

Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015

Fünftes Deutsch-österreichisch-
schweizerisches Symposium

Herausgegeben von

Holger Fleischer, Susanne Kalss
und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

Holger Fleischer ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kals ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-154134-6

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

Inhaltsverzeichnis

Harald Bärtschi

Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen
gegen Organe einer Aktiengesellschaft 1

Gregor Bachmann

Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen
gegen Organmitglieder 65

Diskussion (*Eckart Bueren*) 85

Thomas Jutzi

Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche 95

Holger Fleischer

Vergleiche über Organhaftungs-, Einlage- und Drittansprüche
der Aktiengesellschaft 123

Diskussion (*Felix Jaeger*) 173

Susanne Kalss

Gesellschaftsrecht und Schiedsrecht in Österreich 177

Diskussion (*Elke Heinrich*) 205

Barbara Grunewald

Die *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH Recht 209

Florian Schuhmacher

Die *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH-Recht 223

Diskussion (*Maximilian Mann*) 237

Andreas Bohrer

Kapitalmarktrecht zwischen öffentlich-rechtlicher
und privatrechtlicher Normdurchsetzung.

Ansätze für ein Finanzmarkt-Enforcement 3.0..... 243

Rüdiger Veil / Alexander Brüggemeier

Kapitalmarktrecht zwischen öffentlich-rechtlicher
und privatrechtlicher Normdurchsetzung

277

Diskussion (*Lars Harzmeier*) 311

Friedrich Rüffler

Strafrecht als Mittel zur Durchsetzung des Gesellschaftsrechts 317

Autorenverzeichnis 333

Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche

THOMAS JUTZI*

I.	Einleitung	96
II.	Grundlagen des Vergleichs in der Schweiz	96
	1. Elemente des Vergleichsvertrags	96
	2. Abgrenzungen	98
	a) Außergerichtlicher und gerichtlicher Vergleich.....	98
	b) Klageanerkennung und -rückzug.....	99
	3. Vergleichsfähigkeit.....	100
III.	Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche	100
	1. Allgemeine Vergleichsfähigkeit von GmbH- und aktienrechtlichen Ansprüchen	100
	a) Subjektive Vergleichsfähigkeit	101
	b) Objektive Vergleichsfähigkeit	101
	c) Beispiele vergleichsfähiger und nicht vergleichsfähiger Ansprüche	102
	2. Vergleiche über Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der General- bzw. Gesellschafterversammlung	103
	a) Stand von Lehre und Rechtsprechung	104
	b) Eigene Stellungnahme	108
	3. Vergleiche über Auflösungsklagen.....	110
	4. Vergleiche über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder.....	112
	a) Ausgangslage	112
	b) Wirkung des Vergleichsabschlusses außer Konkurs der Gesellschaft	114
	c) Wirkung des Vergleichsabschlusses im Konkurs der Gesellschaft.....	117
IV.	Schlussbemerkungen.....	121

* Überarbeitete und erweiterte Fassung eines anlässlich des 5. Deutsch-Österreichisch-Schweizerischen Symposiums zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht am 5. Juni 2014 in Hamburg gehaltenen Referats. Der vorliegende Beitrag entstand mit großer Unterstützung von RA MLaw Christoph Feuz, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Erstveröffentlichung dieses Beitrags in GesKR 2014, 500–512.

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 Prozessanhebung verglichen¹. 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 wird², was zu einer fast unbegrenzten Anzahl von Ausgestaltungsmöglichkeiten des Vergleichsvertrags führt. Der Vergleichsvertrag – als „Hülle verschiedener Rechtsgeschäftstypen“³ – 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 werden⁴. 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 Vergleichsvertrags

Der Vergleichsvertrag wird in der Schweiz – im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen wie z.B. der von Deutschland⁵ und Österreich⁶ – vom Ge-

¹ Vgl. die Schätzungen bei *Maurer*, Der Vergleichsvertrag, Diss. Zürich, 2013, Rn. 1 ff. m.w.H.; *Luterbacher*, Die Schadensminderungspflicht, Diss. Zürich, 2005, S. 55 ff., 150.

² Siehe dazu unten II.3.

³ *Hoffmann*, Verzicht und Vergleich in Arbeitsrecht, Diss. Zürich, 1985, S. 87.

⁴ Vgl. unten III.2, III.3 und III.4.

⁵ 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) [...]“.

⁶ § 1380 ABGB hat den Vergleichsvertrag wie folgt erfasst: „Ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige, oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, dass jede Partei sich wechselseitig 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).

setzgeber weder definiert noch in umfassender Weise normiert⁷. Bei diesem Rechtsinstitut handelt es sich deshalb nach schweizerischem Rechtsverständnis um einen materiell-rechtlichen Innominatkontrakt⁸. 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 [...]“⁹. 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 Ungewissheit¹⁰. Die Beilegung mittels Vergleich bedingt demzufolge begrifflich das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, selbst wenn dieses als solches strittig sein sollte¹¹. Der Vergleich ist allerdings nicht akzessorisch zu diesem vorbestehenden Rechtsverhältnis, sondern ein eigenständiger Vertrag. Die Bezugnahme auf eine vorbestehende, rechtlich relevante Beziehung zeigt allerdings die grundsätzlich derivative Rechtsnatur des Vergleichs auf: Sein Zweck ist die Regelung strittiger oder unsicherer Rechte und Pflichten aus einem anderen Rechtsverhältnis¹². Die mittels Vertrag beigelegten Differenzen können dabei tatsächlicher oder recht-

⁷ 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), Rn. 9; *Hünerwadel*, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. St. Gallen, 1989, S. 2, 11; *Schütz*, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2009, S. 237; *Gauch*, FS Schlupe, 1988, S. 3 ff., 4; *Ateslander-Dürrenmatt*, Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis, Diss. Bern, 2006, S. 23 f.

⁸ Der gerichtliche Vergleich weist zudem neben seiner materiell-rechtlichen Seite auch eine prozessrechtliche Komponente auf. Vgl. dazu BGE 56 I 223 ff.; *Berti*, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2007, Taktik, Tücken, Vergleich und Rechtsmittel, Beiträge zur Tagung vom 19. Juni 2007, 2007, S. 109 ff., 109; *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 2; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 9; *Gauch* (Fn. 7), S. 4; *Ateslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 23 f.

