



Thomas Jutzi\*

## Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen des Vergleichs in der Schweiz
  1. Elemente des Vergleichsvertrages
  2. Abgrenzungen
    - 2.1 Aussergerichtlicher und gerichtlicher Vergleich
    - 2.2 Klageanerkennung und -rückzug
  3. Vergleichsfähigkeit
- III. Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche
  1. Allgemeine Vergleichsfähigkeit von GmbH- und aktienrechtlichen Ansprüchen
    - 1.1 Subjektive Vergleichsfähigkeit
    - 1.2 Objektive Vergleichsfähigkeit
    - 1.3 Beispiele vergleichsfähiger und nicht vergleichsfähiger Ansprüche
  2. Vergleiche über Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der General- bzw. Gesellschafterversammlung
    - 2.1 Stand von Lehre und Rechtsprechung
    - 2.2 Eigene Stellungnahme
  3. Vergleiche über Auflösungsklagen
  4. Vergleiche über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder
    - 4.1 Ausgangslage
    - 4.2 Wirkung des Vergleichsabschluss ausser Konkurs der Gesellschaft
    - 4.3 Wirkung des Vergleichsabschluss im Konkurs der Gesellschaft
- IV. Schlussbemerkungen

### I. Einleitung

Als Mittel der privaten Streiterledigung kommt dem Vergleichsvertrag im schweizerischen Rechtsalltag eine grosse Bedeutung zu: Schätzungen zufolge werden ca. 70 % der gerichtlichen Prozesse durch Vergleich erledigt; zudem werden viele Konflikte bereits vor Prozessanhe-

bung verglichen<sup>1</sup>. Dies u.a. auch deshalb, weil die schweizerische Rechtsordnung im Allgemeinen sowie die Prozessrechtskodifikation im Besonderen vom Grundgedanken der Vertragsfreiheit bzw. Parteidisposition über den Streitgegenstand geleitet wird<sup>2</sup>, was zu einer fast unbegrenzten Anzahl von Ausgestaltungsmöglichkeiten des Vergleichsvertrags führt. Der Vergleichsvertrag – als «Hülle verschiedener Rechtsgeschäftstypen»<sup>3</sup> – kann grundsätzlich auch über gesellschaftsrechtliche Ansprüche abgeschlossen werden, wobei allerdings insbesondere im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und der Aktiengesellschaft (AG) die Vergleichsfähigkeit und/oder die Wirkungen des Vergleichs zum Schutz Dritter zumindest teilweise eingeschränkt werden<sup>4</sup>. Nach einer kurzen Darstellung der Grundlagen des Vergleichs werden nachfolgend diese gesellschaftsspezifischen Besonderheiten sowie generell die zulässigen Vergleichsmöglichkeiten und Vergleichsausgestaltungen über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche besprochen.

### II. Grundlagen des Vergleichs in der Schweiz

#### 1. Elemente des Vergleichsvertrages

Der Vergleichsvertrag wird in der Schweiz – im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen wie z.B. der von Deutschland<sup>5</sup> und Österreich<sup>6</sup> – vom Gesetzgeber

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor mit Tenure Track für Wirtschaftsrecht, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern. Überarbeitete und erweiterte Fassung eines anlässlich des «5. Deutsch-Österreichisch-Schweizerisches Symposium zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht» am 5. Juni 2014 in Hamburg gehaltenen Referats. Eine leicht überarbeitete Version dieses Beitrags ist auch zur Publikation im Tagungsband des Symposiums vorgesehen. Der Beitrag entstand mit grosser Unterstützung von RA MLaw Christoph Feuz, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

<sup>1</sup> Vgl. die Schätzungen bei MATTHIAS MAURER, Der Vergleichsvertrag, Diss. Zürich 2013, N 1 ff. m.w.H.; THIERRY LUTERBACHER, Die Schadensminderungspflicht, Diss. Zürich 2005, 55 ff., 150.

<sup>2</sup> Siehe dazu unten II.3.

<sup>3</sup> URS HOFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Bern 1985, 87.

<sup>4</sup> Vgl. unten III.2, III.3 und III.4.

<sup>5</sup> Das deutsche Recht definiert den Vergleich in § 779 Abs. 1 des BGB unter der Marginalie «Begriff des Vergleichs, Irrtum über die Vergleichsgrundlage» wie folgt: «(1) Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich) [...]».

<sup>6</sup> § 1380 ABGB hat den Vergleichsvertrag wie folgt erfasst: «Ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige, oder zweifelhaft Rechte dergestalt bestimmt werden, dass jede Partei sich wechsel-

weder definiert noch in umfassender Weise normiert<sup>7</sup>. Bei diesem Rechtsinstitut handelt es sich deshalb nach schweizerischem Rechtsverständnis um einen materiell-rechtlichen Innominatkontrakt<sup>8</sup>. Immerhin besteht eine Definition des Bundesgerichts, der sich die h.L. angeschlossen hat: «Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei [...]»<sup>9</sup>. Gestützt auf diese Umschreibung weist ein Vergleichsvertrag fünf Elemente auf: (i) (vorbestehendes) Rechtsverhältnis; (ii) Vertrag; (iii) Streit oder Ungewissheit; (iv) gegenseitige Zugeständnisse und (v) Beilegung des Streites bzw. der Ungewissheit<sup>10</sup>. Die Beilegung mittels Vergleich bedingt demzufolge begrifflich das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, selbst wenn dieses als solches strittig sein sollte<sup>11</sup>. Der Vergleich ist allerdings nicht akzessorisch zu diesem vorbestehenden Rechtsverhältnis, sondern ein eigenständiger Vertrag. Die Bezugnahme auf eine vorbestehende, rechtlich relevante Beziehung zeigt jedoch die grundsätzlich derivative Rechtsnatur des Vergleichs auf: Sein Zweck ist die Regelung strittiger oder unsicherer Rechte und Pflichten aus einem anderen Rechtsverhältnis<sup>12</sup>. Die mittels Vertrag begelegten Dif-

ferenzen können dabei tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein<sup>13</sup>. Zugeständnisse können u.a. in der Form neuer Verpflichtungen, der Gewährung einer Stundung, dem Verzicht auf eine Forderung bzw. auf die Fortsetzung der Betreuung oder als Schuldanerkennung erfolgen<sup>14</sup>.

## 2. Abgrenzungen

### 2.1 Aussergerichtlicher und gerichtlicher Vergleich

Sowohl Lehre als auch Rechtsprechung unterscheiden seit jeher zwischen dem aussergerichtlichen und dem gerichtlichen Vergleich<sup>15</sup>: Das schweizerische Bundesgericht betrachtet den aussergerichtlichen Vergleich als Grundform des Vergleichs und sieht den gerichtlichen Vergleich als eine besondere Ausprägung dieses materiell-rechtlichen Rechtsgeschäftes<sup>16</sup>, was zur Folge hat, dass der gerichtliche Vergleich sämtliche (materiell-rechtlichen) Begriffselemente des aussergerichtlichen Vergleichs beinhaltet<sup>17</sup>. Darüber hinaus sind beim aussergerichtlichen Vergleich spezifische prozessrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen<sup>18</sup>: Ein (aussergerichtlicher) Vergleich wird zum gerichtlichen Vergleich, wenn er dem Gericht zur Kenntnis gebracht wird<sup>19</sup>, d.h. er muss diesem entweder direkt zu Protokoll gegeben oder diesem separat eingereicht werden<sup>20</sup>. Die (rudimentäre) Verankerung des gerichtlichen Vergleiches in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>21</sup> führt zudem dazu, dass der gerichtliche Vergleich nebst seiner materiell-rechtlichen Bedeutung auch als Institut des

seitig etwas zu geben, zu tun, oder zu unterlassen verbindet, heißt Vergleich. Der Vergleich gehört zu den zweiseitig verbindlichen Verträgen, und wird nach eben denselben Grundsätzen beurteilt.» Ähnliche Regelungen finden sich auch in Frankreich (Art. 2044 ff. Code civil) und Italien (Art. 1965 ff. Codice civile).

<sup>7</sup> Der Vergleich wird im schweizerischen Privatrecht verschiedentlich erwähnt (vgl. z.B. Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR und Art. 109 ZPO), jedoch nirgends eingehend definiert; er wird vielmehr begrifflich vorausgesetzt. Siehe dazu MAURER (FN 1), N 9; PATRICK HÜNERWADEL, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart 1989, 2, 11; JÜRIG G. SCHÜTZ, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2009, 237; PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 3 ff., 4; AGNES H. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis, Diss. Bern, Tübingen 2006, 23 f.

<sup>8</sup> Der gerichtliche Vergleich weist zudem neben seiner materiell-rechtlichen Seite auch eine prozessrechtliche Komponente auf. Vgl. dazu BGE 56 I 223 ff. 224; STEPHAN V. BERTI, Der gerichtliche Vergleich, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007, Taktik, Tücken, Vergleich und Rechtsmittel, Beiträge zur Tagung vom 19. Juni 2007, Zürich 2007, 109 ff., 109; HÜNERWADEL (FN 7), 2; MAURER (FN 1), N 9; GAUCH (FN 7), 4; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 23 f.

<sup>9</sup> BGE 130 III 49, E. 1.2; 121 III 397, E. 2c; 111 II 349, E. 1; 105 II 273, E. 3a; BGE 4A\_279/2007 vom 15. Oktober 2007, E. 3.3; BGE 4C.194/2006 vom 5. September 2006, E. 1.3. Vgl. zur Lehrmeinung auch HÜNERWADEL (FN 7), 2; MAURER (FN 1), N 9 m.w.H. Die Gegenüberstellung der bundesgerichtlichen Definition des Vergleichs sowie der Regelung von § 779 Abs. 1 BGB verdeutlicht, wie stark sich die beiden Definitionsansätze gleichen.

<sup>10</sup> MAURER (FN 1), N 12; GAUCH (FN 7), 4.

<sup>11</sup> Der Vergleich bezweckt die Regelung strittiger bzw. unsicherer Rechte und Pflichten aus einem vorbestehenden Rechtsverhältnis und damit die Sicherstellung des Rechtsfriedens. Im Hinblick auf diese Streitbeilegungsfunktion wird der Vergleich auch als «Feststellungsvertrag» oder «zweiseitiges Feststellungsgeschäft» bezeichnet. Vgl. MAURER (FN 1), N 12 f.; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 2.

<sup>12</sup> MAURER (FN 1), N 14 f.

<sup>13</sup> Nicht notwendig ist, dass bereits ein Prozess angehoben wurde; vgl. MAURER (FN 1), N 42.

<sup>14</sup> MAURER (FN 1), N 47. Das Vorliegen von beidseitigen Zugeständnissen beurteilt sich gemäss Bundesgericht zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses (BGE 4A\_103/2010 vom 16. März 2010, E. 2.3.3; BGE 4C.27/2002 vom 19. April 2002, E. 3c).

<sup>15</sup> Diese Abgrenzung wurde zudem bereits bei den inzwischen ausser Kraft gesetzten kantonalen Prozessordnungen verfolgt und anschliessend in die (neue) eidgenössische ZPO überführt, wobei allerdings keine klare gesetzliche Abgrenzung der beiden Vergleichsarten vorgenommen wurde. Vgl. zu den inzwischen ausser Kraft gesetzten 26 kantonalen ZPO MAURER (FN 1), N 62 ff.; vgl. zur punktuellen Regelung des Vergleichs in der ZPO z.B. Art. 109, Art. 201 und Art. 241.

