

Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs

Überlegungen im Anschluss an BGE 111 II 182 ff.

Dr. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich*

Dans cet article, l'auteur commente un arrêt récent du Tribunal fédéral concernant l'invocation par les créanciers du dommage dit indirect, c'est-à-dire de celui qui concerne la société (art. 756 CO). La décision relève avec raison que, dans la faillite de la société, les créanciers peuvent fonder leur droit sur deux bases, qui en principe se cumulent: d'une part, ils font valoir un droit propre en vertu de l'art. 756 CO, d'autre part, ils font valoir un droit de la société en vertu de l'art. 260 LP. Les deux voies sont en partie différentes: ainsi l'action fondée sur le droit propre ne concerne que le dommage du créancier, alors que l'autre concerne celui de la société (ce que l'arrêt ne relève pas avec suffisamment de clarté); de plus, le responsable dans l'action directe ne peut pas opposer les exceptions qu'il aurait eu à l'encontre de la société (p. ex. en raison de l'approbation donnée à la conduite qui lui est reprochée).

Cf. également le commentaire de l'ATF III II 81 par M^e Fischer, notamment en ce qui concerne les aspects que présente du point de vue de la poursuite la cession des actions en responsabilité; dans ce cahier, p. 92.

Inhalt

- I. Die gesetzliche Ordnung
 1. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden
 2. Das Recht zur Geltendmachung mittelbaren Schadens
 3. Offene Fragen und ihre praktische Bedeutung
 4. Kritik an der gesetzlichen Ordnung
- II. Der Entscheid BGE 111 II 182 ff.
- III. Die Rechtsnatur der Klage von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarer Schädigung
 1. In der Literatur geäußerte Ansichten
 2. Die Auffassungen in der Judikatur
 3. Ergebnis und Hinweis auf die Problematik der Aktionärsklage ausser Konkurs
- IV. Das Verhältnis zur Klage aufgrund einer Abtretung gemäss SchKG 260 I
- V. Exkurs: Die Abtretung nach OR 164 ff.
- VI. Folgerungen mit Bezug auf die Höhe des einklagbaren Schadens und die möglichen Einreden

* Den Herren Dr. Erich Frey, Assessor Klaus Hütte, Bundesrichter Prof. Dr. Martin Schubarth, meinen Freunden Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz und Dr. Heinz Reichwein und meinem Assistenten lic. iur. René Isenschmid danke ich für wertvolle Hinweise und Kritik.

1. Allgemeines
 2. Folgerungen für die Klage von Aktionären
 3. Folgerungen für die Klage von Gläubigern
- VII. Kritische Würdigung von BGE 111 II 182 ff.

Die Qualifikation des *mittelbaren Schadens*, den Aktionäre und Gläubiger wegen Pflichtwidrigkeiten von Organen erleiden und deren Ersatz sie — in gewissen Schranken — selber durchsetzen können, gehört zu den schwierigsten und umstrittensten Problemen des Rechts der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Das Bundesgericht hatte kürzlich¹ Gelegenheit, sich damit erneut auseinanderzusetzen. Der Entscheid bringt Klärung, wirft aber selber wiederum Fragen auf. Er gibt Anlass zu einigen grundsätzlichen Überlegungen.

Ausgehend von der gesetzlichen Ordnung (Ziff. I) und dem Ergebnis von BGE 111 II 182 ff. (Ziff. II) soll im folgenden die Rechtsnatur der Klage aus mittelbarer Schädigung geprüft werden (Ziff. III). Untersucht werden soll auch deren Verhältnis zur Klage aufgrund einer Abtretung im Sinne von SchKG 260 I (Ziff. IV) sowie zur Klage gestützt auf eine Zession nach OR 164 ff. (Ziff. V). Aus der Qualifikation der Klage wegen mittelbaren Schadens ergeben sich Konsequenzen für die Höhe des einklagbaren Schadens und die Einreden, die den Beklagten offenstehen (Ziff. VI). Abschliessend wird der neue Entscheid des Bundesgerichts kritisch gewürdigt (Ziff. VII).

I. Die gesetzliche Ordnung

1. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Aktionären und Gläubigern kann infolge von Pflichtverletzungen der Organe einer AG Schaden in zweierlei Form entstehen: «entweder indirekt dadurch, dass die Vermögensinteressen der Gesellschaft geschädigt werden und infolge dieser Schädigung der Gesellschaft auch den Aktionären [und allenfalls Gläubigern] ein Nachteil erwächst... oder direkt in der Weise, dass zwar die Gesellschaft selbst keinen Schaden erleidet, aber die Handlung des Verwaltungsorgans unmittelbar

¹ Entscheid vom 2.7.1985, BGE 111 II 182 ff.

in die Sphäre des Aktionärs [oder Gläubigers] eingreift»².

