

Prof. Dr. Peter V. Kunz

Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?

Einige Bemerkungen zu BGE 139 III 24

Es kommt – leider – immer wieder vor, dass der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft im Namen (und auf Kosten) der Gesellschaft einen Prozess führt, der nicht wirklich in deren Interesse liegt. Bei einem Verfahren im Eigeninteresse oder im Drittinteresse, beispielsweise für die Mehrheit der Aktionäre, muss der Verwaltungsrat indes damit rechnen, in der Folge für die gesamten Kosten des verlorenen Prozesses (Gerichtsgebühren, Parteikosten etc.) zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Rechtslage bestätigt nunmehr ein jüngeres Bundesgerichtsurteil – Verwaltungsratsmitglieder sollten sich in Zukunft in Acht nehmen!

Rechtsgebiet(e): Aktienrecht; Gesellschaftsrecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?, in: Jusletter 3. Juni 2013

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
 - a. Ausgangslage für den Verwaltungsrat
 - b. Prozessführungsentscheide
 - aa) Pflichten und Rechte
 - bb) Eigeninteressen auf Gesellschaftskosten?
- B. BGE 139 III 24
 - a. Ausführungen des Bundesgerichts
 - aa) Sachverhalt
 - bb) Rechtliches
 - aaa) Schaden
 - bbb) Grundsätzliches
 - ccc) Kriterien
 - cc) Streitwertberechnung
 - b. Bemerkungen
 - aa) Weckruf
 - bb) Ausgewählte Aspekte
 - cc) Ceterum censeo

A. Einleitung

a. Ausgangslage für den Verwaltungsrat

[Rz 1] Der *Verwaltungsrat* (VR) einer Aktiengesellschaft (AG) ist in Bezug auf sein konkretes Organverhalten – seien es Tätigkeiten oder Untätigkeiten – nicht gänzlich frei, sondern hat gewisse Schranken bzw. Pflichten zu beachten. Diese Pflichten ergeben sich teils aus dem Gesetz und teils aus der Rechtsprechung. Das *Pflichtenheft des VR* beruht im Wesentlichen auf drei aktienrechtlichen Grundpfeilern¹ gemäss Art. 717 OR:

[Rz 2] «¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates (...) müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. ² Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln». Diese VR-Pflichten gelangen in allen ausländischen Rechtsordnungen ebenfalls zum Ausdruck.

[Rz 3] Sollte der VR als Gesellschaftsorgan eine oder mehrere dieser *Pflichten verletzen*, stellt dies eine Pflichtwidrigkeit und damit eine Widerrechtlichkeit dar, die – sofern die weiteren Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, also: Schaden, Kausalität sowie Verschulden – zur *Verantwortlichkeit* der einzelnen VR-Mitglieder gemäss Art. 754 ff. OR führen kann².

[Rz 4] Bei einer Mehrzahl von VR-Mitgliedern bestehen zwischen ihnen *Solidarität* und *Rückgriffsmöglichkeiten* (Art. 759 OR); Opposition kann «verantwortlichkeitsreduzierend» wirken. In der Praxis zeigen sich die Gerichte in aller

¹ Sorgfaltspflicht («Duty of Care»), Treuepflicht («Duty of Loyalty») und Gleichbehandlungspflicht.

² Es geht um *zivilrechtliche* und finanzielle Aspekte, d.h. im Wesentlichen um *Schadenersatz*; als materielle Basis sieht Art. 754 Abs. 1 OR vor: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates (...) sind (...) für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen».

Regel restriktiv, wenn es gilt, ex post das Verhalten des VR zu beurteilen. Diese *richterliche Zurückhaltung* zur Verantwortlichkeit erscheint zwar nachvollziehbar, wird von Teilen der Lehre indes kritisiert³.

b. Prozessführungsentscheide

aa) Pflichten und Rechte

[Rz 5] Zur *Geschäftsführung* des VR gehört u.a. die Frage, ob in einem konkreten Fall ein Gerichts- oder ein sonstiges Verfahren zu führen sei, und zwar auf der Aktivseite oder auf der Passivseite (oder in einem Rechtsmittelverfahren). Der Entscheid gehört nicht zu den unübertragbaren Aufgaben des VR (Art. 716a OR), so dass die Beschlussfassung etwa an die Generalversammlung (GV) delegiert werden darf⁴, jedoch nicht zwangsläufig muss⁵.