⁹ BGE 130 II 49, E. 1.2; 121 III 397, E. 2c; 111 II 349, E. 1; 105 II 273, E. 3a; BGer 4A_279/2007 vom 15. Oktober 2007, E. 3.3; BGer 4C.194/2006 vom 5. September 2006, E. 1.3. Vgl. zur Lehrmeinung auch *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 2; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 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.

¹⁰ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 12; *Gauch* (Fn. 7), S. 4.

¹¹ 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), Rn. 12 f.; *Ateslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 2.

¹² *Maurer* (Fn. 1), Rn. 14 f.

licher Natur sein¹³. Zugeständnisse können u.a. in der Form neuer Verpflichtungen, der Gewährung einer Stundung, dem Verzicht auf eine Forderung bzw. auf die Fortsetzung der Betreibung oder in einer Schuldanerkennung erfolgen¹⁴.

2. Abgrenzungen

a) Außergerichtlicher und gerichtlicher Vergleich

Sowohl Lehre als auch Rechtsprechung unterscheiden seit jeher zwischen dem außergerichtlichen und dem gerichtlichen Vergleich¹⁵: Das schweizerische Bundesgericht betrachtet den außergerichtlichen Vergleich als Grundform des Vergleichs und sieht den gerichtlichen Vergleich als eine besondere Ausprägung dieses materiell-rechtlichen Rechtsgeschäftes¹⁶, was zur Folge hat, dass der gerichtliche Vergleich sämtliche (materiell-rechtlichen) Begriffselemente des außergerichtlichen Vergleichs beinhaltet¹⁷. Darüber hinaus sind beim außergerichtlichen Vergleich spezifische prozessrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen¹⁸: Ein (außergerichtlicher) Vergleich wird zum gerichtlichen Vergleich, wenn er dem Gericht zur Kenntnis gebracht wird¹⁹, d.h. er muss dem Gericht entweder direkt zu Protokoll gegeben oder diesem separat eingereicht werden²⁰. Die (rudimentäre) Verankerung des gerichtlichen Vergleiches in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)²¹ führt zudem dazu,

¹³ Nicht notwendig ist, dass bereits ein Prozess angehoben wurde; vgl. *Maurer* (Fn. 1), Rn. 42.

¹⁴ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 47. Das Vorliegen beidseitiger Zugeständnisse beurteilt sich gemäß Bundesgericht zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses (BGer 4A_103/2010 vom 16. März 2010, E. 2.3.3; BGer 4C.27/2002 vom 19. April 2002, E. 3c).

¹⁵ 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), Rn. 62 ff.; vgl. zur punktuellen Regelung des Vergleichs in der ZPO z.B. Art. 109, Art. 201 und Art. 241.

¹⁶ 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 [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt); siehe hierzu auch BGE 80 I 385, E. 4.

¹⁷ *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 18.

¹⁸ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 62 f.

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

²⁰ Anschließend schreibt das Gericht den Prozess ab (Art. 208 und Art. 241 ZPO); vgl. zu den Voraussetzungen des gerichtlichen Vergleichs auch *Spühler/Dolge/Gehri*, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., 2010, § 40 Rn. 95; *Sutter-Somm*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 1138.

²¹ SR 272.

dass der gerichtliche Vergleich nebst seiner materiell-rechtlichen Bedeutung auch als Institut des Prozessrechts gilt (sog. „Doppelnatur“): Er ist einerseits ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft und gleichzeitig beinhaltet er (zweiseitige) Prozesshandlungen²².

b) 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 Urteilsurrogate dienen²³. 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 münden²⁴. Klagerückzug²⁵ und -anerkennung²⁶ unterscheiden sich allerdings insofern vom (gerichtlichen) Vergleich, als dass es sich dabei um reine Prozesshandlungen und nicht um zivilrechtliche Rechtsgeschäfte mit prozessualen Folgen handelt²⁷. Darüber hinaus sind sowohl die Klageanerkennung als auch der Klagerückzug einseitige Prozesshandlungen, währenddessen der Vergleich eine übereinstimmende, von mindestens zwei Parteien ausgehende Willenserklärung ist²⁸. 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 Prozesshandlung²⁹.

²² BGE 56 I 223 ff.; BGER 5A_337/2008 vom 15. Juli 2008, E. 4.1; *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 23; *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 40 Rn. 93. Vgl. auch BGE 139 III 133, E. 1.2, welcher festhält, dass der Vergleich den Prozess beendet und der Abschreibungsabschluss lediglich deklaratorischer Natur ist.

²³ 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 Rn. 92; *Sutter-Somm* (Fn. 20), Rn. 1139.

²⁴ *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 40 Rn. 93; *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 23.

²⁵ Der Klagerückzug ist eine Prozesshandlung des Klägers, mit welcher er auf die Weiterverfolgung seines Rechtsschutzgesuches ganz oder teilweise verzichten kann: Vgl. dazu *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 40 Rn. 96; *Sutter-Somm* (Fn. 20), Rn. 1145.

²⁶ 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), S. 115; *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 40 Rn. 96.

²⁷ *Berti* (Fn. 8), S. 114; *Sutter-Somm* (Fn. 20), Rn. 1145.

²⁸ *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 40 Rn. 98.

²⁹ *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 10.

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 Handlungsfähigkeit³⁰ – bzw. beim gerichtlichen Vergleich die Partei- und Prozessfähigkeit³¹ – 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 werden³². Dem Grundsatz nach kann jedes (privatrechtliche) Rechtsverhältnis mittels Vergleich geregelt werden³³. 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 entzogen³⁴.

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,

³⁰ Art. 11 und Art. 12 ff. ZGB für natürliche Personen und Art. 53 f. ZGB betreffend juristische Personen.

³¹ Art. 66 f. ZPO. Vgl. auch *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 32 f.

³² Grundlegend dazu *Kunz*, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, S. 163; *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 43.

³³ 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 *Bucher*, in: *Honsell/u.a.*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 5. Aufl., 2011, Rn. 5 ff. zu vor Art. 1-40 OR.