Ein *unmittelbarer*, direkter, primärer bzw. individueller Schaden³ liegt also vor, wenn der Schaden direkt im Vermögen des Anspruchsberechtigten eintritt. Unmittelbar geschädigt ist der *Aktionär* etwa, wenn ihm das Bezugsrecht zu Unrecht vorenthalten wird, wenn seine Aktien widerrechtlich kaduziert werden oder wenn der ihm zustehende Dividenden- oder Liquidationsanteil nicht ausbezahlt wird⁴. Unmittelbar geschädigt sein kann ein *Gläubiger*, der aufgrund unwahrer Auskünfte und gefälschter Bilanzen zur Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft verleitet wurde, falls dieses nicht mehr zurückbezahlt werden kann⁵.

Verursacht ein pflichtwidriges Verhalten von Organpersonen eine *Schädigung der AG selbst*, dann hat die bei der Gesellschaft eingetretene Vermögenseinbusse *mittelbar* auch für die *Aktionäre* nachteilige Folgen: Diese werden — indirekt — dadurch geschädigt, dass durch den Substanzverlust des Gesellschaftsvermögens der *innere Wert ihrer Beteiligung sinkt*⁶. — Auch die *Gläubiger* können durch die unmittelbare Schädigung der Gesellschaft *mittelbar Verluste erleiden*, dann nämlich, wenn die AG wegen der erlittenen Vermögensverluste *nicht mehr in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen*⁷.

2. Das Recht zur Geltendmachung mittelbaren Schadens

OR 755 ff. sehen vor, dass Aktionäre und Gläubiger auch den ihnen «nur mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft verursachten Schaden» geltend machen können.

Das Gesetz sieht hierfür gewisse *Schranken* vor, eine echte Begrenzung in OR 756, eine unechte in OR 758:

— Gemäss OR 756 steht im Gesellschaftskonkurs die Geltendmachung mittelbaren Schadens von Aktionären und Gläubigern der Konkursverwaltung zu. Nur wenn diese auf die Geltendmachung verzichtet, sind Aktionäre und Gläubiger berechtigt, «die Abtretung des Anspruches zu verlangen» und selbst zu klagen⁸.

— Gemäss OR 758 kann das den Gesellschaftsgläubigern eingeräumte Klagerecht «nur geltend gemacht werden, wenn über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist.» Entgegen dem täuschenden Gesetzeswortlaut handelt es sich hier um eine nur *scheinbare* Einschränkung: Solange die Gesellschaft nämlich — wie dies ausser Konkurs der Fall ist oder zumindest sein sollte — ihren Verpflichtungen nachkommen kann, sind die Gläubiger — im Gegensatz zu den am inneren Wert der AG beteiligten Aktionären — nicht, auch nicht mittelbar geschädigt⁹.

3. Offene Fragen und ihre praktische Bedeutung

a) Die gesetzliche Ordnung lässt eine Reihe von Fragen offen:

- Welches ist die *Rechtsnatur* der Klage von Aktionären und Gläubigern? Handeln sie aus eigenem Recht oder nur als Prozessführungsberechtigte für die Gesellschaft bzw. die Masse?
- Welches ist das Verhältnis der «*Abtretung*» gemäss OR 756 II zu derjenigen nach SchKG 260 I und zur Abtretung nach OR 164 ff.?
- Sind die Antworten überhaupt *einheitlich* für *Aktionäre und Gläubiger* zu geben oder bestehen Unterschiede?

⁷ Es ist dies die normale Sachlage bei Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs der AG.

⁸ Vgl. hierzu statt vieler Forstmoser (zit. Anm. 2) N 52 ff., 92 ff.

⁹ Ebenso BGE 87 II 300; vgl. auch Pierre Glasson: La responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme envers les créanciers sociaux en droit suisse (Diss. Fribourg 1937) 150; Forstmoser (zit. Anm. 2) N 84 und Robert Patry: Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II: La société anonyme... (Bern 1977) 102.

² BGE 59 II 455; ausführlich zur Unterscheidung *Maya Schiess*: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs (Diss. Zürich 1978 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 31) 24 ff.; vgl. auch *Katharina Schoop*: Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der AG und bei der GmbH (Diss. Bern 1981 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 52) 26 f. und *Peter Forstmoser*: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit... (Zürich 1978 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 30, 2. A. in Vorbereitung) N 156 ff.

³ Vgl. zur Terminologie *Bürgi/Nordmann*: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/b/3: Art. 739–771 (Zürich 1979) Art. 753 ff. N 42 f., 50 ff., mit Hinweisen auf die nicht ganz einheitliche Verwendung der Begriffe.

⁴ Vgl. die Beispiele bei *Schiess* (zit. Anm. 2) 27 ff.; *Bürgi/Nordmann* (zit. Anm. 3) 753 f. N 46 f. und *Jörg Meier-Wehrli*: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/31 ff. BankG (Diss. Zürich 1968 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 296) 52 f.