[Rz 6] Sollte ein positiver Prozessführungsentscheid der GV vorliegen, *muss* der VR prozessieren; in der Folge kann die AG – anders als die Aktionäre und im Konkurs die Gläubiger – keinen Verantwortlichkeitsanspruch (für sich selber) geltend machen⁶, zumindest prinzipiell⁷. Sollte ein positiver Prozessführungsentscheid durch den *Delegierten* oder das *Management* getroffen worden sein, hat der VR seine Pflichten im Rahmen von Art. 754 Abs. 2 OR wahrzunehmen⁸, d.h. es besteht *keine automatische Pflicht* zum Prozessieren.

[Rz 7] Einige Klagen werden ausdrücklich im Aktienrecht erwähnt⁹, doch ist dies keine Voraussetzung für deren Zulässigkeit. Es kann immer zu Prozessen kommen, wenn ein *materieller Anspruch* besteht; beispielsweise können Gesellschafter bei vinkulierten Namenaktien gemäss Art. 685a ff. OR auf *Registrierung im Aktienbuch* klagen, wenn sie die AG

³ Vgl. dazu hinten Ziff. B.b. cc.

⁴ Für den Fall einer Delegation gemäss Art. 716b OR hat der VR-Delegierte auf der einen Seite oder das Management («Dritter») auf der anderen Seite den Prozessführungsentscheid zu fällen.

⁵ Die *VR-Kompetenz* ergibt sich aus Art. 716 Abs. 1 OR.

⁶ Es gilt der Grundsatz der Rechtfertigung durch Einwilligung («volenti non fit iniuria»).

⁷ Sollte – als Beispiel – erst *im Verlauf eines Verfahrens* ersichtlich werden, was die GV bei ihrem Entscheid (noch) nicht wissen konnte, dass nämlich der konkrete Prozess nicht gewonnen werden kann (und z.B. besser verglichen werden sollte), kann ein Gesellschaftsanspruch aus Verantwortlichkeit wegen *pflichtwidriger Weiterführung* eines Verfahrens entstehen.

⁸ Die VR-Mitglieder müssen sorgfältig sein bei der *Auswahl* («cura in eligendo»), bei der *Unterrichtung* («cura in instruendo») sowie bei der *Überwachung* («cura in custodiendo») des Delegierten bzw. des Managements, und zwar nicht zuletzt im Hinblick auf deren Vorgehen bei allfälligen Prozessen; nur unter dieser Voraussetzung besteht keine VR-Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 2 OR).

⁹ Beispiele: *Verantwortlichkeitsklage* der AG für den Gesellschaftsanspruch (im Zusammenhang mit Stimmrechtsaktien in der GV: Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR); *Anfechtungsklage* gegen GV-Beschlüsse (u.a. durch den VR: Art. 706 Abs. 1 OR – in diesem seltenen Fall erhält die AG einen vom Gericht bestellten Vertreter: Art. 706a Abs. 2 OR); *Informationsklage* des Aktionärs gegen die AG (Art. 697 Abs. 4 OR).

entweder (zu unrecht) nicht einträgt oder (zu unrecht) wieder austrägt.

[Rz 8] In der Wirtschaftsrealität bestehen *unzählige Sachverhalte*, die zu Verfahren führen können (Patentstreitigkeiten, bestrittene Forderungen, Arbeitsprozesse, Strafanzeigen wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses etc.). Hinsichtlich *aktienrechtlicher Klagen* müssten – als Beispiel – gelegentlich Prozesse wegen Privatbezügen oder wegen Schädigungen durch VR-Mitglieder mindestens ernsthaft in rechtliche Erwägung gezogen werden¹⁰.