³⁴ So sind bspw. höchstpersönliche Rechte der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen. Siehe auch *Maurer* (Fn. 1), Rn. 327.

kann auf die allgemeinen Ausführungen von Teil II (inkl. der dort zitierten Literatur) verwiesen werden³⁵.

a) Subjektive Vergleichsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit der AG und der GmbH entsteht mit deren Eintragung im Handelsregister gemäß Art. 643 Abs. 1 Obligationenrecht (OR)³⁶ bzw. Art. 779 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 52 Zivilgesetzbuch (ZGB)^{37, 38}. 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)³⁹; GmbH: Gesellschafterversammlung (Art. 808 OR), Geschäftsführung (Art. 809 OR) und prinzipiell Revisionsstelle (Art. 818 OR)⁴⁰ – bestellt sind⁴¹. Es ist Aufgabe der Organe, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu verleihen⁴², unter anderem auch mittels Abschluss eines Rechtsgeschäftes in Form eines Vergleichs.

b) 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 dispositi-

³⁵ Vgl. insbesondere II.3.

³⁶ SR 220.

³⁷ SR 210.

³⁸ 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 *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2012, § 11 Rn. 11 (allgemein), § 16 Rn. 603 ff. (AG), § 18 Rn. 39 (GmbH); siehe für den prozessualen Kontext auch *Vock*, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten. Eine Darstellung nach Zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, 2000, S. 74.

³⁹ 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 *Böckli*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, 2007, S. 61 ff.

⁴⁰ 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), S. 61 ff.

⁴¹ Art. 54 ZGB; grundlegend dazu *Riemer*, in: Hausheer, Berner Kommentar: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, 1993, S. 136 ff.

⁴² Art. 55 ZGB; siehe auch *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 35; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 176.

ver Natur⁴³. Die Parteien sind deshalb grundsätzlich frei, über gesellschaftsrechtliche Ansprüche Vergleiche abzuschließen⁴⁴. Prozessual drückt sich die Privatautonomie in der prinzipiellen Geltung der Dispositions-⁴⁵ und Verhandlungsmaxime⁴⁶ im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Verfahren aus⁴⁷. Insbesondere die Geltung der Dispositionsmaxime erlaubt es den Parteien, ein Verfahren, welchem gesellschaftsrechtliche Ansprüche zugrunde liegen, mittels (gerichtlichen) Vergleichs abzuschließen.

c) *Beispiele vergleichsfähiger und nicht vergleichsfähiger Ansprüche*

Als Beispiele für (objektiv) vergleichsfähige aktienrechtliche Ansprüche können die Ansprüche aus Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR)⁴⁸, die Ansprüche aus Rückforderung (Art. 678 OR)⁴⁹, die Klage auf Erteilung von Auskunft und Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR)⁵⁰ sowie die Einberufungs- und Traktandierungsklage (Art. 699 Abs. 4 OR)⁵¹ 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,

⁴³ Kunz, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2012, S. 34; Forstmoser, ZGR 1997, 254 ff., 256; Bühler, GesKR 2013, 541 ff., 542.

⁴⁴ Bejahend für das Aktienrecht betreffend außergerichtliche Vergleiche Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, 1997, S. 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.

⁴⁵ 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, Klageanerkennung 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 Rn. 6 und Rn. 9; Sutter-Somm (Fn. 20), Rn. 299; Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, 2011, S. 36, 136 f.

⁴⁶ Art. 55 Abs. 1 ZPO: „Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.“

⁴⁷ Statt vieler: Knobloch (Fn. 45), S. 136 f.; Vock (Fn. 38), S. 159. Zu den Ausnahmen siehe auch unten III.1.a.

⁴⁸ Vgl. dazu unten III.4.a)aa); ferner zur Vergleichsfähigkeit von verantwortlichkeitsrechtlichen Ansprüchen Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 11 Rn. 14; Kunz (Fn. 44), S. 83; Maurer (Fn. 1), Rn. 399.

⁴⁹ Maurer (Fn. 1), Rn. 399.

⁵⁰ Vock (Fn. 38), S. 158 f.

⁵¹ Vock (Fn. 38), S. 158.

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 OR⁵², 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 zukommt⁵³ und demzufolge auch die vergleichsweise Erledigung der Klage ausgeschlossen ist⁵⁴. 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)⁵⁵, da es sich dabei um Einparteienverfahren handelt, was bereits begrifflich den Abschluss eines gerichtlichen (Vergleichs-)Vertrags ausschließt⁵⁶. Umstritten ist hingegen die Vergleichsfähigkeit der aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Anfechtungs- und Auflösungsklagen. Ebenfalls umstritten ist die Wirkung der (an sich zulässigen) Vergleiche über verantwortlichkeitsrechtliche 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 werden⁵⁷. Parteien eines Vergleichsvertrags über Anfechtungsklagen sind grundsätzlich Kläger und Beklagte:

⁵² Zu den möglichen Maßnahmen im Einzelnen siehe Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1-3 OR.

⁵³ BGer 4A_321/2008 vom 5. August 2010, E. 5.2; vgl. auch *Lehmann*, GesKR 4/2007, 420 ff., 423; *Trautmann/von der Crone*, SZW 5/2012, 461 ff., 470.

⁵⁴ So bereits *Vock* für die altrechtliche Bestimmung von Art. 727f Abs. 2 OR (*Vock* [Fn. 38], S. 159).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Theoretisch denkbar ist immerhin ein außergerichtlicher Vergleich, in dessen Rahmen ein Rückzug vereinbart wird.

⁵⁷ Art. 706 Abs. 1 und 5 OR. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage. Ausführlich zur Rechtsnatur der Gestaltungsklage statt vieler *Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergeinschaft). Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, 1998, Rn. 210 m.w.H.; *Tanner*, in: Roberto/Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Art. 530–771 OR, Bd. 7, 2. Aufl., 2012, Rn. 21 zu Art. 706 OR.

Aktiv legitimiert sind der Verwaltungsrat als Organ⁵⁸ und – unabhängig von der Anzahl Aktien, die er vertritt – jeder einzelne Aktionär⁵⁹; Passivlegitimation besteht für die Aktiengesellschaft, deren Beschlüsse angefochten werden⁶⁰. Vergleichsgegenstand ist das Anfechtungsobjekt der Gestaltungs-klage, d.h. Generalversammlungsbeschlüsse⁶¹. Das GmbH-Recht verweist für die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung auf die Bestimmungen des Aktienrechts⁶², 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 Gesellschafter- versammlungen.

