

Zur «doppelten Klagegrundlage» des Gläubigers bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt (Zürich)

Die Aktienrechtsreform hat auch das Recht der Verantwortlichkeit von Organen in verschiedenen Punkten abgeändert. Ungeklärt blieb die umstrittene und praktisch bedeutsame Frage nach der Rechtsnatur der Gläubigerklage. Dazu nimmt der folgende Beitrag Stellung. *Fo.*

La révision du droit de la société anonyme a également touché, en divers points, la responsabilité des organes. La nature juridique de l'action intentée par un créancier est toujours controversée. L'auteur la discute dans cet article. *Hj. P.*

I. Ausgangssituation nach früherem Aktienrecht

1. Unter dem bis am 30. Juni 1992 geltenden Aktienrecht (aOR) tauchte im Zusammenhang mit den aktienrechtlichen *Verantwortlichkeitsansprüchen* aus Verwaltung/Geschäftsführung¹ der Begriff der *Abtretung* mit verschiedenen Inhalten auf: Es wurde zwischen der «eigentlichen Abtretung»², der «betriebsrechtlichen Abtretung»³ sowie schliesslich der «aktienrechtlichen Abtretung»⁴ unterschieden.

2. Lange Zeit umstritten war – insbesondere in der Lehre – das *Verhältnis* der «Abtretungen» von Art. 260 SchKG und Art. 756 Abs. 2 aOR. Mit diesem Streit wurde sogleich die Basis gelegt für die zentrale Diskussion über die sog. *Rechtsnatur*⁵ der Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit; hierbei wird die

Frage gestellt: Macht bei mittelbarer Schädigung⁶ der Verantwortlichkeitskläger – also insbesondere der Aktionär bzw. nach Konkurs der AG (Art. 758 aOR) allenfalls auch der Gläubiger – den Anspruch der *Gesellschaft* («aus dem Recht der AG») oder aber den eigenen, d. h. denjenigen des *Gesellschafters* oder des *Gesellschaftsgläubigers* («aus eigenem Recht») geltend?⁷

3. In der *Doktrin* fanden sich schliesslich drei absolut konträre Meinungen⁸ zur Rechtsnatur. Das *Bundesgericht* sprach sich hingegen – wenn auch unterschiedlich deutlich – seit jeher für materielle Forderungen, also für Ansprüche «aus eigenem Recht» aus⁹; es bestätigte wiederholt, dass beim Gläubiger¹⁰ von einer sog. «doppelten Klagegrundlage»¹¹ auszugehen sei: «Ce sont (Art. 260 SchKG / Art. 756 Abs. 2 aOR) là des actions distinctes, soumises chacune à des règles et à des conditions propres»¹².

4. Mit *BGE 117 II 432* vollzog das höchste Gericht jedoch eine radikale – und heute selbst unter Bundesrichtern umstrittene – Kehrtwendung. Die über-

⁶ Beim seltenen Fall eines *unmittelbaren* Schadens entsteht unbestrittenermassen ein materieller Anspruch und nicht ein blosses Prozessführungsrecht; zu den Schadensformen statt vieler: *Emil Frick*: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1953).

⁷ Die Antwort auf diese Frage war bzw. ist noch immer entscheidend für die *Einredenordnung*: Vgl. dazu hinten III.

⁸ Übersicht bei *Kunz* (Fn. 5) 74 ff.; eine vermittelnde, auf den «caractère hybride» der Verantwortlichkeitsklage gestützte Meinung vertrat *Pierre Tercier*: La responsabilité des administrateurs, in: vol. 8 CEDIDAC (2. A. Lausanne 1987) 21.

⁹ Als amtlich publizierte Urteile zu erwähnen: BGE 82 II 48, 83 II 57, 86 III 154, 93 III 59, 111 II 182, 111 II 373, 113 II 277.

¹⁰ Es geht hier also *nicht* etwa um den *Aktionär*, weil dieser als solcher nicht «betriebsrechtlicher» Abtretungsgläubiger sein kann; Art. 260 Abs. 1 SchKG: «Jeder Gläubiger ist berechtigt (...)».

¹¹ Gemäss Art. 260 SchKG wurde also der *Gesellschaftsanspruch*, gemäss Art. 756 Abs. 2 aOR hingegen der *Aktionärs-* bzw. *Gläubigeranspruch* einverlangt. Immerhin sollte in aller Regel die «betriebsrechtliche» zugleich die «aktienrechtliche» Abtretung umfassen, was die Problematik erheblich entschärfte: BGE 93 III 62 ff. Erw. 1, 113 II 279 f. Erw. 4; hierzu bereits: *Peter Forstmoser*: Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs, SAG 58 (1986) 75.