⁵ Vgl. sodann die Beispiele bei *Meier-Wehrli* (zit. Anm. 4) 53; *Bürgi/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 753 f. N 48 f.; *Emil Frick*: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der AG (Diss. Zürich 1953) 94 f.

⁶ Dazu ausführlich *Frick* (zit. Anm. 5) 96 ff.; ferner *Meier-Wehrli* (zit. Anm. 4) 54 f.

Auf diese Fragen soll nachstehend Ziff. III—V eingetreten werden.

b) Die Behandlung dieser Probleme ist nicht einfach art pour l'art, sondern von durchaus *praktischer Bedeutung* namentlich in zweierlei Hinsicht:

— zum einen hinsichtlich der *Einreden*, die gegenüber Klagen von Aktionären und/oder Gläubigern erhoben werden können,
— zum andern mit Bezug auf die einklagbare *Schadenshöhe*.

Vgl. hiezu Ziff. VI.

4. Kritik an der gesetzlichen Ordnung

a) Sehr rasch wird klar, dass die gesetzliche Ordnung im Grunde wenig durchdacht, ja missglückt ist:

— *Verfehlt* ist es, *ausserhalb des Konkurses* von einer mittelbaren *Schädigung* und einem Klagerecht des *Gläubigers* zu sprechen, wie dies OR 755 tut¹⁰ und OR 758 voraussetzt.

— *Missglückt* ist sodann auch die *Gleichstellung von Aktionären und Gläubigern* mit Bezug auf die Geltendmachung im Konkurs in OR 756 und die dortige Verweisung auf das SchKG: Es wurde übersehen, dass der anvisierte Art. 260 des SchKG von den Gläubigern handelt und dem Aktionär die Gläubigerstellung gerade nicht zukommt. Auch fehlt eine Regelung der Konkurrenz zwischen Aktionären und Gläubigern.

Es ist daher verständlich, dass sich Judikatur und Literatur in der Behandlung des mittelbaren Aktionärs- und Gläubigerschadens schwer tun und dass es bis heute nicht gelungen ist, eine *unité de doctrine* zu finden.

b) Erwähnt sein mag, dass die bevorstehende *Revision des Aktienrechts* die erwähnten Mängel nur zum Teil beheben wird: Verdienstvoll ist es, dass mit Bezug auf das Klagerecht ausser Konkurs nur noch die Aktionäre genannt werden¹¹. Das Verhältnis zwischen der Aktionärs- und der Gläubigerklage soll jedoch weiterhin ungeklärt bleiben, ebenso die Rechtsnatur des Klagerichts.

¹⁰ Dass diese Norm die Verhältnisse ausserhalb des Gesellschaftskonkurses anspricht, ergibt sich aus dem Marginale.

¹¹ Art. 756 des bundesrätlichen Entwurfs, welcher Art. 755 des geltenden Rechts ersetzen soll.

II. Der Entscheid 111 II 182 ff.

a) In BGE 111 II 182 ff. war eine Klage von *Gläubigern* zu beurteilen, denen Verantwortlichkeitsansprüche der Konkursmasse einer AG abgetreten worden waren. Dass sich die eingeklagten Organe pflichtwidrig und schuldhaft verhalten und dass diese Handlungen und Unterlassungen zu Schaden geführt hatten, stand für das Bundesgericht fest¹². Zu intensiver Diskussion Anlass gaben dagegen zwei Fragen:

— Konnten sich die Beklagten auf den Grundsatz «*volenti non fit iniuria*» berufen, gestützt darauf, dass die Gesellschaft in die schädigenden Handlungen eingewilligt hatte?

— Falls Schadenersatz zu leisten war, in welcher Höhe war er festzulegen? Lediglich im *Umfang der mittelbaren Schädigung*, welche die *klagenden* Gläubiger erlitten hatten oder aber im *Gesamtumfang des der Gesellschaft zugefügten Schadens*, der höher war als die Summe der mittelbaren Schäden der Kläger¹³.

b) Das Bundesgericht ging von einer *Doppelnatur der Gläubigerklage* aus: Einerseits machten die Gläubiger «gestützt auf Art. 260 SchKG Ansprüche geltend, die der konkursiten Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern der Verwaltung aus deren Verantwortlichkeit zugestanden haben (Klage aus dem Recht der Gesellschaft); andererseits handeln sie gestützt auf Art. 756 Abs. 2 OR aus eigenem Recht.»¹⁴

Dabei handle es sich um zwei «*actions distinctes, soumises chacune à des règles et à des conditions propres*»¹⁵

Soweit sich die *Klage aus dem Recht der Gesellschaft* herleitete, war sie nach der Auffassung des Bundesgerichts *abzuweisen*: Die beklagten Verwaltungsratsmitglieder beherrschten als Aktionäre die Gesellschaft¹⁶, und es war ihr Verhalten der AG anzurechnen. Die Gesellschaft tolerierte mithin die Pflichtwidrigkeiten, weshalb ihr nach dem Grundsatz «*volenti non fit iniuria*» kein Anspruch zukommen konnte.