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

a) *Stand von Lehre und Rechtsprechung*

aa) *Zur Anwendbarkeit der Offizial- oder Dispositionsmaxime*

Das Bundesgericht hielt bereits im Jahr 1954 in einem Entscheid zur altrecht- lichen aktienrechtlichen Anfechtungsklage (BGE 80 I 385) fest, dass der Streitgegenstand nicht nur in denjenigen Fällen der freien Dispositionsbefug- nis der Parteien entzogen sei, bei denen öffentliche Interessen dies gebieten würden (z.B. bei Scheidungen); dasselbe gelte auch in Fällen, in denen auf- grund des materiellen Rechts die vom Richter geschaffene Rechtslage Dritte, die sich nicht als Nebenintervenienten im Prozess konstituiert haben, binde⁶³. Im Gegensatz dazu gelte allerdings der Untersuchungsgrundsatz im An- fechtungsprozess nicht, weil es hierfür an der notwendigen gesetzlichen Vorschrift fehle⁶⁴. Trotz dieser offenen Formulierung schließen einzelne – v.a. prozessual orientierte – Autoren aus den Erwägungen des Bundes-

⁵⁸ Sofern der Verwaltungsrat klagt, muss der Richter einen Vertreter für die Gesell- schaft bestimmen (Art. 706a Abs. 2 OR).

⁵⁹ 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 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 25 Rn. 42; vgl. ferner auch BGE 117 II 290 ff.

⁶⁰ Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR; siehe ferner BGE 122 III 283.

⁶¹ Verwaltungsrats- und Geschäftsführerbeschlüsse sind hingegen nicht anfechtbar; vgl. statt vieler *Böckli*, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 13 Rn. 263 ff.

⁶² Art. 808c OR.

⁶³ Grundlegend zum Schutz Drittbetroffener in Gestaltungsprozessen (inkl. rechtsver- gleichenden Betrachtungen): *Sogo*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiel- len Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich, 2007, S. 325 ff.

⁶⁴ BGE 80 I 385, E. 4.

gerichts, dass im Anfechtungsprozess die *Offizialmaxime* anwendbar sei⁶⁵. 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*⁶⁶. Die Anwendbarkeit der Verhandlungs- bzw. der *Untersuchungsmaxime* ist ebenfalls umstritten⁶⁷.

bb) 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 wird⁶⁸. In BGE 122 III 279⁶⁹ 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 Mehrheitsaktionäre⁷⁰ – zu verteidigen habe. Infolge dieser Verpflichtung sei es ihm

⁶⁵ So etwa *Maurer* (Fn. 1), Rn. 400; *Sogo* (Fn. 63), S. 328 f.; *Sutter-Somm* (Fn. 20), Rn. 314; *Sutter-Somm/v. Arx*, in: *Sutter-Somm/u.a.*, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, Rn. 27 zu Art. 58 ZPO; *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 1979, S. 171; *Walder*, Die *Offizialmaxime*. Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1973, S. 20 f.; *Hurni*, in: *Hausheer/Walter*, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Bd. I, 2012, Rn. 60 zu Art. 58 ZPO; *Rapp*, in: *Hasenböhler/Schnyder*, Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht. Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, 1997, S. 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), Rn. 232 m.w.H.

⁶⁶ *Vock* (Fn. 38), S. 156 f.; *Kunz* (Fn. 44), S. 84; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 25 Rn. 73; *Knobloch* (Fn. 475), S. 136 f.; *Gillard*, La transaction judiciaire en procédure civile. Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne, 2003, S. 91; *Guhl/Koller*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, § 69 Rn. 56.

⁶⁷ *Böckli* (Fn. 61), § 16 Rn. 142 m.w.H.

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

⁶⁹ „*Obiter dictum*“; siehe dazu *Vock* (Fn. 38), S. 156; *Knobloch* (Fn. 45), S. 135 (Fn. 548).

⁷⁰ 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

ebenfalls verwehrt, über den Streitgegenstand mittels Klageanerkennung oder Vergleich zu verfügen⁷¹.

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 hat⁷². 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 verhindert⁷³. 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 Vergleich⁷⁴ sich inhaltlich

haben. Das Gesellschaftsinteresse muss sich diesbezüglich nicht mit dem Interesse der Mehrheitsaktionäre decken.

⁷¹ BGE 122 III 279, E.3c/aa.

⁷² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 25 Rn. 73; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 402; *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, 1996, § 19 Rn. 82; *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 32; *Böckli* (Fn. 61), § 16 Rn. 138; *Vock* (Fn. 38), S. 156 f.; *Kunz* (Fn. 32), S. 163; *Rohrer*, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979, S. 115; *Gillard* (Fn. 66), S. 96 f.; *Lehmann*, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, Rn. 202 f.; *Bauen/Bernet*, Schweizer Aktiengesellschaft. Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zürich u.a. 2007, Rn. 441; v. *Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., 2011, Rn. 1155; ZR 90 (1991), 210 (209-211); *Truffer/Dubs*, in: Honsell/u.a., Obligationenrecht II. Art. 530–964 OR, 4. Aufl., 2012, Rn. 27 zu Art. 706 OR. Es wird hingegen oft offengelassen, ob Vergleiche mit einer anderen Zielrichtung möglich bleiben oder ob es sich um einen generellen Ausschluss 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. 72], Rn. 202 f.).

⁷³ Diese Argumentation findet sich etwa bei folgenden Autoren: *Lehmann* (Fn. 72), Rn. 201 und 203; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 25 Rn. 73; *Sogo* (Fn. 63), S. 326 f.; *Vock* (Fn. 38), S. 157; *Böckli* (Fn. 61), § 16 Rn. 138; *Truffer/Dubs* (Fn. 72), Rn. 27 zu Art. 706 OR; *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 48; *Schott*, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich, 2009, § 17 Rn. 1.

⁷⁴ *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

mit Fragen befasst, welche in die Kompetenz der Generalversammlung fallen, fehlt es dem Verwaltungsrat als geschäftsführendem Organ an der notwendigen Vertretungsbefugnis⁷⁵. 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 Vergleichs⁷⁶. Ein weiterer Teil der Lehre sieht in der Nebenintervention⁷⁷ das prozessrechtliche Ventil zum Schutz der dritt betroffenen (Mehrheits-)Aktionäre im Anfechtungsprozess⁷⁸.

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) neutralisiert⁷⁹. Das Kantonsgericht Zug hat

Generalversammlung einen Generalversammlungsbeschluss aufzuheben oder abzuändern; *Lehmann* (Fn. 72), Rn. 202 f.; gleicher Meinung *Gillard* (Fn. 66), S. 97; *Truffer/Dubs* (Fn. 72), Rn. 27 zu Art. 706 OR.

