vor allem entscheiden kann, wer die Gesellschaft im Rahmen der Durchführung des Prozesses vertritt, siehe unten 5. lit.b), sogar dann, wenn dieser Beschluss bereits vorgängig durch den Verwaltungsrat ergangen ist. Beschliesst nämlich der Verwaltungsrat die Ergreifung von Verantwortlichkeitsklagen gegen einzelne Mitglieder und besteht er darauf, diese Klagen auch prozessual umzusetzen (bis hin zur Möglichkeit, das Verfahren durch Vergleich zu beenden), besteht die Gefahr, dass halbherzig vorgegangen wird oder, noch schlimmer, dass das Vorgehen allein darauf ausgerichtet ist, die Angelegenheit mit einem für die betroffenen Verwaltungsräte möglichst günstigen Vergleich als *res judicata* zu erledigen und damit der Kapitalmehrheit die Möglichkeit zu nehmen, eine ernsthafte Umsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche sicherzustellen.

Die Möglichkeit, die Verantwortlichkeitsklage durch die Generalversammlung zu beschliessen, ist eines der wenigen Minderheitenrechte, die geeignet sind, die Diskrepanz, die sich aus dem Umstand ergibt, dass die Kapitalmehrheit nicht in der Lage ist, das Unternehmen zu kontrollieren, etwas zu korrigieren. Als Minderheitenrecht zugunsten der Kapitalmehrheit ist diese Möglichkeit weit auszulegen, nicht restriktiv.

5. Vertretung der Gesellschaft im durch die Generalversammlung beschlossenen Verantwortlichkeitsprozess

a. *Fragestellung*

Kommt es zu einem Beschluss der Generalversammlung, gegen alle oder bestimmte Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage zu ergreifen, muss der Gesellschaft ein besonderer Vertreter bestellt werden, der die Klage für die Gesellschaft führt. Bei Interessenkollisionen der Mitglieder des Verwaltungsrates muss die Generalversammlung befugt sein, nicht nur über die Anhebung einer Klage zu befinden, sondern auch deren Durchsetzung mittels Bestellung eines Prozessvertreters sicherzustellen. Hätte die Generalversammlung lediglich die Kompetenz über die Anhebung, nicht aber über die Durchführung der Klage zu befinden, läge es in der Hand der beklagten Verwaltungsräte, die gerichtliche Durchsetzung zu unterlassen bzw. zu vereiteln. Dies gilt richtigerweise ganz generell, wenn die Generalversammlung

beschliesst, Verantwortlichkeitsansprüche zu erheben. Nur dann ist sichergestellt, dass der Wille der Kapitalmehrheit ernsthaft umgesetzt wird.

b. Wahl des besonderen Vertreters mit Kapital- oder Stimmenmehrheit?

Das Gesetz selber sagt in Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 nichts über die Zuständigkeit zum Entscheid über die Bestimmung des besonderen Vertreters, der an Stelle des Verwaltungsrates die Verantwortlichkeitsklage führen soll. Daraus zu schliessen, dass der besondere Vertreter nicht mit den Stimmen der Kapitalmehrheit gewählt wird, sondern nach allgemeiner Vorschrift, ist aber falsch, wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen.

Die Notwendigkeit eines besonderen Vertreters ergibt sich aus dem Bedürfnis seiner Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat. Diese Unabhängigkeit liegt aber gerade dann nicht mehr vor, wenn der besondere Vertreter nach den gleichen Vorschriften gewählt wird wie der Verwaltungsrat. Richtigerweise wird der besondere Vertreter nach den Vorschriften gewählt, die auch für die Beschlussfassung über die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage gelten, also mit der Kapitalmehrheit, ohne Berücksichtigung von Stimmrechtsaktien. Der Beschluss über die Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage und der Beschluss über die Bestimmung des Vertreters, der die Klage umsetzen soll, gehören funktional zusammen. Den einen Beschluss durch die Kapitalmehrheit fällen zu lassen, den anderen durch die Stimmenmehrheit, ist ohne Sinn.