¹² BGE 111 II 183 Erw. 3. a. a. E.; vgl. auch BGE 111 II 374 f. Erw. 4. b., 113 II 277.

¹ Art. 754 ff. aOR.

² Der Verantwortlichkeitsanspruch ist nicht höchstpersönlich (BGE 82 II 56) und kann somit gemäss Art. 164 ff. OR zediert werden.

³ Art. 260 Abs. 1 SchKG: «Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung (der) Rechtsansprüche der Masse zu verlangen (...)»; vgl. *Ralf C. Schlöpfer*: Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs (Diss. Zürich 1990).

⁴ Art. 756 Abs. 2 aOR: «Verzichtet (die Konkursverwaltung) darauf, so ist jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt, die Abtretung des Anspruches zu verlangen»; vgl. *Peter Forstmoser*: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987) § 1 N 56 ff.

⁵ Unter Rechtsnatur wird in diesem Zusammenhang *nicht* etwa die Thematik der *Verschuldensbeweislast* im Verantwortlichkeitsprozess verstanden, die zum Teil ebenfalls unter dem Stichwort «Rechtsnatur» abgehandelt wird: *Forstmoser* (Fn. 4) § 1 N 131 ff./337 ff.; zur Abgrenzung: *Peter V. Kunz*: Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (Diss. Bern 1993) 11 ff.

raschende Praxisänderung betraf sowohl die Rechtsnatur¹³ als auch die «doppelte Klagegrundlage»¹⁴. Das Urteil wurde betreffend Rechtsnatur/Einredenordnung von der Lehre zwar heftig und fast einmütig kritisiert¹⁵, fand allerdings beim Abrücken von der «doppelten Klagegrundlage» auch Unterstützung¹⁶.

5. Diese späte, noch zum aOR erfolgte Rechtsprechungsänderung war indes nicht gerechtfertigt, beruhte doch schon die frühere Ordnung¹⁷ beim Gläubigeranspruch klarerweise auf der «doppelten Klagegrundlage»¹⁸: Bei Art. 260 SchKG ging und geht es nämlich unbestrittenermassen um die Ansprüche, die der *Gesellschaft* als solcher zustehen¹⁹, gemäss Art. 756 Abs. 2 aOR hingegen waren – unter anderem am gesetzgeberischen Willen erkennbar – der *Aktionär/Gläubiger* selber materiell berechtigt²⁰. Die Verschiedenheit der beiden Anspruchsgrundlagen war etwa daran ersichtlich, dass (1) das Aktienrecht für die «Abtretung» gemäss Art. 756 Abs. 2 aOR keine *zeitliche Beschränkung* kannte²¹, und dass (2) der *Aktionär* als solcher – anders als bei der «aktienrechtlichen Abtretung» – von Art. 260 SchKG *ausgeschlossen* wurde²².

II. Änderung mit dem revidierten Aktienrecht?

1. Mit dem revidierten Aktienrecht sind auch einige gewichtige Änderungen im Verantwortlichkeitsrecht

verbunden²³, die an dieser Stelle nicht weiter interessieren. Für die hier zu behandelnde Thematik gilt es immerhin zu erwähnen, dass die «*aktienrechtliche Abtretung*» gemäss Art. 756 Abs. 2 aOR ersatzlos dahinfällt. Erforderlich ist nunmehr nur noch ein *Verzicht der Konkursverwaltung* auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche²⁴; damit wird die Diskussion zum Verhältnis «aktienrechtliche/betriebsrechtliche Abtretung» obsolet.

2. Trotzdem bleibt die Frage im Raum stehen, ob unter geltendem Aktienrecht beim Gläubigeranspruch weiterhin von einer «*doppelten Klagegrundlage*»²⁵ auszugehen sei. Die noch junge Doktrin zur revidierten Verantwortlichkeitsordnung *bejaht* die Frage mehrheitlich²⁶.

3. Art. 757 Abs. 3 OR hält fest: «Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs»²⁷. Diese Bestimmung ist nun wie folgt *auszulegen*:

a) Der Gesetzgebungsgeschichte, also dem *historischen* Auslegungselement kommt zumindest dann besonderes Gewicht zu, wenn es sich – wie bei der revidierten Aktienrechtsordnung – um ein noch junges Gesetz handelt²⁸. Und die Materialien sind hier wohl eindeutig: Zwar blieb die Arbeitsgruppe *von Greyerz* noch etwas vage²⁹, und die Botschaft³⁰ schwieg sich zur konkreten Problematik gänzlich aus³¹; die *ständerrätliche Kommission*³² indes nahm für

¹³ In Anlehnung an *Raschein* (Fn. 18) 357–367 sollten die Klagen der Konkursverwaltung bzw. der Gläubiger nunmehr «aus dem Recht der Gläubigersamtheit» abgeleitet werden; BGE 117 II 439 ff. Erw. 1. b. ee.–hh.