[Rz 9] Nichtsdestotrotz hat der VR *keine generelle Pflicht* zur Prozessführung. Eine Pflicht ergibt sich nur, aber immerhin im Rahmen der «Interessen der Gesellschaft» (Art. 717 Abs. 1 OR); selbst bei einer Prozessführungspflicht kann der VR – aus wichtigen Gründen¹¹ – auf ein Verfahren verzichten¹². Ausserdem steht dem VR *kein generelles Recht* zur Prozessführung zu, denn das «Recht» ist einzig die Kehrseite der «Pflicht». M.a.W. ist der VR ausschliesslich berechtigt zur Prozessführung, *sofern dies im Interesse der AG* steht.

bb) **Eigeninteressen auf Gesellschaftskosten?**

[Rz 10] Eine Prozessführung *im Namen* sowie *auf Kosten* der Gesellschaft muss aus Perspektive des VR immer sozusagen «fremdnützig» sein, um als legal qualifiziert werden zu können. Sollten hingegen *ausschliesslich VR-Eigeninteressen* in einem Gesellschaftsprozess wahrgenommen werden, handelt es sich grundsätzlich um eine Verletzung von Art. 717 OR. Interessenkonflikte sind ohne Ausnahme zugunsten der betroffenen AG zu lösen.

[Rz 11] Es dürfte ein offenes Geheimnis sein, dass Eigeninteressen von VR in der Wirtschaftsrealität *nicht selten* vorkommen. Gerade in gerichtlichen oder sonstigen Auseinandersetzungen mit Minderheitsaktionären oder mit vom VR nicht gewollten Übernehmern von Publikumsgesellschaften (Stichwort: «Unfriendly Takeovers») werden regelmässig die *Eigeninteressen betreffend «Jobsicherung»* offensichtlich¹³.

¹⁰ Der VR *muss* u.a. gegen eigene Mitglieder mittels Klage vorgehen, wenn diese *private* Ausgaben sozusagen «über die AG abgerechnet» haben (etwa die Kosten für die private Golfclubmitgliedschaft oder für die private Wohnungseinrichtung): Art. 678 OR; ausserdem *muss* der VR gegen (oftmals frühere) eigene Mitglieder vorgehen, sofern diese durch ihr Verhalten die AG geschädigt haben: Art. 754 ff. OR.

¹¹ Die Anforderungen für einen Verzicht sind zwar hoch, doch handelt es sich um eine *Interessenabwägung*.

¹² Bei der UBS (als damals skandalisierte Bank) – als Beispiel – muss wohl verstanden werden, dass sie trotz allfälligen Erfolgchancen auf Klagen verzichtete, um «aus den Schlagzeilen» zu kommen.

¹³ Die VR-Mitglieder müssen v.a. bei einem *Kontrollwechsel befürchten*, dass sie durch die «neuen Machthaber» unverzüglich abberufen werden (Art. 705 OR); vor diesem Hintergrund erscheint naheliegend, einen solchen «*Change of Control*» zu *unterminieren* – ein Kontrollwechsel könnte etwa dadurch verhindert oder hinausgezögert werden, dass langjährige Prozesse dagegen geführt werden, und zwar auf Kosten der AG; zur angeblichen «Verteidigung der AG» werden nebst den rechtlichen Instrumenten

Dies widerspricht dem Prinzip, dass sich die Aktionäre die AG und nicht die VR-Mitglieder die Aktionäre aussuchen!

[Rz 12] In der Praxis erscheint eine Differenzierung zwischen AG-Interessen und VR-Interessen oftmals nicht einfach; wohl nicht zuletzt aus diesem Grund wollen sich die Gerichte in aller Regel nicht in solche Fragestellungen «einmischen»¹⁴. Es muss jedoch davor gewarnt werden, die regelmässigen (Schutz-)Behauptungen von VR unbesehen zu glauben.

[Rz 13] Die einzige heutige «Sicherheit» im Hinblick auf Prozessführungsentscheide des VR besteht darin, dass es in der Schweiz eben gerade keine aktienrechtliche (Rechts-) Sicherheit gibt. Es sind zudem *keine generellen Aussagen* möglich. Immerhin hat das Bundesgericht vor genau einem halben Jahr einen bis anhin nur am Rande¹⁵ zur Kenntnis genommenen, ausgezeichneten Leitentscheid zu diesen Fragen gefällt, der einige *zentrale Leitlinien für VR-Mitglieder* aufstellt¹⁶. Im Wesentlichen geht es um den Aktionärs- bzw. Minderheitenschutz¹⁷.