Der *Klage der Gläubiger aus eigenem Recht* konnte dagegen die Einwilligung der Aktionäre in die schädig-

¹² Nicht veröffentlichte Erwägung 2 des Entscheides.

¹³ Dies, weil einzelne Gläubiger an der Klage nicht beteiligt waren: der Gesamtschaden der Gesellschaft wurde mit Fr. 186 000.— beziffert, wogegen der von den Klägern insgesamt erlittene Schaden nur Fr. 171 000.— betrug.

¹⁴ So der Ingress des Entscheides.

¹⁵ S. 183.

¹⁶ Es kamen ihnen anlässlich der Gründung 48 von 50 Aktien zu, und sie wurden vom Bundesgericht — S. 183f. — als «*propriétaires économiques de la société*» betrachtet, die über die Gesellschaft «*seuls la maîtrise*» hatten.

genden Handlungen nicht entgegengehalten werden. Gestützt darauf war die Schadenersatzklage daher grundsätzlich *gutzuheissen*.

c) Mit Bezug auf die Höhe des Schadenersatzes kam das Bundesgericht zum Schluss, es sei der *gesamte der Gesellschaft zugefügte Schaden* zu ersetzen und nicht nur der von den Klägern selber mittelbar erlittene Schaden.

Erwähnt werden mag, dass die Frage der massgebenden Schadenshöhe zu längeren Diskussionen Anlass gab und dass der Entscheid schliesslich mit drei zu zwei Stimmen gefällt wurde.

III. Die Rechtsnatur der Klage von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarer Schädigung

Die Rechtsnatur der Klage aus mittelbarem Schaden ist umstritten: Eine Auffassung geht dahin, es handle sich nur um ein *Prozessführungsrecht* für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens. Nach der anderen Ansicht liegt dagegen der Klage ein *eigenes Forderungsrecht* der Kläger aufgrund eigener materieller Ansprüche zugrunde.

Im einzelnen folgendes:

1. In der Literatur geäusserte Ansichten

a) Nach einer vor allem von *Bürgi/Normann*¹⁷ vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Geltendmachung mittelbaren Schadens nicht um ein materielles Forderungsrecht, sondern um eine «Aktivlegitimation für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens»¹⁸, um ein «*Prozessführungsrecht*»¹⁹. Diese Ansicht wird auch etwa von *Georges Wilhelm*²⁰ und *Hütte*²¹ vertreten²².

¹⁷ Zit. Anm. 3, Art. 753f. N 53ff., 755 N 7 und 756 N 3ff.

¹⁸ *Bürgi/Normann* (zit. Anm. 3) Art. 755 N 7.

¹⁹ *Klaus Hütte*: Gründerhaftung und die Bedeutung der Einwilligung für den Gesellschafts-/Gläubiger-/Aktionärschaden, *Der Schweizer Treuhänder* 59 (1985) 222ff., 223.

²⁰ *Quelques aspects de la Responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes...* (Diss. Lausanne 1967) 164.

²¹ Zit. Anm. 19, 223.

²² Weitere Hinweise bei *Bürgi/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 753f. N 54 und Art. 756 N 5.

Begründet wird diese Lehrmeinung vor allem mit Erwägungen der Rechtssicherheit, besonders im Hinblick auf Urteil und Vergleich²³.

b) Verschiedene andere Autoren gehen dagegen davon aus, dass der Klage aus mittelbarer Schädigung ein *selbständiger materieller Anspruch* der Kläger zugrunde liegt. So betont *Meier-Wehrli*²⁴, der Abtretungsgläubiger nach OR 756 klage «aus eigenem Recht», es komme ihm das selbständige Klagerecht zu. Ähnlich äussert sich *Schoop*²⁵:

«Es handelt sich um ein selbständiges Klagerecht, welches auf einer eigenen Forderung auf Leistung an die Gesellschaft beruht und nicht bloss um eine prozessuale Aktivlegitimation für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens.»

Die gleiche Auffassung findet sich sodann bei *Schiess*²⁶:

«Entgegen einer verbreiteten Meinung ist nicht der Gesellschaftsanspruch die materielle Grundlage des Verantwortlichkeitsrechts von Aktionären und Gläubigern; das Verantwortlichkeitsrecht ist in diesem Sinn ein selbständiger Anspruch, der seine materielle Berechtigung in sich selbst trägt.»