¹⁴ Art. 756 Abs. 2 aOR verlor seine selbständige Bedeutung und wurde plötzlich nur noch als «Anwendungsfall von Art. 260 SchKG» betrachtet; BGE 117 II 440 f. Erw. 1. b. ff./hh.

¹⁵ Hinweise bei *Kunz* (Fn. 5) 71 ff.; als Ausnahme zu erwähnen: *Wolfgang Zürcher*: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern (Diss. Zürich 1992) 156 f.

¹⁶ So insbesondere bei *Stephen V. Berti*: Aktienrecht – Verantwortlichkeitsklage, SZW 64 (1992) 76 f.

¹⁷ Die geltende Ordnung wird hinten II. darzustellen sein.

¹⁸ Gleicher Meinung etwa schon *Forstmoser* (Fn. 4) § 1 N 106 ff.; a. M. aber insbesondere *Rolf Raschein*: Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: FS 100 Jahre SchKG (Zürich 1989) 358/361 ff.; zur Gesetzgebungsgeschichte: *Kunz* (Fn. 5) 64 f./81.

¹⁹ Vgl. etwa BGE 64 II 227 Erw. 3. d., 106 II 145, 111 II 83 Erw. 3. a.; auch PKG 1991 52 Erw. 3. b. a. E.; *Schlüpfer* (Fn. 3) 48 f.

²⁰ *Forstmoser* (Fn. 4) § 1 N 223 ff.; *Kunz* (Fn. 5) 76 ff., 82 ff. – je m. w. H.

²¹ Bezüglich Art. 260 SchKG vgl. hingegen Art. 48 KOV (SR 281.32).

²² Vgl. hierzu *Kunz* (Fn. 5) 81 f. Ziff. 1/2.

²³ *Peter Forstmoser*: Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 65 (1991) 536–541, *Peter Böckli*: Das neue Aktienrecht (Zürich 1992) N 1968–2031.

²⁴ Art. 757 Abs. 2 OR: «Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt.»

²⁵ Das hiesse: Gläubigeranspruch – zwar ohne «Abtretung», aber nach Verzicht der Konkursverwaltung – gestützt auf das *Aktienrecht*, Gesellschaftsanspruch – nach «Abtretung» gemäss Art. 260 SchKG – gestützt auf das *Betriebsrecht*.

²⁶ *Forstmoser* (Fn. 23) 538; *Böckli* (Fn. 23) N 2010; *Kunz* (Fn. 5) 82/97; *Georg Rauber*: Der mittelbare Gläubigerschaden (...), in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zürich 1993) 167 f.; a. M. *Berti* (Fn. 16) 79.

²⁷ Skeptisch: *Peter Nobel*: Aktienrechtliche Entscheide (2. A. Bern 1991) 355 f.

²⁸ Statt vieler etwa: BGE 117 II 447 Erw. 3 m. w. H.

²⁹ Protokolle der Arbeitsgruppe, 608.

³⁰ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983: BBl 1983 II 745–949.

³¹ Immerhin gab der Bundesrat zu erkennen, dass auch weiterhin von einem materiellen Gläubigeranspruch («aus eigenem Recht») – und somit (implizit) von der «doppelten Klagegrund-

die «doppelte Klagegrundlage» unzweideutig Stellung, was das Parlament schliesslich stillschweigend akzeptierte³³.

Dieser klare gesetzgeberische Wille («pro futuro») wurde vom Bundesgericht, das laufenden – und erst recht bereits abgeschlossenen – Gesetzesrevisionen regelmässig grosse Beachtung bei der Anwendung von (noch) geltendem Recht schenkt³⁴, mit dem erwähnten BGE 117 II 432 völlig verkannt³⁵.

b) *Systematisch* stellt Art. 757 Abs. 3 OR («Vorbehalt») eine Verweisung dar, die an sich überflüssig wäre, weil sie bloss wiederholt, was ohnehin gilt: nämlich, dass nebst der Geltendmachung des Anspruchs gemäss Art. 757 Abs. 1/2 OR auch noch die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG möglich ist. Art. 757 Abs. 3 OR hat somit nur deklaratorische, keine konstitutive Bedeutung³⁶.