<sup>16</sup> BGE 105 II 273, E. 3a: «Der Vergleich, auch der gerichtliche, ist ein Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird [...]»; siehe hierzu auch BGE 80 I 385, E. 4.

<sup>17</sup> HÜNERWADEL (FN 7), 18.

<sup>18</sup> MAURER (FN 1), N 62 f.

<sup>19</sup> Der Zweck eines gerichtlichen Vergleichs liegt in der vollständigen oder zumindest teilweisen Beendigung (Teilvergleich) eines Prozesses.

<sup>20</sup> Anschliessend schreibt das Gericht den Prozess ab (Art. 208 und Art. 241 ZPO); vgl. zu den Voraussetzungen des gerichtlichen Vergleichs auch KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM A. GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, § 40 N 95; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, N 1138.

<sup>21</sup> SR 272.

Prozessrechts gilt (sog. «Doppelnatur»): Er ist einerseits ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft und gleichzeitig beinhaltet er (zweiseitige) Prozesshandlungen<sup>22</sup>.

## 2.2 Klageanerkennung und -rückzug

Der gerichtliche Vergleich ist von der Klageanerkennung und dem -rückzug abzugrenzen. Gemeinsam ist diesen drei prozessualen Instituten, dass sie Willenserklärungen der Parteien beinhalten, die auf die (teilweise) Beendigung eines hängigen Prozesses gerichtet sind und damit als Urteilssurrogat dienen<sup>23</sup>. Nebst dieser prozessualen Seite zeitigen die drei Instrumente allesamt auch materiell-rechtliche Folgen, die im vollständigen oder teilweisen Verzicht auf einen Anspruch oder in einer vollständigen oder teilweisen Anerkennung eines Anspruchs münden<sup>24</sup>. Klagerückzug<sup>25</sup> und -anerkennung<sup>26</sup> unterscheiden sich allerdings insofern vom (gerichtlichen) Vergleich, als dass es sich dabei um reine Prozesshandlungen und nicht um zivilrechtliche Rechtsgeschäfte mit prozessualen Folgen handelt<sup>27</sup>. Darüber hinaus sind sowohl die Klageanerkennung als auch der Klagerückzug einseitige Prozesshandlungen; währenddessen der Vergleich eine übereinstimmende, von mindestens zwei Parteien ausgehende Willenserklärung ist<sup>28</sup>. Ein gerichtlicher Vergleich kann allerdings als solcher auch einseitige Prozesshandlungen zum Gegenstand haben, die einen Teil der gütlichen Streitbeilegung als Gesamtes ausmachen. Der zweiseitige gerichtliche Vergleich kann deshalb im Ergebnis die gleiche Wirkung aufweisen wie eine einseitige Prozesshandlung<sup>29</sup>.

## 3. Vergleichsfähigkeit

Aus materiell-rechtlicher Sicht müssen für das gültige Zustandekommen eines Vergleichs sowohl die subjektive als auch die objektive Vergleichsfähigkeit gegeben sein. Vom Begriff der subjektiven Vergleichsfähigkeit wird

die Rechts- und Handlungsfähigkeit<sup>30</sup> – bzw. beim gerichtlichen Vergleich die Partei- und Prozessfähigkeit<sup>31</sup> – erfasst. Der Abschluss eines gültigen Vergleichs setzt zudem in objektiver Hinsicht voraus, dass der Streitgegenstand der Dispositionsfreiheit der Parteien unterstellt ist: Nur wenn Parteien über einen Gegenstand frei verfügen können, kann ein Vergleichsvertrag geschlossen werden<sup>32</sup>. Dem Grundsatz nach kann jedes (privatrechtliche) Rechtsverhältnis mittels Vergleich geregelt werden<sup>33</sup>. Mitunter werden allerdings Rechtsverhältnisse (und teilweise auch ganze Rechtsgebiete) durch zwingendes Recht zum Schutz einer Partei, unbeteiligter Dritter oder aus Gründen des öffentlichen Interesses der Dispositionsfreiheit der Parteien teilweise oder ganz entzogen<sup>34</sup>.

## III. Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche

### 1. Allgemeine Vergleichsfähigkeit von GmbH- und aktienrechtlichen Ansprüchen

In allgemeiner Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen Ansprüchen, die im Recht der AG und der GmbH verankert sind, und solchen, bei denen zwar auch eine AG oder GmbH involviert sein kann, die aber ihren Ursprung in den übrigen (zivilrechtlichen) Gebieten haben (z.B. arbeits- oder mietrechtliche Ansprüche). Wie der Titel des vorliegenden Beitrags bereits einschränkend vorgibt, wird nachfolgend nur auf den Vergleich über GmbH- bzw. aktienrechtliche Ansprüche eingegangen. Zur Bestimmung der Vergleichsfähigkeit von Ansprüchen, welche nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sind, kann auf die allgemeinen Ausführungen von Teil II (inkl. der dort zitierten Literatur) verwiesen werden<sup>35</sup>.

#### 1.1 Subjektive Vergleichsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit der AG und der GmbH entsteht mit deren Eintragung im Handelsregister gemäss Art. 643 Abs. 1 Obligationenrecht (OR)<sup>36</sup> bzw. Art. 779 Abs. 1

<sup>22</sup> BGE 56 I 223 ff. 224; BGer 5A\_337/2008 vom 15. Juli 2008, E. 4.1; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 23; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 93. Vgl. auch BGE 139 III 133, E. 1.2., welcher festhält, dass der Vergleich den Prozess beendet und der Abschreibungsbeschluss lediglich deklaratorischer Natur ist.

<sup>23</sup> Klagerückzug und -anerkennung werden auch als Prozessabstand bezeichnet, da die Parteien sich von der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens distanzieren wollen. Vgl. dazu SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 92; SUTTER-SOMM (FN 20), N 1139.

<sup>24</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 93; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 23.

<sup>25</sup> Der Klagerückzug ist eine Prozesshandlung des Klägers, mit welchem er auf die Weiterverfolgung seines Rechtsschutzgesuches ganz oder teilweise verzichten kann: vgl. dazu SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 96; SUTTER-SOMM (FN 20), N 1145.

<sup>26</sup> Mittels Anerkennung der Klage unterzieht sich der Beklagte vollumfänglich oder zumindest teilweise den Begehren des Klägers im Rahmen seiner Dispositionsbefugnis. Siehe dazu BERTI (FN 8), 115; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 96.

<sup>27</sup> BERTI (FN 8), 114; SUTTER-SOMM (FN 20), N 1145.

<sup>28</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 40 N 98.

<sup>29</sup> ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 10.

<sup>30</sup> Art. 11 und Art. 12 ff. ZGB für natürliche Personen und Art. 53 f. ZGB betreffend juristische Personen.

<sup>31</sup> Art. 66 f. ZPO. Vgl. auch ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 32 f.

<sup>32</sup> Grundlegend dazu PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, 163; HÜNERWADEL (FN 7), 43.

<sup>33</sup> Grundsatz der Vertragsfreiheit, Art. 19 Abs. 1 OR. Die AG und die GmbH können sich beim Abschluss von Verträgen bzw. Vergleichen als juristische Personen mit Rechtspersönlichkeit ebenfalls auf die Vertragsfreiheit berufen. Grundlegend dazu BSK OR I-BUCHER, vor Art. 1–40 OR N 5 ff.

<sup>34</sup> So sind bspw. höchstpersönliche Rechte der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen. Siehe auch MAURER (FN 1), N 327.

<sup>35</sup> Vgl. insbesondere II.3.

<sup>36</sup> SR 220.

OR i.V.m. Art. 52 Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>37, 38</sup>. Die beiden Gesellschaftsformen sind zudem handlungsfähig, sobald (i) die Rechtsfähigkeit gegeben ist, (ii) die notwendige Organisation vorliegt und (iii) die nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe – AG: Generalversammlung (Art. 698 OR), Verwaltungsrat (Art. 707 OR) und grundsätzlich Revisionsstelle (Art. 727 OR)<sup>39</sup>; GmbH: Gesellschafterversammlung (Art. 804 OR), Geschäftsführung (Art. 809 OR) und prinzipiell Revisionsstelle (Art. 818 OR)<sup>40</sup> – bestellt sind<sup>41</sup>. Es ist Aufgabe der Organe, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu verleihen<sup>42</sup>, unter anderem auch mittels Abschluss eines Rechtsgeschäftes in Form eines Vergleichs.

## 1.2 Objektive Vergleichsfähigkeit

Das Gesellschaftsrecht unterliegt – als integraler Bestandteil des OR – ebenfalls der Privatautonomie und damit der Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 19 Abs. 1 OR; d.h. die gesellschaftsrechtlichen Normen sind im Zweifelsfall dispositiver Natur<sup>43</sup>. Die Parteien sind deshalb grundsätzlich frei, über gesellschaftsrechtliche Ansprüche Vergleiche abzuschliessen<sup>44</sup>. Prozessual drückt sich die Privatautonomie in der prinzipiellen Geltung der

Dispositions-<sup>45</sup> und Verhandlungsmaxime<sup>46</sup> im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Verfahren aus<sup>47</sup>. Insbesondere die Geltung der Dispositionsmaxime erlaubt es den Parteien, ein Verfahren, welchem gesellschaftsrechtliche Ansprüche zugrunde liegen, mittels (gerichtlichen) Vergleichs abzuschliessen.

## 1.3 Beispiele vergleichsfähiger und nicht vergleichsfähiger Ansprüche

Als Beispiele für (objektiv) vergleichsfähige aktienrechtliche Ansprüche können die Ansprüche aus Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR)<sup>48</sup>, die Ansprüche aus Rückforderung (Art. 678 OR)<sup>49</sup>, die Klage auf Erteilung von Auskunft und Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR)<sup>50</sup> sowie die Einberufungs- und Traktandierungsklage (Art. 699 Abs. 4 OR)<sup>51</sup> genannt werden. Zu den vergleichsfähigen GmbH-rechtlichen Ansprüchen zählen unter anderem die Ansprüche aus Verantwortlichkeit, da Art. 827 OR auf die aktienrechtlichen Bestimmungen verweist, die Ansprüche aus Rückforderung (Verweis auf das Aktienrecht, Art. 800 OR) sowie die Klage auf Erteilung von Auskunft und Einsicht (Art. 802 Abs. 4 OR).

Nicht vergleichbar sind hingegen Klagen aus organisatorischen Mängeln nach Art. 731b OR<sup>52</sup>, welche sowohl für die AG als auch aufgrund der Verweisung von Art. 819 OR für die GmbH anwendbar sind. Obschon es sich dabei um ein zivilrechtliches Verfahren handelt, untersteht die Klage nicht der Dispositionsmaxime, da dem Richter in umfassender Weise eigenes Ermessen zukommt<sup>53</sup> und demzufolge auch die vergleichsweise Er-

<sup>37</sup> SR 210.