Ich habe mich ebenfalls dieser Auffassung angeschlossen²⁷. Dies, weil man damit OR 757 gerecht wird, wonach die Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs allenfalls auch dann angestrengt werden kann, wenn der Anspruch der Gesellschaft infolge Entlastung untergegangen ist²⁸. Die Auffassung entspricht auch dem Wort-

²³ Von der Gesellschaft abgeschlossene Vergleiche und von ihr erstrittene Urteile sollen nach dieser Ansicht auch Aktionäre und Gläubiger binden, wodurch eine endgültige Erledigung erreicht wird.

²⁴ Zit. Anm. 4, 101.

²⁵ Zit. Anm. 2, 123, mit unrichtiger Berufung auf *Bürgi/Nordmann*.

²⁶ Zit. Anm. 2, 142.

²⁷ Vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 2) N 37, 41, 378.

²⁸ Geht man dagegen von einem blossen Prozessführungsrecht aus, könnte der *Aktionär* konsequenterweise keine Klage erheben, wenn der — von ihm prozessual durchzusetzende — Anspruch der Gesellschaft infolge Decharge untergegangen ist. — Dass auch den *Gläubigern* eigene materielle Ansprüche zukommen, zeigt sich etwa darin, dass der Klage der Konkursverwaltung — da und soweit sie sich auf Gläubigerrechte aus mittelbarem Schaden abstützt — die Erteilung der Decharge nicht entgegengehalten werden kann, vgl. etwa nicht amtlich veröffentlichter BGE, wiedergegeben in SAG 17 (1944/45) 199 und *Forstmoser* (zit. Anm. 2) N 95, 351, 361, mit weiteren Angaben. Dies anerkennen — inkonsequenterweise — auch die Vertreter der Qualifikation des Klagerechts der Gläubiger als blosse Prozessführungsbefugnis, vgl. *Bürgi/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 757 N 2.

laut von OR 755 und 756, die von einem (eigenen) Schaden und Anspruch der Aktionäre und Gläubiger ausgehen²⁹. Endlich ist ihr m. E. auch deshalb der Vorzug zu geben, weil sie verhindert, dass eine fehlbare Verwaltung die wirksame Geltendmachung der Ansprüche durch Aktionäre und Gläubiger dadurch vereiteln kann, dass sie durch Abschluss eines unangemessenen Vergleichs oder durch bewusste Erwirkung eines für die Gesellschaft ungünstigen Urteils auch deren Klagerrechte untergehen lässt³⁰.

2. Die Auffassungen in der Judikatur

a) In ZR 78 (1979) Nr. 134 hält das Obergericht des Kantons Zürich auf S. 310 beiläufig fest, bei der Klage von Gläubigern aufgrund einer Abtretung im Sinne von OR 756 II handle es sich «grundsätzlich doch um einen Anspruch der Gesellschaft, der von den Gläubigern im Sinne einer Prozessstandschaft erhoben wird . . .». Die Konsequenzen dieser Auffassung — dass nämlich die Einwilligung der Gesellschaft bzw. ihrer Organe in schädigendes Verhalten den Klägern entgegengehalten werden kann — werden jedoch in der Folge nicht gezogen, sondern es wird eine Ersatzpflicht dennoch bejaht mit der Begründung, andernfalls könnte eine Kontrollstelle bei Duldung ihrer Pflichtverletzungen durch die Verwaltung «überhaupt nie für den mittelbaren Schaden zur Rechenschaft gezogen werden», und es sehe OR

²⁹ OR 755 spricht von dem «den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern . . . verursachten Schaden» sowie davon, «ihr Anspruch» gehe auf Leistung an die Gesellschaft. Auch OR 756 spricht explizit von einem Anspruch der Aktionäre und Gläubiger und weist nur das Recht zur «Geltendmachung» dieses (Gläubiger- oder Aktionärs-) Anspruchs der Konkursverwaltung zu. Ausgegangen wird also von einem *materiellen Recht von Aktionären und Gläubigern* und einer *Prozessführungsbefugnis der Konkursverwaltung* und nicht umgekehrt!

³⁰ Das Gegenargument von *Bürgi/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 755 N 13 und 16, schuldhaft schlechte Prozessführung stelle eine Verletzung der Sorgfaltspflicht dar und könne daher ihrerseits mit einer neuen Verantwortlichkeitsklage geahndet werden, wird m. E. den Realitäten vor allem in der von einem einzelnen Aktionär oder einer Aktionärsgruppe beherrschten Gesellschaft nicht gerecht. Ebensovienig vermag der Hinweis zu überzeugen, ein bewusst ungünstiger Vergleich könne mit der Schenkungs- oder Absichtspauliana angefochten werden (so *Bürgi/Nordmann*, a.a.O. Art. 755 N 16). Dies schon deshalb nicht, weil paulianische Klagen — abgesehen von den Schwierigkeiten ihrer erfolgreichen Geltendmachung — überhaupt erst im Konkurs oder im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zur Verfügung stehen.