4. Somit steht meines Erachtens zusammenfassend fest: Der mittelbar geschädigte Aktionär/Gläubiger klagt im Gesellschaftskonkurs gemäss Art. 757 Abs. 1/2 OR den ihm/ihnen persönlich zustehenden Verantwortlichkeitsanspruch³⁷ ein, während der Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG/Art. 757 Abs. 3 OR ausschliesslich den Gesellschaftsanspruch³⁸ geltend macht. Das Bundesgericht müsste deshalb auf BGE 117 II 432 zurückkommen und unter geltendem Aktienrecht erneut von einer «doppelten Klagegrundlage» beim Gläubigeranspruch ausgehen.

lage» – auszugehen sei; vgl. Botschaft (Fn. 30): BBl 1983 II 937 (Sonderdruck, 193). Der Textvorschlag für Art. 757 Abs. 3 OR stammte zudem aus der Bundesverwaltung.

³² Sitzung vom 5. November 1987: Protokolle StR-Kom. zum OR (1. Lesung) 423 ff., v. a. 424.

³³ Amtl. Bull. StR 1988 525; Amtl. Bull. NR 1990 1389.

³⁴ Zu dieser «Vorwirkung» jüngst etwa: BGE 118 II 466 f. Erw. 4. b.

³⁵ Das Urteil negiert nämlich seit Ende 1991 die «doppelte Klagegrundlage» beim Gläubigeranspruch: Vgl. dazu vorne I. 4.

³⁶ Kunz (Fn. 5) 97; unklar scheint noch, ob BGE 113 II 279 f. Erw. 4 – vgl. dazu vorne (Fn. 11) – für das neue Aktienrecht bedeutsam bleibt – dies bejahend: Zürcher (Fn. 15) 156 Anm. 768.

³⁷ Sog. Anspruch «aus eigenem Recht».

³⁸ Sog. Anspruch «aus dem Recht der AG».

III. Folgerung für die sog. Einredenordnung

Die «doppelte Klagegrundlage» hat gewichtige, praktische Konsequenzen für die sog. *Einredenordnung* («Wem können gestützt auf welche Rechtsgrundlagen grundsätzlich welche Einreden entgegengehalten werden?»)³⁹:

a) Die *Décharge* (Entlastung), die den Gesellschaftsanspruch und unter Umständen den Aktionärsanspruch untergehen lässt (Art. 758 OR), kann niemals dem Gläubiger im Wege stehen, der gemäss Art. 757 Abs. 1/2 OR («aus eigenem Recht») klagt, sehr wohl aber demjenigen, der sich auf Art. 260 SchKG/Art. 757 Abs. 3 OR⁴⁰ beruft⁴¹.

b) Bei der Einrede «*volenti non fit iniuria*» ist zu bedenken, dass der Gläubiger der «betriebsrechtlichen Abtretung» zwar an die Einwilligung der Gesellschaft⁴² gebunden ist, bei Vorgehen nach Art. 757 Abs. 1/2 OR hingegen nur an die eigene Zustimmung⁴³.

c) Der von der AG mit einem (potentiell) verantwortlichen Verwaltungsrat geschlossene *Vergleich* «wirkt» – anders als unter Umständen beim Aktionär⁴⁴ – niemals beim nicht-zustimmenden Gläubiger für dessen Verantwortlichkeitsanspruch gemäss Art. 757 Abs. 1/2 OR, sehr wohl aber beim Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG/Art. 757 Abs. 3 OR⁴⁵.

³⁹ Dies ist im folgenden an einigen zentralen Einreden *beispielhaft* aufzuzeigen.

⁴⁰ Hier geht es um ein Prozessführungsrecht für die *Gesellschaft*.

⁴¹ Zum aOR: *Forstmoser* (Fn. 4) § 1 N 474; *Kurt Jean Gross*: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1990) 247; zum geltenden OR: *Kunz* (Fn. 5) 158.

⁴² Diese kann insbesondere erfolgen durch (1) Wissensvertretung, (2) wenn alle Aktionäre bzw. der Alleinaktionär den schädigenden Tatbestand kennen / «billigen», oder (3) wenn der Verwaltungsrat nur einen GV-Beschluss ausführt.

⁴³ *Kunz* (Fn. 5) 149, 151 f. – je m. w. H.

⁴⁴ Beim *Gesellschafteranspruch* wird die analoge Anwendung der Regelung zur *Décharge* diskutiert, statt vieler: *Forstmoser* (Fn. 4) § 1 N 490 ff. m. w. H.; *Schläpfer* (Fn. 3), 143; *Patrick Hünerwadel*: Der aussergerichtliche Vergleich (Diss. St. Gallen 1989) 83.

⁴⁵ *Kunz* (Fn. 5) 166 ff., v. a. 169 f.