<sup>38</sup> Dem Handelsregistereintrag kommt konstitutive Wirkung zu. Massgebend für die Entstehung der Rechtsfähigkeit ist im Innenverhältnis der Zeitpunkt der Eintragung in das Tagesregister (Art. 932 Abs. 1 OR) und im Aussenverhältnis der auf den Tag der entsprechenden SHAB-Publikation folgende Werktag (Art. 932 Abs. 2 OR). Siehe hierzu statt aller ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 11 N 11 (allgemein), § 16 N 603 ff. (AG), § 18 N 39 (GmbH); siehe für den prozessualen Kontext auch DOMINIK VOCK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten. Eine Darstellung nach Zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2000, 74.

<sup>39</sup> Mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann allerdings gemäss Art. 727a Abs. 2 OR auf die (eingeschränkte) Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat. Ausführlich zu den einzelnen Verzichtsvoraussetzungen PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich/Basel/Genf 2007, 61 ff.

<sup>40</sup> Gemäss Art. 818 OR sind die Vorschriften des Aktienrechts und damit auch die Möglichkeit des «opting out» auf Revisionsstellen von GmbH anwendbar. Siehe dazu BÖCKLI (FN 39), 61 ff.

<sup>41</sup> Art. 54 ZGB; grundlegend dazu BK-RIEMER, Systematischer Teil und Kommentar zu ZGB 52–59 N 136 ff.

<sup>42</sup> Art. 55 ZGB; siehe auch HÜNERWADEL (FN 7), 35; MAURER (FN 1), N 176.

<sup>43</sup> PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012, 34; PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZGR 1997, 254 ff., 256; CHRISTOPH B. BÜHLER, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 2013, 541 ff., 542.

<sup>44</sup> Bejahend für das Aktienrecht betreffend aussergerichtlicher Vergleiche PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 83. Da die massgeblichen Prinzipien – Vertragsfreiheit bzw. Dispositionsmaxime – für das GmbH-Recht als Teil des Gesellschaftsrechts ebenfalls Geltung beanspruchen, ist die Vergleichsfähigkeit GmbH-rechtlicher Ansprüche m.E. ebenso zu bejahen.

<sup>45</sup> Unter den Begriff der Dispositionsmaxime fällt die Befugnis der Parteien, über den Streitgegenstand frei zu bestimmen (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO). Sie erlaubt es den Parteien, in einem Gerichtsverfahren u.a. die Beendigung des Prozesses auch ohne richterliche Anspruchsprüfung – sprich mittels Vergleich, Klageerkennung oder -rückzug – zu verlangen. Die Dispositionsmaxime ist das prozessuale Abbild der allgemeinen, im Privatrecht vorherrschenden Privatautonomie und stellt deshalb in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen den Regelfall dar. Ausführlich zur Dispositionsmaxime SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, (FN 20), § 25 N 6 und N 9; SUTTERSOMM (FN 20), N 299; STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 36, 136 f.

<sup>46</sup> Art. 55 Abs. 1 ZPO: «Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.»

<sup>47</sup> Statt vieler: KNOBLOCH (FN 45), 136 f.; VOCK (FN 38), 159. Zu den Ausnahmen siehe auch unten III.1.3.

<sup>48</sup> Vgl. dazu unten III.4.1a; ferner zur Vergleichsfähigkeit von verantwortlichkeitsrechtlichen Ansprüchen PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 11 N 14; KUNZ (FN 44), 83; MAURER (FN 1), N 399.

<sup>49</sup> MAURER (FN 1), N 399.

<sup>50</sup> VOCK (FN 38), 158 f.

<sup>51</sup> VOCK (FN 38), 158.

<sup>52</sup> Zu den möglichen Massnahmen im Einzelnen siehe Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR.

<sup>53</sup> BGER 4A.321/2008 vom 5. August 2010, E. 5.2; vgl. auch PETER LEHMANN, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2), Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, 420 ff., 423; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER

ledigung der Klage ausgeschlossen ist<sup>54</sup>. Ebenfalls nicht vergleichsfähig sind Klagen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie z.B. die Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697a Abs. 2 OR) oder die Klage auf Abberufung eines gerichtlich ernannten Liquidators (Art. 741 Abs. 2 OR)<sup>55</sup>, da es sich dabei um Einparteienverfahren handelt, was bereits begrifflich den Abschluss eines gerichtlichen (Vergleichs-)Vertrags ausschliesst<sup>56</sup>. Umstritten ist hingegen die Vergleichsfähigkeit der aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Anfechtungs- und Auflösungsklagen. Ebenfalls umstritten ist die Wirkung der (an sich zulässigen) Vergleiche über verantwortlichsrechtliche Ansprüche gegenüber Organmitgliedern. Auf diese drei Sonderfälle wird nachfolgend gesondert eingegangen.

## 2. Vergleiche über Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der General- bzw. Gesellschafterversammlung

Mit der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR kann ein gegen das Gesetz oder die Statuten verstossender Beschluss der Generalversammlung einer AG teilweise oder vollständig aufgehoben werden<sup>57</sup>. Parteien eines Vergleichsvertrag über Anfechtungsklagen sind grundsätzlich Kläger und Beklagte: Aktiv legitimiert sind der Verwaltungsrat als Organ<sup>58</sup> und – unabhängig von der Anzahl Aktien, die er vertritt – jeder einzelne Aktionär<sup>59</sup>; Passivlegitimation besteht für die Aktiengesellschaft, deren Beschlüsse angefochten werden<sup>60</sup>. Vergleichsgegenstand ist das Anfechtungsobjekt der Gestaltungsklage, d.h. Generalversammlungsbeschlüsse<sup>61</sup>. Das GmbH-Recht verweist für die Anfechtung von Beschlüssen der

Gesellschafterversammlung auf die Bestimmungen des Aktienrechts<sup>62</sup>, d.h. Art. 706 f. OR sind für die GmbH ebenfalls massgebend. Sofern nicht explizit erwähnt, gelten die nachfolgenden Ausführungen deshalb auch für die GmbH-rechtliche Anfechtungsklage bzw. für Vergleiche über Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse von Gesellschafterversammlungen.

Die Zulässigkeit von Vergleichsverträgen über Anfechtungsklagen ist allerdings generell umstritten; gleiches gilt auch für die damit zusammenhängende Frage der Anwendbarkeit der Offizial- oder Dispositionsmaxime.

### 2.1 Stand von Lehre und Rechtsprechung

#### a. Zur Anwendbarkeit der Offizial- oder Dispositionsmaxime

Das Bundesgericht hielt bereits im Jahr 1954 in einem Entscheid zur altrechtlichen aktienrechtlichen Anfechtungsklage (BGE 80 I 385) fest, dass der Streitgegenstand nicht nur in denjenigen Fällen der freien Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen sei, bei denen öffentliche Interessen dies gebieten würden (z.B. bei Scheidungen); dasselbe gelte auch in Fällen, in denen aufgrund des materiellen Rechts die vom Richter geschaffene Rechtslage Dritte, die sich nicht als Nebenintervenienten im Prozess konstituiert haben, binde<sup>63</sup>. Im Gegensatz dazu gelte allerdings der Untersuchungsgrundsatz im Anfechtungsprozess nicht, weil es hierfür an der notwendigen gesetzlichen Vorschrift fehle<sup>64</sup>. Trotz dieser offenen Formulierung schliessen einzelne – v.a. prozessual orientierte – Autoren aus den Erwägungen des Bundesgerichts, dass im Anfechtungsprozess die Offizialmaxime anwendbar sei<sup>65</sup>. Ein anderer Teil der Lehre – v.a. die dem Gesellschaftsrecht «zugehörigen» Autoren – bejaht hingegen die Anwendbarkeit der Dispositionsmaxime u.a. mit der Begründung, im schweizerischen Gesellschaftsrecht gelte generell die Vertragsfreiheit<sup>66</sup>. Die Anwend-

CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 470.

<sup>54</sup> So bereits VOCK für die altrechtliche Bestimmung von Art. 727f Abs. 2 OR (Vock [FN 38], 159).

<sup>55</sup> Die Klage auf Abberufung eines gerichtlich ernannten Liquidators (Art. 741 Abs. 2 OR) ist aufgrund der Verweisung auf aktienrechtliche Bestimmungen (Art. 826 Abs. 2 OR) auch für das GmbH-Recht anwendbar.

<sup>56</sup> Theoretisch denkbar ist immerhin ein aussergerichtlicher Vergleich, in dessen Rahmen ein Rückzug vereinbart wird.

<sup>57</sup> Art. 706 Abs. 1 und 5 OR. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage. Ausführlich zur Rechtsnatur der Gestaltungsklage statt vieler HANS M. RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergeinschaft). Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998, N 210 m.w.H.; Schulthess-Handkommentar OR-TANNER, OR 706 N 21.

<sup>58</sup> Sofern der Verwaltungsrat klagt, muss der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft bestimmen (Art. 706a Abs. 2 OR).

<sup>59</sup> Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR. Aktiv legitimiert ist auch ein Aktionär, der lediglich eine Aktie innehat sowie ein Aktionär ohne Stimmrecht nach Art. 685f Abs. 2 und 3 OR; siehe hierzu statt vieler PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 42; vgl. ferner auch BGE 117 II 290 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR; siehe ferner BGE 122 III 283.

<sup>61</sup> Verwaltungsrats- und Geschäftsführerbeschlüsse sind hingegen nicht anfechtbar; vgl. statt vieler PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 263 ff.

<sup>62</sup> Art. 808c OR.

<sup>63</sup> Grundlegend zum Schutz Drittbetroffener in Gestaltungsprozessen (inkl. rechtsvergleichenden Betrachtungen): MIGUEL SOGO, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007, 325 ff.

<sup>64</sup> BGE 80 I 385, E. 4.

<sup>65</sup> So etwa MAURER (FN 1), N 400; SOGO (FN 63), 328 f. SUTTER-SOMM (FN 20), N 314; Schulthess-Kommentar ZPO-SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO 58 N 27; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 171; HANS U. WALDER, Die Offizialmaxime. Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1973, 20 f.; BK-HURNI, ZPO 58 N 60; FRITZ RAPP, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, in: Hasenböhler/Schnyder (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht. Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, 31 ff., 45. Zudem scheinen sich eine Vielzahl weiterer Anhänger der Offizialmaxime im Anfechtungsprozess auf BGE 80 I 385 zu stützen, ohne diesen explizit als Quelle anzugeben. Vgl. zur Diskussion auch RIEMER (FN 57), N 232 m.w.H.

<sup>66</sup> VOCK (FN 38), 156 f.; KUNZ (FN 44), 84; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 25 N 73; KNOBLOCH (FN 45), 136 f.; PETER LEHMANN, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage,

barkeit der Verhandlungs- bzw. der Untersuchungsmaxime ist ebenfalls umstritten<sup>67</sup>.