Dieser besondere Vertreter wird zwar durch die Kapitalmehrheit gewählt, ist von dieser aber genau gleich unabhängig, wie der von der Stimmenmehrheit gewählte Verwaltungsrat. Seine Aufgabe beschränkt sich auf eine im Interesse der Gesellschaft liegende Umsetzung des Beschlusses, gegen bestimmte Verwaltungsräte Klage zu erheben. Sie umfasst alle Entscheide, die sich aus der Prozessführung ergeben, richtigerweise auch den Entscheid, das Verfahren durch Vergleich zu beenden. Will sich der besondere Vertreter diesbezüglich allerdings nicht dem Vorwurf aussetzen, den Generalversammlungsbeschluss nicht loyal umgesetzt zu haben, wird er wohl sein Vorgehen sehr eng mit dem der Kapitalmehrheit koordinieren, insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss eines allfälligen Vergleiches.

Die Frage nach dem richtigen Vorgehen ist aber umstritten und es fehlen massgebende Präjudizien, wie auch Stellungnahmen der Lehre, die ein verlässliches Urteil ermöglichen.

C. Ergreifung der Verantwortlichkeitsklage nicht durch die Gesellschaft, sondern durch einzelne Aktionäre

1. Direktanspruch der Aktionäre bei unmittelbarem Schaden

Neben der Gesellschaft ist bei der aufrecht stehenden Gesellschaft auch der Aktionär berechtigt, Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsräte zu erheben. In Bezug

auf das Vorgehen des Aktionärs ist zu differenzieren. Ist der Aktionär unmittelbar geschädigt, kann er den bei ihm entstandenen Schaden gegen die verantwortlichen Verwaltungsräte unabhängig davon erheben, ob über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist oder nicht. Dieses Klagerecht steht individuell jedem einzelnen Aktionär zu, also nicht der Gesellschaft und besteht unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen anderer Aktionäre, Gläubiger oder der Gesellschaft. Die Klage richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 41 ff. OR, wobei allerdings die besonderen aktienrechtlichen Bestimmungen betreffend Verjährung (Art. 760 OR) und Gerichtsstand (Art. 761 OR) zu beachten sind.

2. Indirekter Anspruch bei mittelbarem Schaden

Der Aktionär kann jedoch nicht nur den Schaden mit Verantwortlichkeitsklage geltend machen, der ihm selber unmittelbar entstanden ist, sondern auch den Schaden, der bei der Gesellschaft unmittelbar entstanden ist, bei ihm als Aktionär aber nur mittelbar. Es klagt der Aktionär, doch geht die Klage nicht auf Leistung von Schadenersatz an ihn selber, sondern auf Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR).

3. Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft als Prozessstandschaft?

Diese Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft ist in ihrer Rechtsnatur und in den Auswirkungen stark umstritten. Ein Teil der Lehre³ nimmt an, dass die Klage des Aktionärs eine gesetzlich vorgesehene Prozessstandschaft bildet. Die Subsumierung der Klage als Prozessbeistandschaft führt nach der von BÖCKLI vertretenen Auffassung zu Konsequenzen, die eigentlich dazu führen müssten, die Theorie der Prozessstandschaft abzulehnen und stattdessen einen selbstständigen Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft anzunehmen.

Im Einzelnen: Liegt Prozessbeistandschaft vor, handelt der Aktionär für die Gesellschaft. Das führt zur Rechtshängigkeit des Verantwortlichkeitsanspruchs und insbesondere auch dazu, dass das Urteil eine res judicata gegenüber der Gesellschaft und allfälligen anderen klagewilligen Aktionären begründet⁴. Im Prozess selber müsste sich die Gesellschaft alle Einreden und Einwendungen entgegenhalten lassen, die der Beklagte ihr auch in einem Prozess, den sie selbst gegen das fehlbare Organmitglied hätte anstrengen können, entgegenhalten kann. Die Stellung der Gesellschaft und des Beklagten wäre nicht anders, wie im direkten Schadenersatzprozess der Gesellschaft gegen ihre Organe.