⁷⁵ *Lehmann* (Fn. 72), Rn. 201; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 400.

⁷⁶ *Truffer/Dubs* (Fn. 72), Rn. 27 zu Art. 706 OR; *Böckli* (Fn. 61), § 16 Rn. 140; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 25 Rn. 73 (Fn. 69); *Riemer* (Fn. 57), Rn. 233. In Ablehnung 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), Rn. 233; *Tanner* (Fn. 57), Rn. 23 zu Art. 706 OR.

⁷⁷ Art. 74–77 ZPO.

⁷⁸ Siehe hierzu u.a. *Druey*, in: *Forstmoser/Druey*, Rechtsfragen um die Generalversammlung, Band 11, 1997, S. 131 ff., 156; *Vock* (Fn. 38), S. 157; kritisch hierzu *Sogo* (Fn. 63), S. 332 ff.; *Böckli* (Fn. 61), § 16 Rn. 140.

⁷⁹ *Druey* (Fn. 78), S. 156; vgl. auch *Guhl/Koller* (Fn. 66), § 69 Rn. 56. Kunz scheint die Argumentation mit Blick auf die Geltung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime im Gesellschaftsrecht zumindest teilweise zu unterstützen (*Kunz* [Fn. 45], S. 83 f.). Im Ergebnis ebenfalls zustimmend *Knobloch*, jedoch mit einem auf Art. 706a Abs. 2 OR beruhenden Begründungsansatz (*Knobloch* [Fn. 45], S. 135 ff.).

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, sprechen⁸⁰.

b) Eigene Stellungnahme

aa) 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 Dispositionsfreiheit⁸¹. 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 (zumindest teilweise)⁸² die Officialmaxime gilt⁸³. 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 kann⁸⁴. 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

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

⁸¹ Vgl. dazu oben III.1.b).

⁸² Ein Klagerückzug bzw. ein Vergleich, welcher einen Klagerückzug beinhaltet, dürfte wohl weiterhin erlaubt sein. Vgl. III.2.a)bb).

⁸³ Die unklare Wortwahl des Bundesgerichts in dieser Frage führt in der Lehre zu Meinungsverschiedenheiten über die Anwendbarkeit der Dispositions- bzw. Officialmaxime im Anfechtungsprozess. Siehe hierzu oben III.2.a)aa).

⁸⁴ 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.

Generalversammlung selbst einen solchen Beschluss fasst⁸⁵. 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 Paritätsprinzip⁸⁶ dar, da die Kompetenzzuteilung nach Art. 698 Abs. 2 OR zwingender Natur ist⁸⁷. Ebenfalls aufgrund dieser Bestimmung unzulässig ist die in der Lehre teilweise vertretene Lösung über die Nebenintervention, wonach der sich nicht äußernde Aktionär zustimmt und die anderen Aktionäre eine Versammlung der Nebenintervenienten bilden⁸⁸. 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.

bb) 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

⁸⁵ So bereits auch *Gillard* (Fn. 66), S. 96. In diesem Punkt deckt sich diese Ansicht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von BGE 80 I 385.

⁸⁶ Siehe zum Paritätsprinzip statt vieler: *Truffer/Dubs* (Fn. 72), Rn. 8 zu Art. 698 OR.

⁸⁷ Zur zwingenden Natur von Art. 698 Abs. 2 OR statt vieler: *Tanner* (Fn. 57), Rn. 5 zu Art. 698 OR.

⁸⁸ Vgl. zu dieser Lösung oben III.2.a)bb).

Gesellschafterversammlung⁸⁹ 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 Gründe⁹⁰ die Auflösung der Gesellschaft verlangen; bei der GmbH kann dies jeder einzelne Gesellschafter tun⁹¹, bei der AG müssen die Kläger mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten⁹². Passivlegitimiert ist die AG bzw. die GmbH⁹³. Das Urteil wirkt im Verhältnis zu allen Gesellschaftern erga omnes⁹⁴. Der Prozess unterliegt gemäß h.L. der Dispositionsmaxime, d.h. die Parteien können grundsätzlich frei über den Streitgegenstand disponieren⁹⁵. 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“⁹⁶ als die Auflösung der Gesellschaft aussprechen darf⁹⁷. Immerhin muss der Richter aufgrund der

⁸⁹ Art. 805 Abs. 4 OR. Vgl. dazu statt vieler *Siffert/Fischer/Martin Petrin*, in: Baker & McKenzie, GmbH-Recht. Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2008, Rn. 17 zu Art. 805 OR; *Truffer/Dubs* (Fn. 72), Rn. 37 zu Art. 805 OR; *Nater*, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel, 2010, S. 54 ff.

⁹⁰ 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 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.; BGE 105 II 114 ff.; BGE 84 II 44 ff.; *Bauen/Bernet* (Fn. 72), Rn. 629 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 55 Rn. 83 ff.; *Beeler/von der Crone*, SZW 2010, 329 ff., 334 ff.

⁹¹ Art. 821 Abs. 3 OR.

⁹² Art. 736 Ziff. 4 OR.

⁹³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 55 Rn. 96.

⁹⁴ BGE 109 II 140 ff.

⁹⁵ Vgl. *Habegger* (Fn. 72), § 19 Rn. 77 m.w.H.; *Höhn*, in: Schlupe/Isler, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, 1993, S. 113 ff., 120.

⁹⁶ Art. 736 Ziff. 4 OR (AG), Art. 821 Abs. 3 OR (GmbH).

⁹⁷ Die Tragweite der Einschränkung ist allerdings umstritten. Vgl. zur Kontroverse *Vogt/Enderli*, recht 2010, 238 ff., 248 f.; *Kunz*, FS Bär, 1998, S. 235 ff., 240 m.w.H.; *Handschin*, SZW 1993, 43 ff., 44; *Höhn* (Fn. 95), S. 120; *Habegger* (Fn. 72), § 19 Rn. 23.

Verhandlungsmaxime eine andere Lösung nur erwägen, wenn der behauptete und bewiesene Sachverhalt eine Alternativlösung als zumindest unter gewissen Umständen sinnvoll erscheinen lässt⁹⁸.