### b. Zur Zu- bzw. Unzulässigkeit des Vergleichs

Das Bundesgericht hat im bereits erwähnten BGE 80 I 385 klargestellt, dass ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich, der die Aufhebung eines Beschlusses der Generalversammlung zum Inhalt hat, unzulässig ist. Das Gericht stützte sich dabei auf Art. 706 Abs. 5 OR: Gemäss dieser Bestimmung wirkt ein Urteil, welches einen Generalversammlungsbeschluss aufhebt, für alle bzw. gegen jeden Aktionär der betroffenen Gesellschaft (sog. Erga-omnes-Wirkung). Diese absolute Wirkung ist nach Ansicht des Bundesgerichts nur im Falle eines Urteils ausreichend legitimiert, was zur Folge hat, dass der Streitgegenstand einer Anfechtungsklage der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen wird<sup>68</sup>. In BGE 122 III 279<sup>69</sup> wurde der Entscheid von 1954 bestätigt. Darüber hinaus hielt das Bundesgericht ergänzend fest, dass der Verwaltungsrat als Vertreter der Gesellschaft im Anfechtungsprozess die Interessen der Gesellschaft – verstanden als die Interessen der Mehrheitsaktionäre<sup>70</sup> – zu verteidigen habe. Infolge dieser Verpflichtung sei es ihm ebenfalls verwehrt, über den Streitgegenstand mittels Klageanerkennung oder Vergleich zu verfügen<sup>71</sup>.

Trotz unterschiedlicher Auffassungen zur Anwendbarkeit der Official-, Dispositions-, Verhandlungs- und/oder Untersuchungsmaxime hat sich die Lehre überwiegend der in BGE 80 I 385 (und den diesen Entscheid bestätigenden BGE 122 III 279) vertretenen Ansicht angeschlossen und lehnt die Zulässigkeit eines Vergleichs ab, welcher die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses zur Folge hat<sup>72</sup>. Allerdings steht gemäss der

h.L. nicht die fehlende Dispositionsbefugnis der Parteien im Prozess im Vordergrund, sondern die aktienrechtliche Kompetenzordnung mit der strikten Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung, welche die vergleichsweise Aufhebung oder Abänderung eines Generalversammlungsbeschlusses verhindert<sup>73</sup>. Der Verwaltungsrat als prozessualer und ausserprozessualer Vertreter der Gesellschaft darf die Gesellschaft nur im Rahmen seiner allgemeinen Geschäftsführungskompetenzen vertreten (Art. 716 f. OR). Sobald ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich<sup>74</sup> sich inhaltlich mit Fragen befasst, welche in die Kompetenz der Generalversammlung fallen, fehlt es dem Verwaltungsrat als geschäftsführendes Organ an der notwendigen Vertretungsbefugnis<sup>75</sup>. Dies ist bei einem Vergleich, der die Aufhebung (bzw. die Abänderung) eines Generalversammlungsbeschlusses regelt, stets der Fall. In der Lehre werden deshalb vereinzelt zwei Lösungsansätze diskutiert, mit denen der Kompetenzkonflikt aufgelöst werden kann: Die am häufigsten vertretene Möglichkeit ist der Einbau eines Genehmigungsvorbehaltes zu Gunsten der AG bzw. der Generalversammlung im Rahmen eines Vergleichs<sup>76</sup>. Ein weiterer Teil der Lehre sieht in der Nebenintervention<sup>77</sup> das prozessrechtliche Ventil zum Schutz der drittbetroffenen (Mehrheits-)Aktionäre im Anfechtungsprozess<sup>78</sup>.

(209–211); BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 OR N 27. Es wird hingegen oft offen gelassen, ob Vergleiche mit einer anderen Zielrichtung möglich bleiben oder ob es sich um einen generellen Abschluss der Vergleichsfähigkeit handelt. So stellt sich etwa die Frage, ob der Klagerückzug im Rahmen eines (zweiseitigen) Vergleiches zur Prozessbeendigung möglich bleibt. Der Klagerückzug als eine einseitige Prozesshandlung seitens des Klägers ist problemlos möglich (LEHMANN [FN 66], N 202 f.).

<sup>73</sup> Diese Argumentation findet sich etwa bei folgenden Autoren: LEHMANN (FN 66), N 201 und 203; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 25 N 73; SOGO (FN 63), 326 f.; VOCK (FN 38), 157; BÖCKLI (FN 61), § 16 N 138; TRUFFER/DUBS (FN 72), Art. 706 OR N 27; HÜNERWADEL (FN 7), 48; BERTRAND SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009, § 17 N 1.

<sup>74</sup> LEHMANN hält zu Recht zur Zulässigkeit des Abschlusses eines aussergerichtlichen Vergleiches fest, dass die Kompetenzproblematik bei einem solchen grundsätzlich die gleiche wie bei einem gerichtlichen Vergleich sei. Der Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer weist in keinem Fall die Kompetenz auf, durch Vertrag und ohne Mitwirkung der Generalversammlung einen Generalversammlungsbeschluss aufzuheben oder abzuändern; LEHMANN (FN 66), N 202 f.; gl.M. GILLARD (FN 66), 97; TRUFFER/DUBS (FN 72), Art. 706 OR N 27.

<sup>75</sup> LEHMANN (FN 66), N 201; MAURER (FN 1), N 400.

<sup>76</sup> TRUFFER/DUBS (FN 66), Art. 706 OR N 27; BÖCKLI (FN 61), § 16 N 140; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 25 N 73; RIEMER (FN 57), N 233. In Anlehnung an diesen Lösungsansatz merken einige Autoren ebenfalls an, dass es in die Kompetenz der Generalversammlung falle, einen angefochtenen Beschluss wieder aufzuheben. Dies hätte die Gegenstandslosigkeit einer allfälligen Anfechtungsklage zur Folge. Vgl. RIEMER (FN 57), N 233; TANNER (FN 57), OR 706 N 23.

<sup>77</sup> Art. 74–77 ZPO.

<sup>78</sup> Siehe hierzu u.a. JEAN N. DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Forstmoser/Druey (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Band 11, Zürich 1997, 131 ff., 156; VOCK (FN 38), 157; kritisch hierzu SOGO (FN 63), 332 ff.; BÖCKLI (FN 61), § 16 N 140.

Diss. Zürich 2000, N 200 f.; FRANÇOIS GILLARD, La transaction judiciaire en procédure civile. Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne, Zürich u.a. 2003, 91; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 69 N 56.

<sup>67</sup> BÖCKLI (FN 61), § 16 N 142 m.w.H.

<sup>68</sup> BGE 80 I 385, E. 4; bestätigt in BGE 110 II 387, E. 2c.

<sup>69</sup> «Obiter dictum»; siehe dazu VOCK (FN 38), 156; KNOBLOCH (FN 45), 135.

<sup>70</sup> Art. 717 Abs. 1 OR statuiert demgegenüber in genereller Hinsicht, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates stets die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren haben. Das Gesellschaftsinteresse muss sich diesbezüglich nicht mit dem Interesse der Mehrheitsaktionäre decken.

<sup>71</sup> BGE 122 III 279, E.3c/aa.

<sup>72</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 25 N 73; MAURER (FN 1), N 402; PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR, Diss. Zürich, Bern 1996, § 19 N 82; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 32; BÖCKLI (FN 61), § 16 N 138; VOCK (FN 38), 156 f.; KUNZ (FN 32), 163; KUNO ROHRER, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979, 115; GILLARD (FN 66), 96 f.; LEHMANN (FN 66), N 202 f.; MARC BAUEN/ROBERT BERNET, Schweizer Aktiengesellschaft. Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zürich u.a. 2007, N 441; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1155; ZR 90 (1991), 210

Die vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre statuierte Unzulässigkeit des Vergleichs im Anfechtungsprozess wird allerdings vermehrt – vor allem in der jüngeren Literatur – kritisiert. DRUEY kann als Kritiker «der ersten Stunde» bezeichnet werden. Die Argumentation von DRUEY basiert auf der seiner Ansicht nach grundsätzlich auch im Anfechtungsprozess geltenden Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Die Geltung dieser beiden Prinzipien erlaube auch den Abschluss von Vergleichen, welche einen Klagerückzug oder eine -anerkennung beinhalten. Die inhaltliche Abänderung von Generalversammlungsbeschlüssen sei hingegen – trotz der Geltung der genannten Prinzipien – mangels Kompetenz und infolge der kassatorischen Wirkung der Anfechtungsklage – ausgeschlossen. Mögliche Interessenkonflikte beim Abschluss des Vergleichs durch den Verwaltungsrat sind gemäss DRUEY aufgrund der allgemeinen Pflicht des Verwaltungsrates zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Art. 717 OR) neutralisiert<sup>79</sup>. Das Kantonsgericht Zug hat ähnlich argumentiert: Nach Ansicht dieses Gerichts ist in BGE 80 I 385 der Stellung des Verwaltungsrates als gesetzlicher Vertreter der AG nicht genügend Rechnung getragen worden. Zudem gelte im Anfechtungsprozess die Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Diese Gründe würden nach Ansicht der Kantonsrichter grundsätzlich für die Zulässigkeit eines durch den Verwaltungsrat abgeschlossenen Vergleiches, welche eine Klageanerkennung mit sich bringt, sprechen<sup>80</sup>.

## 2.2 Eigene Stellungnahme

### a. Rechtslage bei der AG

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist – auch wenn man ihr im Resultat zustimmen mag – im Begründungsansatz inkonsequent und führt zu dogmatischen Problemen. Folgende Punkte können besonders hervorgehoben werden: Das Gesellschaftsrecht und auf diesem beruhende Ansprüche unterliegen wie bereits erwähnt der Privatautonomie und damit auch der Dispositionsfreiheit<sup>81</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führt allerdings in der Konsequenz zu einer Einschränkung dieser Grundprinzipien: Im Umkehrschluss muss aus BGE 80 I 385 – obwohl dies vom Bundesgericht in diesem Entscheid nicht explizit festgehalten wurde – wohl gefolgert werden, dass im Anfechtungsprozess (zumin-

dest teilweise)<sup>82</sup> die *Offizialmaxime* gilt<sup>83</sup>. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die *ratio legis* von Art. 706 Abs. 5 OR nicht in der Einschränkung der Dispositionsfreiheit besteht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich lediglich, dass die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses gegen den Willen der Aktionärsmehrheit nur mittels Urteil und nicht mittels anderer Prozessbeendigungsformen – d.h. Vergleich oder Klageanerkennung – erfolgen kann<sup>84</sup>. Limitiert wird deshalb durch Art. 706 Abs. 5 OR nicht die Zulässigkeit per se, sondern lediglich die Wirkung des Vergleiches. In diesem Sinne kann ein Vergleich nicht zur Modifikation oder Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses führen, sofern nicht die Generalversammlung selbst einen solchen Beschluss fasst<sup>85</sup>. Die Parteien eines Anfechtungsprozesses (die Gesellschaft und der Kläger) sind deshalb m.E. im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz der Dispositionsfreiheit befugt, Vergleiche über Anfechtungsklagen abzuschliessen, und zwar unabhängig davon, ob diese einen (teilweisen) Klagerückzug oder eine (teilweise) Klageanerkennung beinhalten. Die Dispositionsfreiheit über Anfechtungsklagen wird auch durch all diejenigen Autoren (indirekt) bestätigt, welche einen Genehmigungsvorbehalt durch die Generalversammlung (aufschiebende Bedingung) als Lösung vorschlagen. Dieser überzeugende Lösungsansatz, der das zugrunde liegende Kompetenzproblem auf elegante Art und Weise auflöst, bedingt nämlich, dass die Parteien weiterhin über den Streitgegenstand verfügen können, sofern das richtige bzw. zuständige Organ des Beklagten den notwendigen Beschluss fällt. Wenn nun allerdings der Verwaltungsrat einen Vergleich zur Aufhebung oder Abänderung eines Generalversammlungsbeschlusses mit dem Kläger abschliesst, ohne einen Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung zu vereinbaren, so stellt dieses nach der hier vertretenen Auffassung einen Verstoss gegen das Paritätsprinzip<sup>86</sup> dar, da die Kompetenzzuteilung nach Art. 698 Abs. 2 OR zwingender Natur ist<sup>87</sup>. Ebenfalls aufgrund dieser Bestimmung unzulässig ist die in der Lehre teilweise vertretene Lösung über die Nebenintervention, wonach der sich nicht äussernde Aktionär

<sup>79</sup> DRUEY (FN 78), 156; vgl. auch GUHL/KOLLER (FN 66), § 69 N 56. KUNZ scheint die Argumentation mit Blick auf die Geltung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime im Gesellschaftsrecht zumindest teilweise zu unterstützen (KUNZ [FN 44], 83 f.). Im Ergebnis ebenfalls zustimmend KNOBLOCH, jedoch mit einem auf Art. 706a Abs. 2 OR beruhenden Begründungsansatz (KNOBLOCH [FN 45], 135 ff.).