³ So insbesondere BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 18 N 225 ff.

⁴ So ausdrücklich BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 18 N 228.

Diese Schlussfolgerungen, die sich aus dem Verständnis der Klage auf Leistung einer Gesellschaft als Prozessstandschaft ergeben, sind sachfremd und schränken die Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Minderheitenrecht stark ein.

4. **Annahme einer res judicata im Verhältnis Verwaltungsrat-Gesellschaft führt zu unangemessenen Ergebnissen**

Der klagende Aktionär verfügt anders als die Gesellschaft selber nicht über die Informationsgrundlagen, die möglicherweise notwendig sind, damit der Verantwortlichkeitsanspruch gutgeheissen werden kann. Der Aktionär vermag aus den ihm zugänglichen Informationen aus gutem Grund schliessen, dass verantwortlichsrelevante Handlungen vorliegen, doch ist er wegen seinem fehlenden Akteneinsichtsrecht nicht in der Lage, sich ein abschliessendes und vernünftiges Urteil in dieser Sache zu bilden. Der beklagte Verwaltungsrat geniesst bei der Klage durch den Aktionär einen Informationsvorsprung, der es ihm ermöglicht, jedes einzelne durch den Aktionär geltend gemachte widerrechtliche Verhalten mit Umständen zu rechtfertigen, die nach Auffassung des beklagten Verwaltungsrates im Gesellschaftsinteresse liegen, von denen aber der klagende Aktionär keine Kenntnis hatte. Parieren kann der klagende Aktionär diese Rechtfertigungen nicht, da ihm das Gesamtbild fehlt, das nötig wäre, um auf diese Rechtfertigungen einzugehen.

Anders die klagende Gesellschaft: Sie verfügt über alle Informationen, um die Einwände des beklagten Verwaltungsrates richtig einordnen zu können. Die Gefahr, dass trotz gegebener Verantwortlichkeit eine Verantwortlichkeitsklage abgewiesen wird, ist bei der Klage des Aktionärs grösser als bei der Klage der Gesellschaft. Nicht umsonst sieht Art. 756 Abs. 2 OR vor, dass der Richter die Verfahrenskosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens auf die Parteien verteilen kann. Würde eine solche durch den Aktionär angehobene Verantwortlichkeitsklage eine res judicata zwischen dem beklagten Verwaltungsrat gegenüber der Gesellschaft begründen, bestünde die Gefahr, dass durch das Vorgehen des einzelnen Aktionärs tatsächlich die Gesellschaft geschädigt wird, da sie selber den entsprechenden Vorwurf nicht mehr erheben könnte. Es ist auch völlig ungewiss, ob der klagende Aktionär die Fähigkeit hat, die Klage richtig zu führen, ob er vielleicht sogar die Klage nur erhoben hat, um anderen Aktionären oder der Gesellschaft (vertreten durch die Kapitalmehrheit!) zuvorzukommen, um ein für den beklagten Verwaltungsrat günstiges Ergebnis zu erzielen. Die Praxis zeigt, dass solche «Spielchen» durchaus erwogen werden, wenn es darum geht, einen Verantwortlichkeitsanspruch abzuweisen.