44 I lediglich vor, dass der Richter bei Einwilligung des Verletzten von der Schadenersatzpflicht entbinden könne, nicht dass er dies tun müsse.

In ZR 84 (1985) Nr. 57 S. 138f.³¹ hält das Zürcher Obergericht dezidiert an der Auffassung fest, bei einer Klage aus mittelbarer Schädigung stehe dem Kläger «kein eigenes Forderungsrecht, sondern nur ein Klagerrecht» zu und er könne «nicht eigene Forderungsansprüche, sondern lediglich solche der Gesellschaft geltend» machen. Konsequenterweise wurden daher vom Gericht nur solche Einreden der Beklagten zugelassen, welche sie der Gesellschaft entgegenzuhalten vermöchten, nicht dagegen solche gegenüber den Klägern persönlich. — Diskret verschwiegen wird freilich, dass die Auffassung des Obergerichts verschiedenen Lehrmeinungen und auch der bereits damaligen Auffassung des Bundesgerichts widerspricht.

b) Die Haltung des *Bundesgerichts* war vor dem Entscheid 111 II 182 ff. nicht ganz eindeutig: Von einem *eigenen materiellen* Recht der klagenden Aktionäre und Gläubiger geht BGE 86 III 154 ff. aus. Auf S. 163 wird betont, es handle sich bei der Abtretung nach OR 756 II

«um das Prozessführungsrecht (Klagerrecht) bezüglich der eigenen Ansprüche des betreffenden Aktionärs oder Gläubigers.»³²

Diese *eigenen* Ansprüche werden in der Folge in Gegensatz gestellt zu den nach SchKG 260 abgetretenen Ansprüchen der konkursiten Gesellschaft.

BGE 87 II 300 lässt die Frage nach der Rechtsnatur der Klage aus mittelbarem Schaden ausdrücklich *offen*.

Einen *eigenen materiellen Anspruch* unterstellt dagegen wohl erneut BGE 93 III 63 f., wenn ausgeführt wird, dass die Abtretung im Konkurs

«comprend aussi bien les créances de la masse, soit l'action de la société, que celles des actionnaires créanciers en répartition du dommage qu'ils subissent indirectement . . .».

In einem nicht amtlich publizierten Entscheid vom 7. Juli 1982³³ betont das Bundesgericht, die Einwilligung der Gesellschaft in schädigende Handlungen schliesse deren Widerrechtlichkeit aus. Das Bundesgericht fährt jedoch fort, es könne den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern,

«soweit diese Personen mittelbar betroffen sind, . . . die Einwilligung der Gesellschaft . . . nicht entgegengehalten werden.»

³¹ Der Entscheid wurde durch das Bundesgericht bestätigt.

³² Hervorhebung durch mich.

³³ Vgl. *Hütte* (zit. Anm. 19) 224.

Dieser Äusserung muss ebenfalls die Vorstellung eines *selbständigen Anspruchs* aus mittelbarem Schaden zugrundeliegen.

In einem weiteren nicht amtlich veröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 26. Juni 1984³⁴ wird erklärt, es sei hinsichtlich des Anspruchs des Aktionärs und Gläubigers

«aus mittelbarem Schaden... seine Einwilligung in die schädigende Handlung genauso zu beachten wie beim Anspruch aus Gesellschaftsschaden die Einwilligung der Gesellschaft.»

Dieser Entscheid zieht — komplementär zum Urteil vom 7. Juli 1982 — wiederum die Konsequenzen aus der (offenbar stillschweigend vorausgesetzten) Qualifikation der Klage aus mittelbarem Schaden als einer *Klage aus eigenem Anspruch*: Wenn der Kläger eigene Ansprüche geltend macht, muss es dem Beklagten — im Gegensatz zur in ZR 84 (1985) Nr. 57 S. 139 geäusserten Meinung³⁵ — auch offen stehen, gegenüber dem Kläger bestehende Einwendungen und Einreden zu erheben.

Endgültig Klarheit schafft nun BGE 111 II 182ff. Es wird hier explizit erklärt, der sich auf eine Abtretung gemäss OR 756 II stützende Kläger gehe aus *eigenem Recht* vor und diese Klage sei zu unterscheiden von der Klage aus dem Recht der Gesellschaft, die sich auf eine Abtretung gemäss SchKG 260 I stütze.

3. Ergebnis und Hinweis auf die Problematik der Aktionärsklage ausser Konkurs

Mit der Praxis des Bundesgerichts ist daher davon auszugehen, dass der Klage von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarer Schädigung gemäss OR 755ff. ein *eigenes materielles Forderungsrecht* zugrunde liegt, nicht nur eine Prozessführungsbefugnis für die Geltendmachung von Schaden der Gesellschaft³⁶.