B. **BGE 139 III 24**

a. **Ausführungen des Bundesgerichts**

aa) **Sachverhalt**

[Rz 14] Mit Urteil vom 20. November 2012¹⁸ wurde eine *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage* gemäss Art. 754 ff. OR gegen fünf VR-Mitglieder einer Y. Beteiligungen AG behandelt¹⁹. Gegenstand war der *Schaden der Gesellschaft* infolge eines *erfolglos geführten Prozesses* durch die AG²⁰; die Y. Beteiligungen AG wies ursprünglich ein Eintragungsgesuch

meist noch emotionalisierte Angstrefflexe («räuberische Aktionäre» o.Ä.) geschürt, wie vor einigen Jahren beispielsweise bei den Auseinandersetzungen um Implenla, Sulzer oder Valora (hierzu: Peter V. Kunz, Die Vinkulierung als Geheimwaffe gegen unfreundliche Übernahmeversuche, NZZ Nr. 268 [2007] 33).

¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. B.b. cc.

¹⁵ Zum Urteil immerhin: Michel Hopf, Gesellschaftsrecht (...), ST 87 (2013) 217 f.; Markus Felber, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 109 (2013) 143 ff.

¹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. B.a.

¹⁷ Allg.: Peter V. Kunz, Das Einberufungsrecht für GV sowie weitere Aktionärsrechte zwischen Hammer und Amboss von Managementwillkür und Rechts(un)sicherheit, in: Jusletter 19. November 2007, *passim*.

¹⁸ BGE 139 III 24: Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2012 vom 20. November 2012 sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, zur Publikation vorgesehen.

¹⁹ Die amtliche Version des Entscheids geht einzig auf die materiellrechtlichen Themen und z.B. nicht auf die Prozessgeschichte ein; bei der betroffenen AG ging es um die *Reishauer Beteiligungen AG*, und Klägerin war die *Lorze AG*: NZZ Nr. 9 (2013) 33.

²⁰ Als *Schaden* geltend gemacht wurden konkret die Gerichtsgebühren, die Parteientschädigungen, die Anwaltskosten sowie die Expertenonorare (im Eintragungsverweigerungsprozess): BGE 139 III 25 Erw. 2.2.

eines Aktienkäufer ab, was in einem Verfahren in der Folge als illegal qualifiziert wurde²¹.

[Rz 15] Basiert war die Klage auf Art. 756 OR. Es ging um zwei *Beschlussfassungen* hinsichtlich der Prozessführung der Y. Beteiligungen AG, die im Urteil nicht weiter unterschieden werden, nämlich die «Entscheide, sich der Klage auf Eintragung zu widersetzen und das Urteil des Handelsgerichts mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anzufechten»²². Die Vorinstanz, also das Obergericht des Kantons Zürich, *bejahte* die Verantwortlichkeit der Beklagten²³, und das *Bundesgericht bestätigte* dieses Urteil²⁴.

bb) Rechtliches

aaa) Schaden

[Rz 16] Im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR bestehen vier *Haftungsvoraussetzungen*, nämlich – im vorliegenden Fall im Vordergrund stehend – eine Pflichtwidrigkeit²⁵, doch darüber hinaus zusätzlich ein Verschulden²⁶, ein Kausalzusammenhang²⁷ sowie ein *Schaden*. Die Y. Beteiligungen AG wurde dadurch geschädigt, dass sie den Prozess über ihre Eintragungsverweigerung verlor, was zu einem *indirekten Gesellschafterschaden* führte²⁸.

[Rz 17] Schadensberechnungen erweisen sich bei Verantwortlichkeitsverfahren regelmässig als heikel und als umstritten – nicht so im konkreten Verfahren. Als *Schadenselemente* wurden «im Wesentlichen»²⁹ vier *Kostenfaktoren* betrachtet, und zwar sowohl für die Vorinstanz als auch für das Rechtsmittelverfahren: Gerichtsgebühren, Parteientschädigungen an die Gegenseite, eigene Anwaltshonorare sowie schliesslich Expertenkosten (v.a. für Gutachten)³⁰.

bbb) Grundsätzliches

[Rz 18] Einleitend stellt das Bundesgericht seine langjährige

Praxis gemäss Art. 717 Abs. 1 OR dar³¹. Dabei wird zur Treuepflicht unterstrichen, dass die VR-Mitglieder ihr «Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten» müssen, und ausserdem hält das Bundesgericht fest, dass für die Sorgfaltspflicht ein «objektiver Massstab» zur Anwendung gelangt; in Bezug auf Sorgfaltspflichtverletzungen wird eingeräumt, dass im Nachhinein jedermann klüger ist³².