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^{99,100}. Eine 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 Gesellschafters¹⁰¹. Im Gegenteil, die Betrachtung der anderen Auflösungsgründe von Art. 736 OR (AG) bzw. Art. 821 OR (GmbH) sowie die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung und Gesellschafterversammlung lassen vielmehr den Schluss zu, dass in erster Linie den Gesellschaftern die Kompetenz zukommt, über eine allfällige Auflösung zu befinden. Vorbehaltlich der gesetzlich vorgeschriebenen Auflösungsgründe¹⁰² stellt der Entscheid zur Auflösung eine grundsätzliche Kompetenz der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung dar. Diese können die Auflösung mittels öffent-

⁹⁸ *Vogt/Enderli* (Fn. 97), S. 248 f.

⁹⁹ Für die Aktiengesellschaft: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 55 Rn. 101; *Habegger* (Fn. 72), § 19 Rn. 82; *Atteslander-Dürrenmatt* (Fn. 7), S. 32; *Kunz* (Fn. 45), S. 83; *Knobloch* (Fn. 45), S. 233, der allerdings den vergleichsweisen Klagerückzug für zulässig erachtet (*Knobloch* [Fn. 45], S. 233 m.w.H. zur Problematik allfälliger Abstandszahlungen); a.A. *Maurer*, der ohne Begründung die Zulässigkeit bejaht (*Maurer* [Fn. 1], Rn. 399); für die GmbH: *Handschin/Truniger*, Die neue GmbH, 2. Aufl., 2006, § 34 Rn. 29, welche die Zulässigkeit der vergleichsweisen Anerkennung einer Auflösungsklage im Rahmen von Art. 821 Abs. 3 OR mit Verweis auf die aktienrechtliche Literatur verneinen.

¹⁰⁰ Folgende Autoren schließen die Anerkennbarkeit einer Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR als Prozesshandlung und damit die Vergleichsfähigkeit aus: *Walder* (Fn. 65), S. 20; *Sutter-Somm* (Fn. 20), Rn. 314; *Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 20), § 25 Rn. 36.

¹⁰¹ So bereits zum deutschen Recht *Becker*, Zeitschrift für Zivilprozeß 1984, 314 ff., 324 f.

¹⁰² 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 vorgesehenen Fällen zum Tragen.

lich beurkundetem Beschluss beschließen^{103, 104}. 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 Zulässigkeit der (vergleichswisen) 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 fungieren¹⁰⁵.

4. Vergleiche über verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche gegen Organmitglieder

a) Ausgangslage

aa) 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 zulässig¹⁰⁶. 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^{107, 108}. Während die Zulässigkeit von Vergleichen im Verantwortlichkeits-

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

¹⁰⁴ 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]).

¹⁰⁵ Hinsichtlich der Möglichkeit der Nebenintervention kann vollumfänglich auf die Ausführungen zur Anfechtungsklage verwiesen werden; vgl. dazu oben III.2.b)bb).

¹⁰⁶ Kunz (Fn. 45), § 11 Rn. 14; Böckli (Fn. 61), § 18 Rn. 464; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 59), § 36 Rn. 139; Maurer (Fn. 1), Rn. 399; Hünerwadel (Fn. 7), S. 48; Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 335.

¹⁰⁷ Schätzungen gehen davon aus, dass ca. 90% der verantwortlichkeitsbezogenen Verfahren mittels Vergleich erledigt werden (Böckli (Fn. 61), § 18 Rn. 344); vgl. zur Bedeutung des Vergleichs bei verantwortlichkeitsbezogenen Ansprüchen auch Kunz (Fn. 45), S. 79; Maurer (Fn. 1), Rn. 265; Hünerwadel (Fn. 7), S. 82; Läser, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung versiche-

recht unbestritten ist, ist die (Bindungs-)Wirkung von solchen Vergleichen 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 Verweis¹⁰⁹, so dass die nachfolgenden Ausführungen auch auf Vergleiche über verantwortlichkeitsbezogene Ansprüche bei der GmbH anwendbar sind.

bb) 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, Gesellschafter¹¹⁰ 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 ist¹¹¹. Dieser Grundsatz genießt vorrangige Geltung für die nachfolgend zu erörternden Fragestellungen¹¹².

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 hat¹¹³. Der Gesellschafter kann durch die Verantwortlichkeitsklage keinen direkten

rungsrechtlicher Aspekte, Diss. Zürich, 2010, S. 216; *Hablützel*, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich, 2009, S. 229.

¹⁰⁸ 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), S. 216.

¹⁰⁹ *Trüeb/Bhend*, in: Roberto/Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Art. 530-771 OR, 2. Aufl., 2012, Rn. 1 zu Art. 827 OR.

¹¹⁰ 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 Rn. 225.

¹¹¹ Art. 150 Abs. 2 OR.

¹¹² *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 464; *Bärtschi* (Fn. 106), S. 335.

¹¹³ Art. 756 Abs. 1 OR; vgl. BGE 131 III 306, E. 3.1.1.1; BGE 131 III 604, E. 4.1.

Schaden geltend machen; er ist lediglich durch die Minderung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft, an welcher er beteiligt ist, indirekt geschädigt¹¹⁴. Unmittelbare Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschafter aus Art. 41 ff. OR bleiben vorbehalten. Diese Ansprüche werden allerdings in nachfolgender Diskussion ausgeklammert, da aufgrund der „Unmittelbarkeit“ unbestritten ist, dass die Gesellschafter darüber frei verfügen und somit diesbezüglich auch Vergleiche mit Inter-partes-Wirkung abschließen können¹¹⁵.

cc) 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 hat¹¹⁶, da auf der einen Seite eine Mehrheit von (potentiellen) Gläubigern besteht. Das OR regelt nicht explizit die Wirkungen eines solchen Vergleichs und es existiert auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage¹¹⁷. 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 Parteien¹¹⁸. In der Doktrin bestehen hierzu allerdings – v.a. bei Gesellschaften, über die (noch) nicht der Konkurs eröffnet wurde – gegensätzliche Ansichten¹¹⁹. Daher wird nachfolgend zwischen der Rechtslage außerhalb des Konkurses sowie im Konkurs der Gesellschaft unterschieden.

b) Wirkung des Vergleichsabschlusses außer Konkurs der Gesellschaft

aa) 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 handelt¹²⁰, während ein anderer Teil einen eigenen

¹¹⁴ Das Bundesgericht bezeichnet dies als „Reflexschaden“ (BGE 131 III 306, E. 3.1.1).

¹¹⁵ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 265.

¹¹⁶ *Kunz* (Fn. 32), S. 166.