Nicht verhehlt sei, dass mit diesem Ergebnis freilich die Schwierigkeiten mit der *Aktionärsklage ausser Konkurs* nicht voll ausgeräumt sind: Unbestritten ist, dass

der einzelne Aktionär ausser Konkurs den *ganzen Gesellschaftsschaden* einklagen kann. Aus dem Gesetzestext geht dies allerdings nicht klar hervor: OR 755 spricht ja zunächst einmal von einem «den einzelnen Aktionären... nur mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft verursachten Schaden». Dem einzelnen Aktionär mittelbar aber wird Schaden nur in dem Umfang zugefügt, als seinem Anteil am Grundkapital entspricht, also *nur in Höhe der auf seine Aktien entfallenden Quote des gesamten Gesellschaftsschadens*. Dass die Aktionäre trotzdem den *Gesamtschaden* geltend machen können, folgt aber daraus, dass «ihr Anspruch nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft» geht. Dies führt nur dann zur vollen Schadloshaltung des mittelbar geschädigten Aktionärs, wenn der von der Gesellschaft erlittene Gesamtschaden eingeklagt werden kann und gegebenenfalls ersetzt werden muss.

Von einem blossen *Prozessführungsrecht* der Aktionäre für einen materiellen Anspruch der Gesellschaft zu sprechen, ist trotzdem auch ausserhalb des Konkurses *nicht haltbar*, da der *Anspruch der Gesellschaft* allenfalls zufolge Entlastung *untergegangen* ist, *ohne dass dies das Klagerecht der Aktionäre* (soweit sie der Entlastung nicht zugestimmt haben) *beeinträchtigen würde*.

Man kann die Ordnung des geltenden Rechts drehen und wenden wie man will, eine allseits befriedigende und konsequente Begründung lässt sich nicht finden. Offensichtlich wusste auch der Gesetzgeber nicht, was er eigentlich wollte. — Die in diesem Aufsatz in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts vertretene Ansicht hat den Vorteil, zumindest für die praktisch weitaus bedeutsamsten Fälle der Klagen von Konkursverwaltungen und von Gläubigern eine stichhaltige und in den Konsequenzen befriedigende Antwort zu geben.

IV. Das Verhältnis zur Klage aufgrund einer Abtretung gemäss SchKG 260 I

a) Zu Recht betont das Bundesgericht, dass die auf SchKG 260 gestützten Ansprüche und diejenigen aufgrund einer Abtretung nach OR 756 II klar zu unterscheiden und streng zu trennen sind. Obwohl beide Male von «Abtretung» gesprochen wird, meinen die beiden Bestimmungen Verschiedenes:

— Bei OR 756 I geht es — wie ausführlich gezeigt — um die Zuweisung des Rechts zur *selbständigen Geltendmachung des eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden*, eines Rechts, das für Aktionäre und Gläubiger *im Konkurs* dann wieder auflebt, wenn die

³⁴ Auszugsweise wiedergegeben bei *Hütte* (zit. Anm. 19) 223f.

³⁵ Entgegen der Zürcher Praxis sind es daher nicht die Aktionäre und Gläubiger, denen lediglich eine Prozessstandschaft (zur Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft) zukommt, sondern es ist im Gegenteil die Konkursverwaltung, der in OR 756 I eine Prozessführungsbefugnis für Ansprüche von Aktionären und/oder Gläubigern eingeräumt wird.

³⁶ Vgl. dazu vorn bei Anm. 31.

Konkursverwaltung auf die Verfolgung der Ersatzansprüche verzichtet, und das für den Aktionär *ausserhalb des Konkurses* jederzeit besteht, ohne dass es einer besonderen Zuweisung bedarf.

— Aufgrund von SchKG 260 I werden dagegen «Rechtsansprüche der Masse», somit *der Gesellschaft zustehende Verantwortlichkeitsansprüche*, zugewiesen. Hier geht es nur um eine Übertragung des *Prozessführungsrechts* für Ansprüche der Masse³⁷.

Für Aktionäre und Gläubiger ergibt sich aus dieser Differenzierung eine unterschiedliche Rechtsstellung:

b) Da der *Aktionär* nicht Gläubiger der Gesellschaft ist, sondern ihm lediglich ein Anspruch auf einen Anteil am allenfalls verbleibenden Liquidationsüberschuss zukommt, findet *SchKG 260 I* auf ihn *keine Anwendung* und können ihm die *Rechtsansprüche der Masse nicht abgetreten* werden³⁸.

c) Anders verhält es sich dagegen für die *Gläubiger*: Ihnen kann — wie das Bundesgericht im Entscheid 111 II 182 und auch schon im Entscheid 86 III 163 zu Recht betont — *nicht nur das Recht zur Geltendmachung des eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden zugewiesen werden, sondern auch das Prozessführungsrecht für die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche*. Der Gläubiger kann damit unbestrittenermassen auch Prozessführungsbevollmächtigter der Masse sein³⁹.