[Rz 19] Es war zudem darüber zu befinden, «ob der Entschluss des Verwaltungsrates, die Eintragungsfrage gerichtlich entscheiden zu lassen, pflichtwidrig gefällt wurde»³³. Das zentrale Prinzip leitet die massgebliche bundesgerichtliche Erwägung ein: «Die missbräuchliche Führung eines Gerichtsverfahrens *kann* grundsätzlich einen *Verstoss gegen die Treuepflicht* nach Art. 717 Abs. 1 OR darstellen»³⁴ – doch verschiedene Kriterien sind zu berücksichtigen³⁵.

ccc) Kriterien

[Rz 20] Zum äusseren Rahmen des Zulässigen hält das Bundesgericht fest: «Erscheint ein Prozess *von vornherein als aussichtslos*, muss mit entsprechenden Kostenfolgen im Falle des Unterliegens gerechnet werden, was dem Gesellschaftsinteresse zuwiderläuft»³⁶. Der VR hat eine *Abklärungspflicht*: «Der Verwaltungsrat hat – nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen – die Prozesschancen sorgfältig abzuklären»³⁷.

[Rz 21] Immerhin begründet eine *Verfahrensniederlage als solche* (noch) keine Verantwortlichkeitsansprüche: «So kann nicht einfach von der später erkannten Rechtsmissbräuchlichkeit einer Handlung eo ipso auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der Prozessführung über diese Handlung geschlossen werden (...). Ein solcher Automatismus darf nicht Platz greifen. Vielmehr ist im Einzelfall abzuklären, ob es im Lichte der gegebenen Umstände und Prozessrisiken vertretbar erscheint, dass der Verwaltungsrat den Rechtsweg beschreitet»³⁸.

[Rz 22] Nebst den von vornherein aussichtslosen Prozessen trifft der bundesgerichtliche Bannstrahl weitere Verfahren: «[D]as Gesellschaftsinteresse [verbietaet zudem], Prozesse zu führen, mit denen *nicht ein im Gesellschaftsinteresse*

²¹ Dieser Aktienkäufer klagte einerseits auf Eintragung der vinkulierten Aktien und – in der Folge – andererseits zusätzlich auf Verantwortlichkeit der VR-Mitglieder; die *Eintragungsverweigerung* der AG bzw. des VR ist «nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgt und [hat] gegen das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre sowie gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen»; BGE 139 III 24 Marginale zu Erw. 3.

²² BGE 139 III 25 Erw. 3.1. a.E.

²³ Urteil vom 11. Mai 2012 vom Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer): LB110042-O/U und damit vereinigt LB110043.

²⁴ BGE 139 III 30 Erw. 3.6.

²⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. B.a. bb. bbb./ccc.

²⁶ Ohne vertiefte Auseinandersetzung *bejahte* das Bundesgericht die Verantwortlichkeitsvoraussetzung des *Verschuldens*, weil eine leichte Fahrlässigkeit genüge; BGE 139 III 30 Erw. 3.5.

²⁷ Auf diesen Aspekt ging das Bundesgericht überhaupt nicht ein.

²⁸ BGE 139 III 25 Erw. 3.1.

²⁹ BGE 139 III 25 Erw. 3.1.

³⁰ Das Urteil bleibt in diesem Bereich relativ oberflächlich, indem etwa nichts darüber ausgesagt wird, ob *sämtliche* Kostenfaktoren *im vollen Umfang* betroffen sind – oder ob Differenzierungen vorzunehmen sind.

³¹ BGE 139 III 26 Erw. 3.2.

³² Aus diesem Grund hat eine «ex ante Betrachtung» stattzufinden: BGE 139 III 26 Erw. 3.2.

³³ BGE 139 III 26 Erw. 3.1. a.E.

³⁴ BGE 139 III 26 Erw. 3.3. a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. B.a. bb. ccc.