5. **Gewährung des Rechts, Einreden gegenüber der Gesellschaft zu erheben, macht die Klage auf Leistung an die Gesellschaft zur Glückssache**

Unbefriedigend ist auch die sich durch die Subsumierung der Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Prozessstandschaft ergebende Konsequenz in Bezug auf die Einreden der Gesellschaft. Wenn sich der Aktionär (resp. die Gesellschaft) alle Einreden und Einwendungen hätte einwenden können, die der Beklagte im allgemeinen Prozess, den die Gesellschaft gegen das fehlbare Organmitglied hätte anstrengen können, hätte einwenden können, wird die Klage auf Leistung an die Gesellschaft zur reinen Glückssache. Selbst wenn der klagende Aktionär in seiner Einschätzung richtig war, riskiert er, dass der beklagte Verwaltungsrat eine Einrede, z.B. auch eine Einrede auf Verrechnung, entgegenhält, die ein Thema beschlägt, von dem der klagende Aktionär keine Kenntnis hatte. Es ist für den klagenden Aktionär unmöglich, beispielsweise eine erhobene Verrechnungseinrede im Zusammenhang mit einem durch den beklagten Verwaltungsrat behaupteten Anspruch gegenüber der Gesellschaft richtig einzuschätzen. Dem klagenden Aktionär fehlt elementares Wissen, um das Bestehen einer solchen verrechnungsweise geltend gemachten Forderung gegenüber der Gesellschaft substantiiert bestreiten zu können.

Diese beiden Schwierigkeiten sind meines Erachtens Beleg dafür, dass das Verständnis der Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Prozessstand nicht vertreten werden sollte, sondern dass vielmehr zusammen mit FORSTMOSER⁵ von einem eigenen Recht des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft ausgegangen werden muss, ähnlich wie beim Vertrag zugunsten eines Dritten, welcher dem Promissar gegenüber dem Promittenten einen selbstständigen Anspruch zugunsten des Dritten verschafft.

6. **Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft als selbstständiger Anspruch gegenüber dem Verwaltungsrat zugunsten der Gesellschaft**

Das Verständnis der Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft als eigenständiger Anspruch des Aktionärs auf Leistung an einen Dritten führt sowohl in Bezug auf die Frage der Rechtshängigkeit wie auch in Bezug auf die Frage der Einredesituation zu praktisch vernünftigen Resultaten. Rechtshängig ist nach dieser Konzeption lediglich der Anspruch des Aktionärs gegenüber dem Verwaltungsrat auf Leistung an die Gesellschaft.

⁵ FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, § 36, N 46 ff.

Ein Urteil oder ein Vergleich bindet lediglich den Aktionär und den Verwaltungsrat; die Gesellschaft, aber nur insoweit, als der Verwaltungsrat sich die gestützt auf einen Entscheid oder Vergleich geleisteten Beiträge anrechnen lassen kann, aber nicht in dem Sinne, dass andere Aktionäre oder die Gesellschaft inskünftig ausgeschlossen sind, selber Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Eine Klageflut ist bei diesem Verständnis nicht zu befürchten. Klagen mehrere Aktionäre gemeinsam, können die Verfahren vereinigt werden (genau gleich wie beim Verständnis der Klage als Prozessbeistandschaft). Erschwert wird lediglich die Möglichkeit einer Streiterledigung durch Vergleich. Aber auch hier zeigt die Praxis, dass in diesem Fall durch einen Einbezug der Gesellschaft in den Vergleichsabschluss auch bei einer ursprünglich durch einen einzigen Aktionär erhobene Klage auf Leistung an die Gesellschaft eine abschliessende Streiterledigung möglich ist.

Die Gefahr, dass ein ungeeigneter oder sogar böswilliger Aktionär durch ein unsachgemässes Vorgehen den Anspruch der Gesellschaft und der anderen Aktionäre leichtfertig verspielt, ist beim Verständnis der Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Anspruch des Aktionärs auf Leistung an einen Dritten ausgeschlossen.