<sup>80</sup> Gerichts- und Verwaltungspraxis (des Kantons Zug) 1993/1994, 122 f.

<sup>81</sup> Vgl. dazu oben III.1.2.

<sup>82</sup> Ein Klagerückzug bzw. ein Vergleich, welcher einen Klagerückzug beinhaltet, dürfte wohl weiterhin erlaubt sein. Vgl. III.2.1.

<sup>83</sup> Die unklare Wortwahl des Bundesgerichts in dieser Frage führt in der Lehre zu Meinungsverschiedenheiten über die Anwendbarkeit der Dispositions- bzw. *Offizialmaxime* im Anfechtungsprozess. Siehe hierzu oben III.2.1a.

<sup>84</sup> Anders ist die Ausgangslage, wenn die Generalversammlung erneut über einen bereits gefassten Generalversammlungsbeschluss befindet und einen solchen aufhebt (z.B. im Rahmen eines Vergleiches). Hier wird – entsprechend der internen Kompetenzordnung – ein neuer, gültiger Beschluss gefasst, der den vorbestehenden aufhebt.

<sup>85</sup> So bereits auch GILLARD (FN 66), 96. In diesem Punkt deckt sich diese Ansicht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von BGE 80 I 385.

<sup>86</sup> Siehe zum Paritätsprinzip statt vieler: TRUFFER/DUBS (FN 72), Art. 698 OR N 8.

<sup>87</sup> Zur zwingenden Natur von Art. 698 Abs. 2 OR statt vieler: TANNER (FN 57), Art. 698 N 5.

zustimmt und die anderen Aktionäre eine Versammlung der Nebenintervenienten bilden<sup>88</sup>. Die Willensbildung der AG in den nach Gesetz oder Statuten den Aktionären zugewiesenen Kompetenzen erfolgt in der Generalversammlung mittels Beschlussfassung und nicht in einem teilweisen Zusammenschluss der Aktionäre ausserhalb der Generalversammlung. Ein Zusammenschluss der Aktionäre im Rahmen der Nebenintervention weist deshalb – wie der Zusammenschluss in einem Aktionärbindungsvertrag – ausschliesslich Inter-partes-Wirkung auf und vermag die Gesellschaft nicht zu binden.

### b. Rechtslage bei der GmbH

Die vorangehenden Ausführungen sind grundsätzlich auch auf einen Vergleich bei einer GmbH-rechtlichen Anfechtungsklage anwendbar. Immerhin besteht hier eine gesellschaftsspezifische Besonderheit: Die Zulässigkeit der schriftlichen Beschlussfassung (sog. Urabstimmung) bei der GmbH im Rahmen der Gesellschafterversammlung<sup>89</sup> ermöglicht nicht nur eine rasche und unkomplizierte Umsetzungsmöglichkeit des Genehmigungsvorbehalts, die Schriftlichkeit führt auch dazu, dass bei Einstimmigkeit die Gruppe der Nebenintervenienten als Gesellschafterversammlung fungieren und durch Vergleich einen (anderen) Gesellschafterversammlungsbeschluss aufheben oder modifizieren kann.

## 3. Vergleiche über Auflösungsklagen

Ebenfalls umstritten in der Lehre ist die Frage der Vergleichsfähigkeit der Auflösungsklage, zu der allerdings keine Rechtsprechung besteht. Die Auflösungsklage ist bei der AG und der GmbH ähnlich geregelt. Die Gesellschafter können bei Vorliegen wichtiger Gründe<sup>90</sup> die Auflösung der Gesellschaft verlangen; bei der GmbH kann dies jeder einzelne Gesellschafter tun<sup>91</sup>, bei der AG müssen die Kläger mindestens 10 % des Aktienkapitals

vertreten<sup>92</sup>. Passivlegitimiert ist die AG bzw. GmbH<sup>93</sup>. Das Urteil wirkt im Verhältnis zu allen Gesellschaftern erga omnes<sup>94</sup>. Der Prozess unterliegt gemäss h.L. der Dispositionsmaxime, d.h. die Parteien können grundsätzlich frei über den Streitgegenstand disponieren<sup>95</sup>. Eine gewisse Einschränkung der Dispositionsmaxime besteht allerdings dahingehend, als dass der Richter eine Auflösungsklage nicht nur gutheissen oder abweisen kann, sondern gemäss dem Gesetzeswortlaut eine «andere sachgemässe Lösung»<sup>96</sup> als die Auflösung der Gesellschaft aussprechen darf<sup>97</sup>. Immerhin muss der Richter aufgrund der Verhandlungsmaxime eine andere Lösung nur erwägen, wenn der behauptete und bewiesene Sachverhalt eine Alternativlösung als zumindest unter gewissen Umständen sinnvoll erscheinen lässt<sup>98</sup>.

Wie schon bei der Anfechtungsklage hat die Passivlegitimation der Gesellschaft zur Folge, dass der Verwaltungsrat (AG) bzw. Geschäftsführer (GmbH) zur Vertretung derselben im Prozess zuständig ist und nicht die nach der gesetzlichen Kompetenzordnung im Regelfall zuständige Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung. Infolge dieser ähnlichen Ausgangslage vertritt die h.L. in Anlehnung zur Position bei der Anfechtungsklage die Ansicht, dass ein vom obersten Leitungsorgan der betroffenen Gesellschaft abgeschlossener Vergleich mit dem Inhalt der Anerkennung des klägerischen Begehrens – d.h. Auflösung der Gesellschaft – nicht zulässig sei, und zwar unabhängig davon, ob ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich angestrebt wird<sup>99, 100</sup>. Eine

<sup>88</sup> Vgl. zu dieser Lösung oben III.2.1b.

<sup>89</sup> Art. 805 Abs. 4 OR. Vgl. dazu statt vieler RINO SIFFERT/MARTIN P. FISCHER/MARTIN PETRIN, N 17 zu Art. 805 OR, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), GmbH-Recht. Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772–827 OR), Bern 2008; TRUFFER/DUBS (FN 72), Art. 805 OR N 37; CHRISTOPH NATER, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010, 54 ff.

<sup>90</sup> So z.B. bei Missachtung der Gesellschaftsinteressen zum persönlichen Vorteil durch einen der beiden Verwaltungsräte ohne Möglichkeit der übrigen Beteiligten, ihre Rechte geltend zu machen, bei über die Jahre hinweg fortlaufender progressiver Herabsetzung der Dividende bei gleichzeitiger Erhöhung der Verwaltungsratsentschädigungen oder bei andauernder schlechter Geschäftsführung durch die Mehrheitsaktionärin: Vgl. zu diesen und weiteren Gründen BGE 136 III 278 ff., BGE 126 III 266 ff.; 105 II 114 ff.; BGE 84 II 44 ff.; BAUEN/BERNET (FN 72), N 629 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 55 N 83 ff.; LUKAS BEELER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 2010, 329 ff., 334 ff.

<sup>91</sup> Art. 821 Abs. 3 OR.

<sup>92</sup> Art. 736 Ziff. 4 OR.

<sup>93</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 55 N 96.

<sup>94</sup> BGE 109 II 140 ff.

<sup>95</sup> Vgl. HABEGGER (FN 72), § 19 N 77 m.w.H.; JAKOB HÖHN, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: Schluep/Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zürich 1993, 113 ff., 120.

<sup>96</sup> Art. 736 Ziff. 4 OR (AG), Art. 821 Abs. 3 OR (GmbH).

<sup>97</sup> Die Tragweite der Einschränkung ist allerdings umstritten. Vgl. zur Kontroverse HANS-UELI VOGT/THOMAS ENDERLI, Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR), recht 2010, 238 ff., 248 f.; PETER V. KUNZ, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: Aktienrecht 1992 – 1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift für R. Bär, Bern 1998, 235 ff., 240 m.w.H.; LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 1993, 43 ff., 44; HÖHN (FN 95), 120; HABEGGER (FN 72), § 19 N 23.

<sup>98</sup> VOGT/ENDERLI (FN 97), 248 f.

<sup>99</sup> Für die Aktiengesellschaft: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 55 N 101; HABEGGER (FN 72), § 19 N 82; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 7), 32; KUNZ (FN 44), 83; KNOBLOCH (FN 45), 233, der allerdings den vergleichswisen Klagerückzug für zulässig erachtet (KNOBLOCH [FN 45], 233 m.w.H. zur Problematik allfälliger Abstandsanzahlungen); a.A. MAURER, der ohne Begründung die Zulässigkeit bejaht (MAURER [FN 1], N 399); für die GmbH: LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich u.a. 2006, § 34 N 29, welche die Zulässigkeit der vergleichswisen Anerkennung einer Auflösungsklage im Rahmen von Art. 821 Abs. 3 OR mit Verweis auf die aktienrechtliche Literatur verneinen.

<sup>100</sup> Folgende Autoren schliessen die Anerkennbarkeit einer Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR als Prozesshandlung und damit

solch absolute Auffassung lässt sich m.E. allerdings nicht mit der den Parteien zukommenden Dispositionsbefugnis vereinbaren: Die richterliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses im Auflösungsprozess ist nicht absoluter Natur, es besteht insbesondere kein staatliches Monopol auf Erfüllung des Gestaltungsanspruchs des klagenden Gesellschafters<sup>101</sup>. Im Gegenteil, die Betrachtung der anderen Auflösungsgründe von Art. 736 OR (AG) bzw. Art. 821 OR (GmbH) sowie der unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung und Gesellschafterversammlung lässt vielmehr den Schluss zu, dass in erster Linie den Gesellschaftern die Kompetenz zukommt, über eine allfällige Auflösung zu befinden. Vorbehaltlich der gesetzlich vorgeschriebenen Auflösungsgründe<sup>102</sup> stellt der Entscheid zur Auflösung eine grundsätzliche Kompetenz der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung dar. Diese können die Auflösung mittels öffentlich beurkundetem Beschluss beschliessen<sup>103, 104</sup>. Daher muss es m.E. dem obersten Leitungsorgan – analog zur Regelung bei der Anfechtungsklage – möglich sein, einen Vergleich über die Auflösung der Gesellschaft mit einem Genehmigungsvorbehalt (aufschiebende Bedingung) zugunsten der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung abzuschliessen. Zudem dürfte m.E. die (vergleichsweise) Anerkennung einer anderen sachgemässen Lösung auch ohne richterliches Urteil zulässig sein, sofern die Kompetenzordnung innerhalb der Gesellschaft respektiert wird. Fällt ein solcher Entscheid in die Kompetenz der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung, so wäre der Vergleich vom obersten Leitungsorgan ebenfalls mit einem Genehmigungsvorbehalt abzuschliessen. Bei der GmbH ist es zudem wie bei der Anfechtungsklage möglich, dass bei Einstimmigkeit die Gruppe der Nebenintervenienten als Gesellschafterversammlung fungieren<sup>105</sup>.

die Vergleichsfähigkeit aus: WALDER (FN 65), 20; SUTTER-SOMM (FN 20), N 314; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 20), § 25 N 36.