³⁶ BGE 139 III 27 Erw. 3.3.; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁷ BGE 139 III 27 Erw. 3.3.; die Beurteilung erfolgt *nicht ex post*, sondern generell *ex ante*, und allein «aufgrund des späteren Unterliegens im Prozess kann nicht auf eine Unterlassung der sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen geschlossen bzw. der Entscheid über die Prozessführung als pflichtwidrig beurteilt werden» (a.a.O.).

³⁸ BGE 139 III 27 Erw. 3.3.

liegendes Ziel verfolgt wird»³⁹. Im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsklagen ist m.a.W. zu fragen, ob die Mitglieder des VR «hinreichende Gründe zur Annahme hatten, dass ihr Standpunkt obsiegen könnte»⁴⁰.

[Rz 23] Insbesondere wird – als Beispiel – die Absicht des VR, den *Einfluss eines Minderheitsaktionärs zurückzudrängen*, nicht als Gesellschaftsinteresse qualifiziert⁴¹. Zudem – als zweites Beispiel – genügt es zur Wahrung der Interessen der AG nicht, dass der VR *schädliche Geschäftspolitik befürchtet* und deshalb eine Aktionärs- bzw. Minderheitenseintragung verweigert⁴². Der Aktionärs- bzw. Minderheitenschutz wird immer wieder durch *endloses Prozessieren* in Frage gestellt, was mit BGE 139 III 24 potentiell geändert werden könnte!

cc) Streitwertberechnung

[Rz 24] In der Schlusserwägung setzt sich das Bundesgericht mit *Art. 93 Abs. 1 ZPO* und mit der *Streitwertberechnung bei Solidarschuldern* (sc. fünf VR-Mitglieder als Beklagte gemäss *Art. 754 Abs. 1 OR* i.V.m. *Art. 759 OR*) auseinander⁴³. Im konkreten Verfahren wurde ein Schaden in Höhe von total etwas mehr als CHF 1,2 Mio. geltend gemacht. Weil die *Klage gegen fünf Personen* gerichtet war, wurde der Streitwert durch die Vorinstanz auf knapp CHF 5 Mio. festgelegt, d.h. mittels einer *Zusammenrechnung* der fünf Einzelklagen.

[Rz 25] Das Bundesgericht lehnte – trotz Bestehen einer einfachen Streitgenossenschaft – eine Zusammenrechnung ab: «Dass jeder Solidarschuldner grundsätzlich das Ganze schuldet, ändert nichts daran, dass keine Mehrheit verschiedener Begehren vorliegt, die zusammengerechnet werden könnten. (...) Eine Zusammenrechnung der Beträge, in deren Umfang die einzelnen Beklagten für die Klageforderung solidarisch haften, darf daher nicht erfolgen»⁴⁴. Durch mehrere Solidarschuldner wird der wirtschaftliche Wert der Forderung nicht erhöht⁴⁵.

b. Bemerkungen

aa) Weckruf

[Rz 26] BGE 139 III 24 dürfte für nicht wenige VR-Mitglieder einen *Weckruf* darstellen, und zwar nicht zuletzt bei an den Börsen kotierten Publikumsgesellschaften. Jedermann muss klar sein (oder werden), dass zur *Verfolgung von Eigeninteressen*, und dazu gehört z.B. die «Jobsicherung» durch

prozessuale Blockierung eines Kontrollwechsels, nicht die Geschäftskasse verwendet werden darf, was eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein müsste.

[Rz 27] Als alleiniger Massstab muss für den VR einer AG immer «*seine*» *Gesellschaft* gelten: «Unter dem Blickwinkel der Treupflicht nach *Art. 717 OR* ist ausschlaggebend, ob die Prozessführung im *Gesellschaftsinteresse* lag oder nicht»⁴⁶. Oftmals ist dies leichter gesagt (oder geschrieben) als getan, d.h. ein gewisses Ermessen des VR muss bestehen!

[Rz 28] Es können leider *keine generellen Aussagen* zu allfälligen Grenzen dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung gemacht werden, und es bleibt in diesem Zusammenhang eine nicht unerhebliche *Rechtsunsicherheit* bestehen. Besonders beunruhigend für VR-Mitglieder dürfte zudem sein, dass ein «klassisches» Verteidigungsmittel, nämlich die sog. Business Judgment Rule⁴⁷, im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangte – sogar trotz professoraler Gutachten.

bb) Ausgewählte Aspekte

[Rz 29] Die VR-Mitglieder übernehmen *keine Garantiefunktion* zugunsten der AG, für die sie Organfunktionen ausüben. Das Bundesgericht will mit BGE 139 III 24 *nichts Unmögliches* von VR verlangen, sondern transferiert sozusagen den «gesunden Menschenverstand» in den Bereich von Prozessen rund um die AG. Dass dabei die *Gesellschaftsinteressen* im Vordergrund stehen (müssen)⁴⁸, dürfte eigentlich für kein VR-Mitglied überraschend sein!