Diese Konzeption führt auch in Bezug auf die Einredesituation zu einem durchwegs befriedigenden Ergebnis. Insbesondere muss sich der klagende Aktionär keine Einreden entgegenhalten lassen, die dem beklagten Verwaltungsrat gegen die Gesellschaft zustehen und die sich nicht direkt aus dem Anspruch ergeben, wie beispielsweise die Einrede der Verrechnung (vgl. Art. 122 OR). Richtig ist bei diesem Vorgehen allerdings, dass der beklagte Verwaltungsrat Einreden erheben kann, die ihm gegen den klagenden Aktionär persönlich zustehen. Das Ergebnis ist aber nicht unhaltbar, wie Böckli meint, denn als weitere Konsequenz der Subsumierung der Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Anspruch des Aktionärs ergibt sich ja auch, dass das Urteil nicht zu einer *res judicata* zulasten der Gesellschaft führt. Die Bedenken BÖCKLIS, dass der Beklagte einen «windfall profit» daraus gewönne, dass gegen ihn zufällig ein Aktionär klagt, gegen den er Gegenansprüche habe, sind nur dann gerechtfertigt, wenn das Urteil des Richters in der Streitsache als *res judicata* abschliesst. Wird aber der Anspruch als Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft verstanden, bindet das Urteil nur den klagenden Aktionär und den beklagten Verwaltungsrat, nicht aber die Gesellschaft.

Die Frage ist bis jetzt nicht entschieden, was sicherlich auch damit zusammenhängt, dass Klagen von Aktionären auf Leistung an die Gesellschaft äusserst selten sind, nicht zuletzt auch wegen der zahlreichen eben beschriebenen Risiken, die damit verbunden sind.

III. Zusammenfassung

1. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft kann geltend gemachten werden durch:
 - die Gesellschaft;
 - die einzelnen Aktionäre;
 - nicht die Gläubiger (auch wenn sie durch das Vorgehen des Verwaltungsrates geschädigt sind).

Für den Beschluss, den Verantwortlichkeitsanspruch geltend zu machen, ist primär der Verwaltungsrat zuständig. Aufgrund des system-bedingten Interessenkonflikts sind solche Beschlüsse selten und kommen praktisch nur bei Kontrollwechsel und gegenüber zurückgetretenen oder abgewählten Verwaltungsräten vor.

2. In speziellen Situationen ist neben dem Verwaltungsrat ist auch die Generalversammlung zuständig, Verantwortlichkeitsansprüche zu erheben.

Die Zuständigkeit der Generalversammlung ist richtigerweise derogierend, nicht subsidiär, d.h. die Generalversammlung kann alle Rechte, die sich im Zusammenhang mit der Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage ergeben, jederzeit ergreifen, auch wenn der Verwaltungsrat selber beschlossen hat, gegen den betreffenden Verwaltungsrat vorzugehen.

3. Der Beschluss der Generalversammlung erfolgt mit der Kapitalmehrheit, nicht mit der Stimmenmehrheit; die Möglichkeit, mit Kapitalmehrheit eine Verantwortlichkeitsklage zu ergreifen, verkörpert ein sehr starkes Minderheitenrecht.

Beschliesst die Generalversammlung, gegen die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates Verantwortlichkeitsklage zu anzuheben, ist für die Umsetzung dieses Beschlusses nicht der Verwaltungsrat zuständig, sondern ein von der Generalversammlung bestellter besonderer Vertreter. Dieser besondere Vertreter wird ebenfalls mit der Kapitalmehrheit bestimmt, nicht mit der Stimmenmehrheit.

4. Unterbleibt ein Beschluss der Gesellschaft, den Verantwortlichkeitsanspruch zu erheben, können auch einzelne Aktionäre klagen. Die Klage geht dann auf Leistung an die Gesellschaft.

Richtigerweise ist das Recht des Aktionärs, Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben, ein Recht des Aktionärs auf Leistungen an einen Dritten. Die Konsequenz daraus ist, dass der durch den Aktionär geführte Verantwortlichkeitsprozess zu keiner *res judicata* im Verhältnis zwischen dem beklagten Verwaltungsrat und der Gesellschaft führt und dass der beklagte Verwaltungsrat gegenüber dem klagenden Aktionär keine Einreden erheben kann, die ihm gegenüber der Gesellschaft zustehen, insbesondere nicht die Verrechnungseinrede.