<sup>101</sup> So bereits zum deutschen Recht MICHAEL BECKER, Typologie und Probleme der (handelsrechtlichen) Gestaltungsakten unter besonderer Berücksichtigung der GmbH-rechtlichen Auflösungsklage (§ 61 GmbHG), Zeitschrift für Zivilprozess 1984, 314 ff., 324 f.

<sup>102</sup> Gemäss Art. 736 OR (AG) bzw. Art. 821 OR (GmbH) kommt eine Auflösung einer Gesellschaft – abgesehen vom Beschluss der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung – nach Massgabe der Statuten, im Falle der Eröffnung des Konkurses sowie in den übrigen vom Gesetz vorgesehen Fällen zum Tragen.

<sup>103</sup> Art. 736 Ziff. 2 OR (AG), Art. 821 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR (GmbH).

<sup>104</sup> Dies trifft implizit auch für die Auflösung der Gesellschaft nach Massgabe der Statuten (Art. 736 Ziff. 1 OR [AG], Art. 821 Abs. 1 Ziff. 1 OR [GmbH]) zu, ist doch die General- bzw. Gesellschafterversammlung für die Festsetzung und Änderung der Statuten zuständig (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR [AG]; Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1 OR [GmbH]).

<sup>105</sup> Hinsichtlich der Möglichkeit der Nebenintervention kann vollumfänglich auf die Ausführungen zur Anfechtungsklage verwiesen werden; vgl. dazu oben III.2.2b.

## 4. Vergleiche über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder

### 4.1 Ausgangslage

#### a. Zulässigkeit von Vergleichen bei der AG und GmbH

Sowohl gerichtliche als auch aussergerichtliche Vergleiche über verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche gegen Organmitglieder sind aufgrund der Dispositionsbefugnis der Parteien grundsätzlich zulässig<sup>106</sup>. Der Vergleich hat im Recht der Verantwortlichkeit denn auch eine traditionell grosse Bedeutung; viele Verantwortlichkeitsklagen bzw. verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche werden – trotz potentiell hohen Haftungssummen – mittels Vergleich erledigt<sup>107, 108</sup>. Während die Zulässigkeit von Vergleichen im Verantwortlichkeitsrecht unbestritten ist, ist ihr die (Bindungs-)Wirkung unklar. Auf diese Frage wird nachfolgend eingegangen, wobei grundsätzlich nicht zwischen GmbH- und aktienrechtlichen Ansprüchen unterscheiden wird: Art. 827 OR verweist für das Verantwortlichkeitsrecht der GmbH auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Es handelt sich hierbei – mit Ausnahme der Prospekthaftung – um einen umfassenden Verweis<sup>109</sup>, so dass die nachfolgenden Ausführungen auch auf Vergleiche über verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche bei der GmbH anwendbar sind.

#### b. Gläubigerpluralität

Als Parteien eines Vergleichsvertrags kommen auf der einen Seite als Beklagte das schadensverursachende Organ – allenfalls auch seine Haftpflichtversicherung – und auf der anderen Seite als Kläger prinzipiell die Gesellschaft,

<sup>106</sup> KUNZ (FN 48), § 11 N 14; BÖCKLI (FN 61), § 18 N 464; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 139; MAURER (FN 1), N 399; HÜNERWADEL (FN 7), 48; HARALD BÄRTSCH, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 335.

<sup>107</sup> Schätzungen gehen davon aus, dass ca. 90 % der verantwortlichkeitsbezogenen Verfahren mittels Vergleich erledigt werden (BÖCKLI [FN 61], § 18 N 344); vgl. zur Bedeutung des Vergleichs bei verantwortlichkeitsbezogenen Ansprüchen auch KUNZ (FN 43), 79; MAURER (FN 1), N 265; HÜNERWADEL (FN 7), 82; MATTI LÄSER, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung versicherungsrechtlicher Aspekte, Diss. Zürich 2010, 216; OLIVER HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2009, 229.

<sup>108</sup> Dies hat mehrere Ursachen: Einerseits hat der Kläger meist sehr komplexe und umfangreiche Sachverhaltsermittlungen im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses zu tätigen. Andererseits zeitigen allfällige Solvenzprobleme auf Seiten der Verantwortlichen eine abschreckende Wirkung für den Kläger. M.a.W. fallen die mit einem Prozess behafteten Risiken oftmals zu gross für einen allfälligen Kläger aus. Selbst wenn eine Versicherung die Frage der Solvenz sicherstellen sollte, begünstigen bzw. fördern die möglichen hohen Kosten eines Verantwortlichkeitsprozesses sehr oft die vergleichsweise Erledigung. Als weitere Gründe können die Länge des Verfahrens und Reputationsrisiken erwähnt werden. Vgl. statt vieler LÄSER (FN 107), 216.

<sup>109</sup> Schulthess-Handkommentar OR-Trüb/Bhend, OR 827 N 1.

Gesellschafter<sup>110</sup> oder Gläubiger in Frage. Im Konkurs der Gesellschaft steht die Klagebefugnis in erster Linie der Konkursverwaltung zu. Trotz dieser Gläubigerpluralität ist zu beachten, dass nicht (nochmals) vom Beklagten/Verursacher Ersatz eines Schadens verlangt werden kann, welcher bereits abgegolten ist<sup>111</sup>. Dieser Grundsatz genießt vorrangige Geltung für die nachfolgend zu erörternden Fragestellungen<sup>112</sup>.

Zu beachten ist ferner, dass die vom Gesellschafter initiierte Verantwortlichkeitsklage darauf abzielt, dass der Beklagte im Falle einer Gutheissung der Klage eine Leistung an die betroffene Gesellschaft zu entrichten hat<sup>113</sup>. Der Gesellschafter kann durch die Verantwortlichkeitsklage keinen direkten Schaden geltend machen; er ist lediglich durch die Minderung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft, an welcher er beteiligt ist, indirekt geschädigt<sup>114</sup>. Unmittelbare Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschafter aus Art. 41 ff. OR bleiben vorbehalten. Diese Ansprüche werden allerdings in nachfolgender Diskussion ausgeklammert, da aufgrund ihrer «Unmittelbarkeit» unbestritten ist, dass die Gesellschafter darüber frei verfügen und somit diesbezüglich auch Vergleiche mit Inter-partes-Wirkung abschliessen können<sup>115</sup>.

### c. Grundsatz der Inter-partes-Wirkung von Vergleichen

Es stellt sich bei Vergleichen über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder die Frage, wer allenfalls einen Vergleich als Einrede zu gewärtigen hat<sup>116</sup>, da auf der einen Seite eine Mehrheit von (potentiellen) Gläubigern besteht. Das OR regelt die Wirkungen eines solchen Vergleichs nicht explizit und es existiert auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage<sup>117</sup>. Ausgangspunkt für die nachfolgenden Betrachtungen ist deshalb der Grundsatz der Inter-partes-Wirkung: Ein Vergleich über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche wirkt wie jeder Vertrag primär nur zwischen den an diesem Vertrag beteiligten Parteien<sup>118</sup>. In der Doktrin bestehen hierzu allerdings – v.a. bei Gesellschaf-

ten, über die (noch) nicht der Konkurs eröffnet wurde – gegensätzliche Ansichten<sup>119</sup>. Daher wird nachfolgend zwischen der Rechtslage ausserhalb des Konkurses sowie im Konkurs der Gesellschaft unterschieden.

## 4.2 Wirkung des Vergleichsabschluss ausser Konkurs der Gesellschaft

### a. Vergleiche zwischen Gesellschaftern und Organmitgliedern

Die Rechtsnatur der Klagemöglichkeit des Gesellschafters nach Art. 756 OR war in der Doktrin über eine lange Zeit hinweg umstritten: Ein Teil der Lehre vertrat die Ansicht, dass es sich bei Art. 756 OR um eine gesetzliche Form der Prozessstandschaft handelt<sup>120</sup>, während ein anderer Teil einen eigenen materiellen Anspruch des Aktionärs aus dieser Bestimmung ableitete<sup>121</sup>. Die Frage, ob ein eigener materieller Anspruch besteht oder ob Prozessstandschaft vorliegt, ist für die Wirkung des Vergleichs von entscheidender Bedeutung<sup>122</sup>: Sofern von einem eigenen materiell-rechtlichen Anspruch der Gesellschafter ausgegangen wird, zeitigt der Vergleich zwischen Gesellschaftern und Organmitgliedern keine Wirkung gegenüber der Gesellschaft bzw. kann dieser nicht in einer Vergleichseinrede entgegengehalten werden<sup>123</sup>. Der Anspruch der AG bzw. GmbH würde durch den zwischen Gesellschaftern und Organmitgliedern abgeschlossenen Vergleich nicht tangiert<sup>124</sup>.

Das Bundesgericht hat sich mit dieser kontrovers geführten Frage mehrfach auseinandergesetzt und kam in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Schluss, dass es sich bei Art. 756 OR um eine Form der Prozessstandschaft handelt<sup>125</sup>. Somit ist ein zwischen Gesellschaftern und Organmitgliedern abgeschlossener Vergleich sowohl für die Gesellschaft als auch für die übrigen Gesellschafter bindend<sup>126</sup>, d.h. diese bzw. die Gesellschaft könnten nicht mehr selbst klagen bzw. müssten die Einrede der

<sup>110</sup> Das Motiv für die Schaffung ein solchen «Klagerechtes» des Aktionärs besteht darin, dass die Gesellschaft bzw. deren Organe selbst relativ selten ein Interesse haben, (ehemalige) Organmitglieder zur Verantwortung zu ziehen. Vgl. statt vieler BÖCKLI (FN 61), § 18 N 225.

<sup>111</sup> Art. 150 Abs. 2 OR.

<sup>112</sup> BÖCKLI (FN 61), § 18 N 464; BÄRTSCHI (FN 106), 335.

<sup>113</sup> Art. 756 Abs. 1 OR; vgl. BGE 131 III 306, E. 3.1.1.; BGE 131 III 601, E. 4.1.

<sup>114</sup> Das Bundesgericht bezeichnet dies als «Reflexschaden» (BGE 131 III 306, E. 3.1.1.).