¹¹⁷ *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 464; *Kunz* (Fn. 32), S. 166; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 36 Rn. 139.

¹¹⁸ *Gillard* (Fn. 66), S. 97; *Kunz* (Fn. 32), S. 165; *Kunz* (Fn. 45), S. 60. Das Gleiche gilt im Übrigen auch für die Wirkung eines Urteiles (*Böckli* [Fn. 61], § 18 Rn. 464).

¹¹⁹ Vgl. dazu unten III.4.b).

¹²⁰ 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],

materiellen Anspruch des Aktionärs aus dieser Bestimmung abgeleitet¹²¹. Die Frage, ob ein eigener materieller Anspruch besteht oder ob Prozessstandschaft vorliegt, ist für die Wirkung des Vergleichs von entscheidender Bedeutung¹²²: 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 werden¹²³. Der Anspruch der AG bzw. GmbH würde durch den zwischen den Gesellschaftern und Organmitglied abgeschlossenen Vergleich nicht tangiert¹²⁴.

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 handelt¹²⁵. Somit ist ein zwischen Gesellschaftern und Organmitglied abgeschlossener Vergleich sowohl für die Gesellschaft als auch für die übrigen Gesellschafter bindend¹²⁶, d.h. diese bzw. die Gesellschaft könnten nicht mehr selbst klagen bzw. müssten die Einrede der vergleichswisen Erledigung der Streitsache gegen sich gelten lassen.

bb) Vergleiche zwischen der Gesellschaft und ihren Organmitgliedern

Bei einem Vergleich zwischen der Gesellschaft und ihren Organmitgliedern 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 Schadenersatz¹²⁷, und zwar unabhängig davon, ob ein

Rn. 192; *Staelin/Staelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 2013, § 13 Rn. 24 ff.).

¹²¹ Zu einer Übersicht über den Meinungsstand in dieser Frage *Knobloch* (Fn. 45), S. 168 f.

¹²² *Kunz* (Fn. 32), S. 165 f.

¹²³ *Kunz* (Fn. 32), S. 170; *Knobloch* (Fn. 45), S. 197; zumindest implizit ebenfalls bestätigend *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 466.

¹²⁴ *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 466.

¹²⁵ BGE 132 III 342, E. 4.3; BGE 131 III 306, E. 3.1.1.

¹²⁶ *Hablützel* (Fn. 107), S. 228; *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 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 Urteiles den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen (*Maurer* [Fn. 1], Rn. 286 ff.).

¹²⁷ *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 465; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 36 Rn. 140; *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung,

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 abgegoltener Schaden nicht nochmals ersetzt werden kann¹²⁸. Darüber hinaus ist ein solcher Vergleich für die nicht zustimmenden Gesellschafter unverbindlich¹²⁹, da die Gesellschaft nicht über einen materiellen Anspruch eines Dritten verfügen kann¹³⁰. 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 entfalten¹³¹. Zumindest soll die Bindungswirkung des Vergleichs für die Gesellschafter insoweit greifen, als dass der bereits durch den Vergleich abgeglichene Schaden nicht mehr separat eingefordert werden kann¹³². *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^{133,134}.

Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., 1987, § 1 Rn. 483. Der Abschluss eines solchen Vergleichs führt ebenfalls zur Unmöglichkeit der Abtretung an Gläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG (vgl. *Kunz* [Fn. 32], S. 167).

¹²⁸ Vgl. dazu oben III.4.a)bb).

¹²⁹ *Kunz* (Fn. 32), S. 168 m.w.H.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 36 Rn. 141; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 277; *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 82 f.

¹³⁰ *Kunz* (Fn. 32), S. 168.

¹³¹ *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 83; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 36 Rn. 141; *Kunz* (Fn. 32), S. 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 an die Regeln zur Decharge analog halten. Insbesondere die Frist von sechs Monaten wäre hier zu nennen (*Hünerwadel* [Fn. 7], S. 83).

¹³² *Bärtschi* (Fn. 106), S. 336 f.; *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 83; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 277.

¹³³ Diese Wirkungsweise eines Vergleichs lässt *Böckli* zumindest im Falle der vergleichswisen Erledigung durch eine Aktionärsklage gelten (*Böckli* [Fn. 61], § 18 Rn. 466).

¹³⁴ So explizit auch die folgenden Autoren: *Hünerwadel* (Fn. 7), S. 82; *Maurer* (Fn. 1), Rn. 276; *Hablützel* (Fn. 107), S. 228; *Bärtschi* stimmt dieser Ansicht grundsätzlich ebenfalls zu. Er ist allerdings der Ansicht, dass ein Vergleich nur im Umfang der vergleichs-

cc) Vergleiche zwischen Gläubigern und Organmitgliedern

Außerhalb des Konkurses steht den Gläubigern weder mittelbar noch unmittelbar ein Anspruch aus Verantwortlichkeit zu¹³⁵, 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 tangieren¹³⁶.

c) Wirkung des Vergleichsabschlusses im Konkurs der Gesellschaft

Mit der Konkurseröffnung über die Gesellschaft¹³⁷ 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 Gläubiger-gesamtheit“¹³⁸. Dies führt einerseits zu einer Änderung der zum Vergleich befugten Personen und hat andererseits auch Auswirkungen auf die Bindungswirkungen eines abgeschlossenen Vergleichs.

aa) Vergleiche zwischen der Konkursverwaltung und Organmitgliedern

Aktiv legitimiert zur Geltendmachung von (verantwortlichkeitsbezogenen) Ansprüchen nach Konkurseröffnung über die Gesellschaft ist in erster Linie die Konkursmasse, welche durch die Konkursverwaltung vertreten wird¹³⁹;

mäßig vereinbarten Summe bindend sein könne. Für einen allfälligen Mehrbetrag sei der Vergleich nicht bindend (*Bärtschi* [Fn. 106], S. 335 f.).

¹³⁵ E contrario Art. 757 Abs. 1 OR.

¹³⁶ Die Einrede des Vergleichs entfaltet gegenüber den Gläubigern außerhalb des Konkurses keinerlei Wirkung. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 59), § 36 Rn. 143; *Kunz* (Fn. 32), S. 170. Dies gilt selbst im Falle eines von der Generalversammlung genehmigten Vergleichs.

¹³⁷ Art. 171 SchKG.