[Rz 30] Die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Verantwortlichkeit des VR bei erfolglosen Verfahren können insofern *verallgemeinert* werden, dass sie *expansiv ausgelegt* werden. Aus diesem Grund ist beispielsweise keine Unterscheidung zwischen Behördenverfahren⁴⁹ einerseits oder Gerichtsverfahren⁵⁰ andererseits zu machen; ausserdem können diese Leitlinien ebenfalls Geltung in allen Rechtsmittelverfahren⁵¹ beanspruchen. Prinzipiell nicht unterschieden

³⁹ BGE 139 III 27 Erw. 3.3.; Hervorhebung hinzugefügt.

⁴⁰ BGE 139 III 28 Erw. 3.4.

⁴¹ BGE 139 III 28 Erw. 3.4.

⁴² BGE 139 III 28 Erw. 3.4.: «Ohnehin vermögen blosser Befürchtungen das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre und das Rechtsmissbrauchsverbot nicht aufzuwiegen».

⁴³ BGE 139 III 30 ff. Erw. 4.

⁴⁴ BGE 139 III 32 Erw. 4.3.; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴⁵ BGE 139 III 32 Erw. 4.3.

⁴⁶ BGE 139 III 29 f. Erw. 3.4.; Hervorhebung hinzugefügt.

⁴⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. B.b. cc.

⁴⁸ *Unzulässig* sind Verfahren indes nur für den Fall, dass *ausschliesslich Eigeninteressen von VR-Mitgliedern* verfolgt werden (beispielsweise die erwähnte «Jobsicherung» in Übernahmekonstellationen); wenn hingegen die *Gesellschaftsinteressen überwiegen*, obwohl der VR *ebenfalls* ein Interesse am Verfahren hat, also wenn es «Überschneidungen» gibt, scheint ein positiver Prozessentscheid ohne weiteres zulässig.

⁴⁹ Es spielt keine Rolle, auf welcher Grundlage ein solches Verfahren abläuft (Arbeitsbewilligungen, Steuerveranlagungen, Baubewilligungen etc.); im Zusammenhang mit Streitigkeiten betreffend Kontrollwechsel in Publikumsgesellschaften stehen wohl meist *Verfahren vor der Übernahmekommission* im Vordergrund, basierend auf Börsen- bzw. Übernahmerecht.

⁵⁰ Im Aktienrecht – als Beispiel – geht es nicht allein um Vinkulierungsklagen, sondern ebenfalls z.B. um Anfechtungsklagen, um Nichtigkeitsklagen, um Rückforderungsklagen oder um Informationsklagen.

⁵¹ Relativ heikel dürfte immerhin die Konstellation sein, dass die *Gesellschaft* in der *Vorinstanz verliert*; in einem solchen Fall bedarf es guter Gründe, um das Verfahren weiterzuziehen, d.h. die gesamte Prozessstrategie

werden muss schliesslich nach der Aktivseite oder der Passivseite von Verfahren⁵².

[Rz 31] In der schweizerischen Wirtschaftsrealität der letzten Jahre waren mehrfach heftige «*Abwehrschlachten*» (inklusive einer Vielzahl von Prozessen) um die Beherrschung von Publikumsgesellschaften zu beobachten, die nicht im Interesse der betroffenen Gesellschaften stehen konnten. Entsprechende *Verfahren der AG* müssen sich künftig an BGE 139 III 24 messen lassen. Eine «Ausweitung» dieser Leitlinien des Bundesgerichts sollte jedoch ebenfalls auf *Streitigkeiten ausserhalb von Verfahren* vorgenommen werden⁵³.