<sup>115</sup> MAURER (FN 1), N 265.

<sup>116</sup> KUNZ (FN 32), 166.

<sup>117</sup> BÖCKLI (FN 61), § 18 N 464; KUNZ (FN 32), 166; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 139.

<sup>118</sup> GILLARD (FN 66), 97; KUNZ (FN 32), 165; KUNZ (FN 44), 60. Das gleiche gilt im Übrigen auch für die Wirkung eines Urteiles (BÖCKLI [FN 61], § 18 N 464).

<sup>119</sup> Vgl. dazu unten III.4.2.

<sup>120</sup> Im Falle einer Prozessstandschaft ist nicht (nur) die eigentlich aus einem Anspruch materiell berechnete Person zur klageweisen Durchsetzung aktiv legitimiert, sondern auch eine Drittperson. Diese per Gesetz aktiv legitimierte Drittperson führt den Prozess in eigenem Namen. Es geht dabei um einen Aspekt der Sachlegitimation (SUTTER-SOMM [FN 20], N 192; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 13 N 24 ff.).

<sup>121</sup> Zu einer Übersicht über den Meinungsstand in dieser Frage KNOBLOCH (FN 45), 168 f.

<sup>122</sup> KUNZ (FN 32), 165 f.

<sup>123</sup> KUNZ (FN 32), 170; KNOBLOCH (FN 45), 197; zumindest implizit ebenfalls bestätigend BÖCKLI (FN 61), § 18 N 466.

<sup>124</sup> BÖCKLI (FN 61), § 18 N 466.

<sup>125</sup> BGE 132 III 342, E. 4.3; BGE 131 III 306, E. 3.1.1.

<sup>126</sup> HABLÜTZEL (FN 107), 228; BÖCKLI (FN 61), § 18 N 466; a.M. MAURER, der davon ausgeht, dass Art. 756 OR keine Vergleichsbefugnis zu Gunsten des Aktionärs beinhaltet und infolgedessen die Möglichkeit des Abschlusses eines Vergleichs durch den Aktionär nicht besteht. MAURER schränkt m.a.W. die Dispositionsbefugnis der Aktionäre ein bzw. sieht sie einzig dazu berechtigt, mittels eines Ur-

vergleichsweisen Erledigung der Streitsache gegen sich gelten lassen.

## b. Vergleiche zwischen der Gesellschaft und ihrer Organmitglieder

Bei einem Vergleich zwischen der Gesellschaft und ihrem Organmitglied ausser Konkurs der Gesellschaft ist zwischen der Wirkung des Vergleichs für die Gesellschaft und jener für die Gesellschafter zu unterscheiden. Schliesst eine AG oder GmbH einen Vergleich über verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche mit ihren Organmitgliedern ausserhalb eines Konkursverfahrens ab, so erledigt ein solcher Vergleich unbestrittenermassen die Ansprüche der juristischen Person auf Schadenersatz<sup>127</sup>, und zwar unabhängig davon, ob ein materieller Anspruch der Aktionäre bejaht oder ob Prozessstandschaft angenommen wird.

Die Wirkung eines von der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleichs auf die Gesellschafter ist hingegen äusserst umstritten. Dies ist eine direkte Folge der ebenfalls umstrittenen (Vor-)Frage der Rechtsnatur der Klagemöglichkeit der Gesellschafter: Falls man gestützt auf Art. 756 Abs. 1 OR einen eigenen materiellen Anspruch der Gesellschafter befürwortet, so hat ein zwischen Gesellschaft und Organ abgeschlossener Vergleich lediglich insofern eine Bindungswirkung, als dass ein bereits abgefolgter Schaden nicht nochmals ersetzt werden kann<sup>128</sup>. Darüber hinaus ist ein solcher Vergleich für die nicht zustimmenden Gesellschafter unverbindlich<sup>129</sup>, da die Gesellschaft nicht über einen materiellen Anspruch eines Dritten verfügen kann<sup>130</sup>. Um eine mögliche Häufung von Klagen zu verhindern, schlägt ein Teil der Lehre deshalb vor, den durch die Gesellschaft abgeschlossenen Vergleich der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen. Die Genehmigung würde die gleiche Wirkung wie eine Entlastung entfalten<sup>131</sup>. Zumindest soll die Bindungswirkung des Vergleichs für die Gesellschafter

teiles den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen (MAURER [FN 1], N 286 ff.).

<sup>127</sup> BÖCKLI (FN 61), § 18 N 465; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 140; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987, § 1 N 483. Der Abschluss eines solchen Vergleichs führt ebenfalls zur Unmöglichkeit der Abtretung an Gläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG (vgl. KUNZ [FN 32], 167).

<sup>128</sup> Vgl. dazu oben III.4.1b.

<sup>129</sup> KUNZ (FN 32), 168 m.w.H.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 141; MAURER (FN 1), N 277; HÜNERWADEL (FN 7), 82 f.

<sup>130</sup> KUNZ (FN 32), 168.

<sup>131</sup> HÜNERWADEL (FN 7), 83; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 141; KUNZ (FN 32), 168. Der dem Vergleich zustimmende Aktionär wäre nach Treu und Glauben in der Durchsetzung seines eigenen materiellen Anspruches gebunden. Der einen Vergleich ablehnende Aktionär könnte zwar weiterhin seinen Anspruch individuell durchsetzen, müsste sich aber analog an die Regeln zur Decharge halten. Insbesondere die Frist von sechs Monaten wäre hier zu nennen (HÜNERWADEL [FN 7], 83).

insoweit greifen, als dass der bereits durch den Vergleich abgefolgter Schaden nicht mehr separat eingefordert werden kann<sup>132</sup>. BÖCKLI – als Befürworter der Prozessstandschaft – lässt die Frage offen, welche Wirkung ein Vergleich auf das Klagerecht der Aktionäre nach Art. 756 OR hätte. M.E. müsste dies zum Erlöschen des Klagerechts führen, da es im Falle der Prozessstandschaft de facto um den materiellen Anspruch der Gesellschaft geht. Dieser Anspruch wird mit einem Vergleich durch die Gesellschaft auch für die Gesellschafter verbindlich geregelt<sup>133, 134</sup>.

## c. Vergleiche zwischen Gläubiger und Organmitgliedern

Ausserhalb des Konkurses steht den Gläubigern weder mittelbar noch unmittelbar ein Anspruch aus Verantwortlichkeit zu<sup>135</sup>, weshalb ihnen auch keine Kompetenz zum Abschluss von Vergleichen über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder zukommt. Zudem kann ein ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschafter oder durch die Gesellschaft abgeschlossener Vergleich die Gläubiger nicht in ihren Rechten tangieren<sup>136</sup>.

### 4.3 Wirkung des Vergleichsabschluss im Konkurs der Gesellschaft

Mit der Konkurseröffnung über die Gesellschaft<sup>137</sup> verändert sich die Ausgangslage grundlegend: Es werden aufgrund der «Raschein»-Doktrin, welche das Bundesgericht mit seinem Entscheid BGE 117 II 432 eingeleitet hat, alle (verantwortlichkeitsbezogenen) Ansprüche gegen Organmitglieder zusammengefasst und fallen in den Topf des «einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit»<sup>138</sup>. Dies führt einerseits zu einer

<sup>132</sup> BÄRTSCHI (FN 106), 336 f.; HÜNERWADEL (FN 7), 83; MAURER (FN 1), N 277.

<sup>133</sup> Diese Wirkungsweise eines Vergleichs lässt BÖCKLI zumindest im Falle der vergleichsweisen Erledigung durch eine Aktionärsklage gelten (BÖCKLI [FN 61], § 18 N 466).

<sup>134</sup> So explizit auch die folgenden Autoren: HÜNERWADEL (FN 7), 82; MAURER (FN 1), N 276; HABLÜTZEL (FN 107), 228; BÄRTSCHI stimmt dieser Ansicht grundsätzlich ebenfalls zu. Er ist allerdings der Ansicht, dass ein Vergleich nur im Umfang der vergleichsmässig vereinbarten Summe bindend sein könne. Für einen allfälligen Mehrbetrag sei der Vergleich nicht bindend (BÄRTSCHI [FN 106], 335 f.).

<sup>135</sup> E contrario Art. 757 Abs. 1 OR.

<sup>136</sup> Die Einrede des Vergleichs entfaltet gegenüber den Gläubigern ausserhalb des Konkurses keinerlei Wirkung. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 59), § 36 N 143; KUNZ (FN 32), 170. Dies gilt selbst im Falle eines von der Generalversammlung genehmigten Vergleichs.

<sup>137</sup> Art. 171 SchKG.

<sup>138</sup> Vereinfacht ausgedrückt besteht der Ansatz der «Raschein»-Doktrin darin, dass – dogmatisch betrachtet – nicht mehr von Ansprüchen der Gesellschaft, der Gläubiger und der Aktionäre gegen Organmitglieder ausgegangen wird, sondern mit Konkursdekret nur noch ein eigenständiger und einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit besteht (vgl. statt vieler BÖCKLI [FN 61], § 18 N 288). In der Literatur wurden nebst diesem Ansatz zur Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens weitere Theorien vertreten,

Änderung der zum Vergleich befugten Personen und hat andererseits auch Auswirkungen auf die Bindungswirkungen eines abgeschlossenen Vergleichs.

#### a. Vergleiche zwischen der Konkursverwaltung und Organmitgliedern

Aktiv legitimiert zur Geltendmachung von (verantwortlichkeitsbezogenen) Ansprüchen nach Konkursöffnung über die Gesellschaft ist in erster Linie die Konkursmasse, welche durch die Konkursverwaltung vertreten wird<sup>139</sup>; sie verfügt m.a.W. über ein «Vorklage-recht» gegenüber den Aktionären und den Gläubigern<sup>140</sup>. Die Vertretungsbefugnis der Konkursverwaltung umfasst auch den Abschluss von Vergleichen<sup>141</sup>. Von der Frage der Vertretungsbefugnis der Konkursverwaltung ist die Frage der (internen) Zuständigkeit abzugrenzen: Die Entscheidzuständigkeit für einen Vergleichsabschluss liegt in der Regel bei der Gläubigergesamtheit – handelnd im Rahmen einer Gläubigerversammlung<sup>142</sup> oder mittels Zirkularbeschluss – oder bei einem allfälligen Gläubigerausschuss<sup>143</sup>, d.h. die Konkursverwaltung muss zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen bzw. zum Abschluss von verantwortlichkeitsbezogenen Vergleichen vorgängig die Ermächtigung der zuständigen Organe einholen oder einen entsprechenden Genehmigungsvorbehalt vorsehen.

Da nur noch ein «einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit» besteht, wirkt ein von der Konkursverwaltung abgeschlossener Vergleich über verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche für die Gesellschaft bzw. die Konkursmasse, die Gesellschafter und die Gläubiger sowie die beklagten Organen bindend, d.h. die Ansprüche gelten damit als abgegoten<sup>144</sup>.