¹³⁸ 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 Gläubiger-gesamtheit besteht (vgl. statt vieler *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 288). In der Literatur wurden nebst diesem Ansatz zur Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens weitere Theorien vertreten, insbesondere die Theorie zur Doppelnatur des Gläubigeranspruchs oder die Theorie der Prozessstandschaft (siehe hierzu: *Gericke/Waller*, in: Honsell/u.a., *Obligationenrecht II*, 4. Aufl., 2012, Rn. 4 ff. zu Art. 757 OR). Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird auf diese Theorien nachfolgend weder allgemein noch im Hinblick auf den Vergleich eingegangen.

¹³⁹ Art. 240 SchKG; vgl. *Gericke/Waller* (Fn. 138), Rn. 18 zu Art. 757 OR; *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 276.

sie verfügt m.a.W. über ein „Vorklagerecht“ gegenüber den Aktionären und den Gläubigern¹⁴⁰. Die Vertretungsbefugnis der Konkursverwaltung umfasst auch den Abschluss von Vergleichen¹⁴¹. Von der Frage der Vertretungsbefugnis der Konkursverwaltung ist die Frage der (internen) Zuständigkeit abzugrenzen: Die Entscheidungszuständigkeit für einen Vergleichsabschluss liegt in der Regel bei der Gläubigergesamtheit – handelnd im Rahmen einer Gläubigerversammlung¹⁴² oder mittels Zirkularbeschluss – oder bei einem allfälligen Gläubigerausschuss¹⁴³, 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 Organe bindend, d.h. die Ansprüche gelten damit als abgegolten¹⁴⁴.

bb) 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 zu¹⁴⁵.

¹⁴⁰ *Gericke/Waller* (Fn. 138), Rn. 18 zu Art. 757 OR.

¹⁴¹ Art. 757 Abs. 1 OR; vgl. *Hünerrwadel* (Fn. 7), S. 37.

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

¹⁴³ Art. 237 Abs. 3 SchKG; siehe dazu *Maurer* (Fn. 1), Rn. 294 f.; *Hünerrwadel* (Fn. 7), S. 36 f.

¹⁴⁴ *Bärtschi* (Fn. 106), S. 337 m.w.H.; *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 467a. Ein Teil der Lehre schränkt dies dahingehend ein, dass im Falle eines Vergleiches 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], S. 228). Zur Sonderproblematik des Vergleichs als Verzicht im Hinblick auf Art. 260 SchKG eingehend *Maurer* (Fn. 1), Rn. 297 ff.

¹⁴⁵ Statt vieler: *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 348a.

Am Überschuss nehmen die klagenden Gesellschafter im Ausmaß ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse zurück¹⁴⁶. Es ist umstritten, ob ein „Begehren um Abtretung“ zur Geltendmachung des Anspruches notwendig ist. Zumindest wäre dies aber „ablauftechnisch hoch erwünscht“¹⁴⁷. Das Fehlen eines solchen Begehrens mindert den Anspruch des Gläubigers jedoch nicht. Dogmatisch betrachtet machen die Gläubiger den Anspruch der Gläubigergesamtheit bzw. Konkursmasse geltend¹⁴⁸.

Das umfassende Klagerecht des „Abtretungsgläubigers“ hinsichtlich der Schadenshöhe wird damit begründet, dass der Gläubiger hier prozessstandschaftlich für die Gesellschaft bzw. die Konkursmasse agiert¹⁴⁹. Grundsätzlich ist jeder „Abtretungsgläubiger“ dazu befugt, den Anspruch der Gläubigergesamtheit in Prozessstandschaft einzuklagen. Zur Unterbindung von Klagehäufungen und widersprüchlichen Urteilen hat das Bundesgericht¹⁵⁰ diesbezüglich Schranken aufgestellt: Laut Bundesgericht bilden die Gläubiger insgesamt eine (uneigentliche) notwendige Streitgenossenschaft und haben sich deshalb prozessual abzustimmen¹⁵¹. 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 lassen¹⁵². „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 zurückziehen darf oder sich mit dem Beklagten vergleichen darf¹⁵³. 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 aushandeln¹⁵⁴. Den Gesellschaftern steht gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung – trotz des klaren Wort-

¹⁴⁶ Art. 757 Abs. 2 OR; vgl. dazu statt vieler *Bärtschi* (Fn. 106), S. 158.

¹⁴⁷ So explizit *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 348.

¹⁴⁸ *Gericke/Waller* (Fn. 138), Rn. 23 zu Art. 757 OR.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Maßgebend ist BGE 121 III 488 betreffend Art. 260 SchKG.

¹⁵¹ BGE 121 III 488, E. 2c.

¹⁵² BGE 121 III 488, E. 2c.

¹⁵³ *Böckli* (Fn. 61), § 18 Rn. 351. Die jedem Abtretungsgläubiger zustehende Vergleichsbefugnis wird vom Bundesgericht ebenfalls bestätigt (BGE 121 III 488, E. 2c).

¹⁵⁴ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 315.

lautes von Art. 757 Abs. 2 OR – nach Verzicht durch die Konkursverwaltung kein subsidiäres Klagerecht zu¹⁵⁵.

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 aus¹⁵⁶. *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 Prozesses¹⁵⁷. *Maurer* verweist auf das Prinzip der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft und argumentiert basierend auf diesem, dass im Falle mehrerer Abtretungsgläubiger ein einzelner Gläubiger sich vergleichen darf. Er kann aber keinen Vergleich mit Wirkung für die übrigen Gläubiger abschließen, sofern diese dem Vergleich nicht selbst zustimmen¹⁵⁸. M.E. ist dieser Auffassung aufgrund der vom Bundesgericht vorgenommenen Qualifikation der Gläubiger Gesamtheit 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 Vergleichabschluss legitimiert ist, dieser allerdings lediglich Interpartes-Wirkung aufweisen kann.

cc) 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 darstellt¹⁵⁹. 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.

¹⁵⁵ 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], Rn. 21 zu Art. 757 OR).

¹⁵⁶ *Knobloch* (Fn. 45), S. 188.

¹⁵⁷ *Gericke/Waller* (Fn. 138), Rn. 29 zu Art. 757 OR.

¹⁵⁸ *Maurer* (Fn. 1), Rn. 316 f. m.w.H.

¹⁵⁹ Ausführlich zum Ganzen *Bärtschi* (Fn. 106), S. 167 ff.

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 teilweise zu rudimentär zu sein; 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, 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 vergleichbare Fragestellungen bestehen.