[Rz 32] Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall eine *Kostendifferenzierung gänzlich unterlassen*. Nichtsdestotrotz darf nicht übersehen werden, dass – je nach konkretem Sachverhalt – gewisse Kosten zulässig und andere Kosten unzulässig sein können; ausserdem könnten Kosten zumindest teilweise als in Einklang mit Art. 717 OR eingestuft werden. Es geht also weder um «weiss» oder «schwarz», sondern eher um «hellgrau» oder «dunkelgrau».

[Rz 33] Bei sämtlichen Verfahren einer AG haben die VR-Mitglieder eine eigentliche *Abklärungspflicht* betreffend Prozesschancen, und zwar «nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen»⁵⁴. Dadurch dürfte die *juristische «Gutachterbranche»* in Zukunft erblühen; allerdings helfen Gutachten nur, wenn sich die Experten nicht in allgemeinen Ausführungen verlieren, sondern konkrete Antworten auf konkrete Fragen geben⁵⁵.

cc) Ceterum censeo

[Rz 34] Das Bundesgericht wendet seit langer Zeit die *Business Judgment Rule* (BJR)⁵⁶ bei verschiedenen aktienrechtlichen Klagen (insbesondere, aber nicht ausschliesslich bei Verantwortlichkeitsklagen) an. In Teilen der Lehre – v.a. durch

den Unterzeichner⁵⁷ – wird die *praxisorientierte BJR* kritisiert, was das höchste Gericht kaum zu interessieren scheint⁵⁸:

[Rz 35] «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (...)»⁵⁹.

[Rz 36] Die Praktiker – und dazu gehören nicht zuletzt die Gerichte – lieben bzw. schätzen die BJR, weil sie sich dadurch immer wieder legaliter «*aus der Verantwortung stehen*» können. Im vorliegenden Fall konnte jedoch nicht einmal mehr die BJR zur Verteidigung dienen, weil die *Interessenkonflikte* der betroffenen VR-Mitglieder als gegeben betrachtet wurden.

Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center, Washington D.C.) ist ordentlicher Professor für nationales und internationales Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern und amtiert als Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); ein Forschungsschwerpunkt liegt im Aktienrecht. Er betreut für Jusletter die Redaktion «Wirtschaftsrecht».

* * *

muss vom VR noch einmal ernsthaft hinterfragt bzw. überprüft werden.

⁵² Zwar dürfte Art. 717 OR für die meisten VR-Mitglieder bei der Einleitung eines Verfahrens (sc. Aktivseite) etwas offensichtlicher sein, doch prinzipiell genau gleich verhält es sich, wenn ein Verfahren gegen die AG eingeleitet wurde (sc. Passivseite); im zweiten Fall kann Art. 717 OR etwa nahelegen, einen *Vergleich* anzustreben.

⁵³ Kosten zu Lasten der Gesellschaft entstehen oftmals bereits vor den Verfahren, nämlich etwa durch den Beizug von *Rechtsanwälten* oder – besonders beliebt zur Emotionalisierung – von «*Medienexperten*» (PR-Agenturen etc.).

⁵⁴ BGE 139 III 27 Erw. 3.3.

⁵⁵ Im konkreten Fall wurden zwar «Gutachten von zwei Rechtsprofessoren» verwendet, doch äusserten sie sich eben gerade nicht zu den *massgeblichen Fragen*: BGE 139 III 29 Erw. 3.4.

⁵⁶ Es handelt sich bei der BJR – sowohl in der Schweiz als auch in den meisten ausländischen Rechtsordnungen – im Wesentlichen um ein praxisorientiertes Prinzip der Rechtsanwendung, dessen Handhabung eine *richterliche Zurückhaltung bei Geschäftsführungsentscheiden* des VR nahelegt bzw. sogar gebietet, sofern gewisse (meist unklar umschriebene Voraussetzungen) erfüllt werden.

⁵⁷ Als Beispiel: Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 6 N 115 ff. m.w.H.; der Unterzeichner wird auf die Thematik in naher Zukunft detaillierter eingehen.

⁵⁸ Insbesondere ist nach wie vor *keine methodische «Rechtfertigung»* zu erkennen – der Praxisbedarf allein darf zur legalen Legitimation (noch) nicht ausreichen; es bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht irgendeinmal in Zukunft zu dieser Grundfrage äussern wird!

⁵⁹ BGE 139 III 26 Erw. 3.2. a.E.