#### b. Vergleiche zwischen Gläubigern und Organmitgliedern

Sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der verantwortlichkeitsbezogenen Ansprüche verzichtet, leben die Klagebefugnis und damit auch die Befugnis zum Vergleichsabschluss der Gesellschaftsgläubiger wieder auf. Das (subsidiäre) Klagerecht des Gläubigers geht nicht nur bis zum Betrag seines eigenen Forderungsausfalles, sondern kann bis zum gesamten Schaden der Gläubigergesamtheit reichen. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des SchKG verwendet, d.h. ihm steht ein Vorabbefriedigungsrecht zu<sup>145</sup>. Am Überschuss nehmen die klagenden Gesellschafter im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse zurück<sup>146</sup>. Es ist umstritten, ob ein «Begehren um Abtretung» zur Geltendmachung des Anspruches notwendig ist. Zumindest wäre dies aber «ablauftechnisch hoch erwünscht»<sup>147</sup>. Das Fehlen eines solchen Begehrens mindert den Anspruch des Gläubigers jedoch nicht. Dogmatisch betrachtet machen die Gläubiger den Anspruch der Gläubigergesamtheit bzw. Konkursmasse geltend<sup>148</sup>.

Das umfassende Klagerecht des «Abtretungsgläubigers» hinsichtlich der Schadenshöhe wird damit begründet, dass der Gläubiger hier prozessstandschaftlich für die Gesellschaft bzw. die Konkursmasse agiert<sup>149</sup>. Grundsätzlich ist jeder «Abtretungsgläubiger» dazu befugt, den Anspruch der Gläubigergesamtheit in Prozessstandschaft einzuklagen. Zur Unterbindung von Klagehäufungen und widersprüchlichen Urteilen hat das Bundesgericht<sup>150</sup> diesbezüglich Schranken aufgestellt: Laut Bundesgericht bilden die Gläubiger insgesamt eine (uneigentliche) notwendige Streitgenossenschaft und haben sich deshalb prozessual abzustimmen<sup>151</sup>. Es handelt sich einerseits um eine notwendige Streitgenossenschaft, weil Art. 260 SchKG statuiert, dass der Richter über einen Anspruch der Masse in einem einzigen Urteil zu befinden hat. Dies gilt, selbst wenn mehrere Gläubiger sich den Anspruch haben abtreten lassen<sup>152</sup>. «Uneigentlich» ist die notwendige Streitgenossenschaft andererseits deshalb, da im Unterschied zu einer «echten» notwendigen Streitgenossenschaft jeder Gläubiger von der Klageeinleitung absehen kann, eine bereits eingeleitete Klage zu-

insbesondere die Theorie zur Doppelnatur des Gläubigeranspruchs oder die Theorie der Prozessstandschaft (siehe hierzu: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 OR N 4 ff.). Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird auf diese Theorien nachfolgend weder allgemein noch im Hinblick auf den Vergleich eingegangen.

<sup>139</sup> Art. 240 SchKG; vgl. GERICKE/WALLER (FN 138), Art. 757 OR N 18; BÖCKLI (FN 61), § 18 N 276.

<sup>140</sup> GERICKE/WALLER (FN 138), N 18 zu Art. 757 OR.

<sup>141</sup> Art. 757 Abs. 1 OR; vgl. HÜNERWADEL (FN 7), 37.

<sup>142</sup> Genauer gesagt fällt dies in den Zuständigkeitsbereich der zweiten Gläubigerversammlung; siehe Art. 235 SchKG.

<sup>143</sup> Art. 237 Abs. 3 SchKG; siehe dazu MAURER (FN 1), N 294 f.; HÜNERWADEL (FN 7), 36 f.

<sup>144</sup> BÄRTSCHI (FN 106), 337 m.w.H.; BÖCKLI (FN 61), § 18 N 467a. Ein Teil der Lehre schränkt dies dahingehend ein, dass im Falle eines Vergleichs den Gläubigern das Recht zugestanden werden muss, die Prozessführung an dieselben unter Einbringung der Vergleichssumme in die Konkursmasse anzubieten (Prinzip der beschränkten Bindungswirkung). Erst wenn eine solche Abtretungsmöglichkeit von den Gläubigern nicht genutzt wird, kann der Vergleich seine «allseitige» Bindungswirkung aufnehmen (mit einer Übersicht zum Meinungsstand: HABLÜTZEL [FN 107], 228). Zur Sonderproblematik des Vergleichs als Verzicht im Hinblick auf Art. 260 SchKG eingehend MAURER (FN 1), N 297 ff.

<sup>145</sup> Statt vieler: BÖCKLI (FN 61), § 18 N 348a.

<sup>146</sup> Art. 757 Abs. 2 OR; vgl. dazu statt vieler BÄRTSCHI (FN 106), 158.

<sup>147</sup> So explizit BÖCKLI (FN 61), § 18 N 348.

<sup>148</sup> GERICKE/WALLER (FN 138), Art. 757 OR N 23.

<sup>149</sup> So explizit das Bundesgericht im Entscheid 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009, E. 2.4. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt ein Gläubiger, sofern er nach Art. 757 Abs. 2 OR vorgeht, «in einer Art Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit [...]» Die prozessstandschaftliche Stellung wurde zudem im Entscheid 4A\_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2, bestätigt.

<sup>150</sup> Massgebend ist BGE 121 III 488 betreffend Art. 260 SchKG.

<sup>151</sup> BGE 121 III 488, E. 2c.

<sup>152</sup> BGE 121 III 488, E. 2c.

rückziehen darf oder sich mit dem Beklagten vergleichen darf<sup>153</sup>. Gesellschaftsgläubiger, die nach dem Verzicht der Konkursverwaltung eine eigene Klage einreichen, dürfen auch ohne Zustimmung der Konkursverwaltung einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich mit dem/den betroffenen Organmitgliedern aushandeln<sup>154</sup>. Den Gesellschaftern steht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – trotz des klaren Wortlautes von Art. 757 Abs. 2 OR – nach Verzicht durch die Konkursverwaltung kein subsidiäres Klagerecht zu<sup>155</sup>.

Umstritten sind in der Lehre die Wirkungen eines Vergleichs der Gläubiger. Laut KNOBLOCH wirkt sich ein Vergleich des Gläubigers lediglich gegenüber der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse, den beklagten Organen und dem Kläger aus<sup>156</sup>. GERICKE/WALLER argumentieren, dass Urteil, Anerkennung und Vergleich nur zwischen den Parteien Gültigkeit erlangen können. Es müsse aber zumindest in Analogie zu Art. 150 OR berücksichtigt werden, was der Haftpflichtige bereits an den Gesamtschaden geleistet habe. Da die Gläubiger prozessstandschaftlich vorgehen, seien auch nur sie Partei des einzelnen Prozesses<sup>157</sup>. MAURER verweist auf das Prinzip der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft und argumentiert basierend auf diesem, dass sich im Falle mehrerer Abtretungsgläubiger ein einzelner Gläubiger vergleichen darf. Er kann aber keinen Vergleich mit Wirkung für die übrigen Gläubiger abschliessen, sofern jene dem Vergleich nicht selbst zustimmen<sup>158</sup>. M.E. ist dieser Auffassung aufgrund der vom Bundesgericht vorgenommenen Qualifikation der Gläubigergesamtheit als (uneigentliche) notwendige Streitgenossenschaft zuzustimmen. Es wird vom Bundesgericht zwar keine einheitliche Prozessführung verlangt und die Einzelklage ist zulässig, gleichzeitig ist aber notwendig, dass die Entscheidung in der Sache einheitlich ausfällt. Damit liegt eine Kombination vor: Das Urteil muss für alle Streitgenossen gelten (wie bei der notwendigen Streitgenossenschaft), doch bleibt die selbständige Prozessführung möglich (wie bei einer einfachen Streitgenossenschaft). Auf den Vergleich übertragen bedeutet dies, dass zwar jeder einzelne Gläubiger zum Vergleichsabschluss legitimiert ist, der allerdings lediglich Inter-partes-Wirkung aufweisen kann.

### c. Vergleiche infolge Abtretung nach Art. 260 SchKG?

Art. 757 Abs. 3 OR hält die Bestimmungen von Art. 260 SchKG ausdrücklich vor. Es ist in der Lehre aber umstritten, ob Art. 260 SchKG überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt oder ob Art. 757 Abs. 2 OR eine abschliessende, eigenständige Regelung darstellt<sup>159</sup>. Unter der Geltung der «Raschein»-Doktrin verleiht der Verweis von Art. 757 Abs. 3 OR keine weitergehenden Rechte, d.h. es sind keine spezifischen Vergleiche infolge Abtretung gemäss Art. 260 SchKG möglich.

## IV. Schlussbemerkungen

Aufgrund der Vertragsfreiheit und Dispositionsmaxime, die auch bei gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen gelten, zeitigt der Vergleich im Gesellschaftsrecht vielseitige und umfassende Wirkungen. Es ist von der Prämisse auszugehen, dass prinzipiell sämtliche gesellschaftsrechtliche Ansprüche vergleichsweise bereinigt werden können. Dieser grosse Gestaltungsraum ist grundsätzlich zu begrüssen, da mittels Vergleich von Privaten – auch jenseits der staatlich organisierten Streiterledigung – kreative und situationsangepasste Lösungen gefunden werden können. Trotzdem scheint die gesetzliche Erfassung dieser Vertragsform als teilweise zu rudimentär; im Bereich der Vergleichsfähigkeit und dem Umfang der Bindungswirkung eines gesellschaftsrechtlichen Vergleichs sind (zu) viele Rechtsfragen ungeklärt, die (bisher) auch nicht von der Rechtsprechung beantwortet werden konnten. Gerade weil der gesellschaftsrechtliche Vergleich ein an der Grenze zwischen Wirtschafts- und Prozessrecht angesiedeltes komplexes Rechtsinstrument ist, wäre m.E. eine zurückhaltende, aber klare Regelung des Gesetzgebers, die einen dynamischen und flexiblen Rahmen gewährleistet, angebracht. Dadurch könnten beispielsweise bei der Verantwortlichkeitsklage zufällige Ergebnisse des Umfangs der Bindungswirkung verhindert werden. Diese Regelung könnte gleichsam als Klammer vor das Recht der AG und GmbH gezogen werden und damit für beide Gesellschaften gleichermaßen gelten, da die Gegenüberstellung des Vergleiches bei der GmbH und der AG aufzeigt, dass aufgrund der ähnlichen Organisationsstruktur der beiden Gesellschaftsformen parallele Fragestellungen bestehen.

<sup>153</sup> BÖCKLI (FN 61), § 18 N 351. Die jedem Abtretungsgläubiger zustehende Vergleichsbefugnis wird vom Bundesgericht ebenfalls bestätigt (BGE 121 III 488, E. 2c).

<sup>154</sup> MAURER (FN 1), N 315.

<sup>155</sup> Dies ergibt sich aus der zuvor genannten «Raschein»-Doktrin des Bundesgerichts (siehe oben FN 138), ist in der Lehre jedoch umstritten (vgl. statt vieler GERICKE/WALLER [FN 138], Art. 757 OR N 21).

<sup>156</sup> KNOBLOCH (FN 45), 188.

<sup>157</sup> GERICKE/WALLER (FN 138), Art. 757 OR N 29.

<sup>158</sup> MAURER (FN 1), N 316 f. m.w.H.

<sup>159</sup> Ausführlich zum Ganzen BÄRTSCHI (FN 106), 167 ff.