Dabei ist ohne weiteres davon auszugehen, dass dann, wenn Gläubigern von der Konkursverwaltung Verantwortlichkeitsansprüche ohne nähere Präzisierung «abgetreten» werden, diese «Abtretung» *beides umfasst*: gestützt auf SchKG 260 I die Ansprüche der konkursiten Gesellschaft und gestützt auf OR 756 II die

eigenen Ansprüche aus mittelbarer Schädigung⁴⁰. Zu Recht wird daher von einer *«doppelten Klagelegitimation»*⁴¹ der Abtretungsgläubiger, von einer *Doppelnatur* ihrer Klage gesprochen. Dies — es sei nochmals betont — im Gegensatz zur Stellung des Aktionärs, der im Konkurs nur seine eigenen Ansprüche aus mittelbarem Schaden geltend machen kann.

V. Exkurs: Die Abtretung nach OR 164 ff.

Am Rande sei erwähnt, dass sich die *Zession im Sinne von OR 164 ff.* sowohl von der «Abtretung» nach OR 756 II wie auch von der nach SchKG 260 I unterscheidet⁴²: Im Gegensatz zur «Abtretung» nach OR 756 II (und in Übereinstimmung mit der «Abtretung» nach SchKG 260 I) betrifft die Zession nach OR 164 ff. *Ansprüche der Gesellschaft*. Im Gegensatz zur Übertragung gemäss SchKG 260 I (und nach der hier vertretenen Auffassung in Übereinstimmung mit derjenigen nach OR 756 II) *erschöpft sich die Abtretung nach OR 164 ff. nicht in einem blossen Prozessführungsrecht*. Auch hängt sie nicht von einer allfälligen Konkursöffnung ab.

VI. Folgerungen mit Bezug auf die Höhe des einklagbaren Schadens und die möglichen Einreden

1. Allgemeines

Die Klage aus dem Recht der Gesellschaft und diejenige aus eigenem Anspruch zufolge mittelbarer Schädigung unterscheiden sich namentlich in zwei Punkten:

- in der Höhe des einklagbaren Schadens,
- in den möglichen Einreden.

Wird die Klage — aufgrund einer Abtretung nach *SchKG 260 I* — aus dem *Recht der Gesellschaft* hergeleitet, dann kann der *gesamte der Gesellschaft zugefügte Schaden* eingeklagt werden.

Die Beklagten können der Klage diejenigen *Einreden* entgegenhalten, die ihnen gegenüber der *Gesellschaft* zustehen, *nicht dagegen Einreden gegenüber den Klägern*

³⁷ Vgl. Kurt Amonn: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (3. A. Bern 1983) 380.

³⁸ Vgl. BGE 86 III 163, wo klar festgehalten wird, dass «jedem Aktionär, der es verlangt, seine eigenen Ansprüche und jedem Gläubiger ausser den Ansprüchen der Gesellschaft ebenfalls seine eigenen...» zur Geltendmachung überlassen werden können. Unklar BGE 93 III 63 f., wo ohne Differenzierung vom Recht des Gläubigers und dem des Aktionärs auf Abtretung der Ansprüche der Masse gesprochen wird. In jenem Entscheid stand jedoch nur die Klage von Gläubigern zur Diskussion, weshalb sich aus der allgemeinen Formulierung wohl — entgegen *Bürgli/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 756 N 3 — kaum eine Stellungnahme des Gerichts ableiten lässt. Dies um so weniger, als in BGE 93 III 64 ausdrücklich auf BGE 86 III 160 ff. verwiesen wird, ohne dass eine Praxisänderung angezeigt würde.

³⁹ BGE 111 II 83, vgl. auch BGE 109 III 29, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁰ So etwa der im Schweizer Treuhänder 59 (1985) 222 f. wiedergegebene Entscheid des Zürcher Obergerichts, ebenso BGE 93 II 63 f. und implizit BGE 111 II 182 ff.

⁴¹ *Meier-Wehrli* (zit. Anm. 4) 101.

⁴² Vgl. BGE 111 II 83 sowie etwa *Hütte* in Schweizer Treuhänder 60 (1986) 102 und *Amonn* (zit. Anm. 3) 380.

persönlich⁴³, ausgenommen allenfalls die Einrede des Rechtsmissbrauchs⁴⁴.

Wird die Klage dagegen — gestützt auf *OR 756 II* — mit einem *eigenen Anspruch aus mittelbarer Schädigung* begründet, dann kann *nur derjenige Schaden* eingeklagt werden, den die *Kläger* erlitten haben. Falls nicht alle mittelbar Geschädigten klagen, wird dieser Schaden kleiner sein als der Gesellschaftsschaden⁴⁵, dessen Höhe nur die obere Grenze der insgesamt einklagbaren Summe bildet.

Einer solchen Klage können die Beklagten *Einreden*, die ihnen gegenüber den *Klägern* zustehen, entgegenhalten, *nicht dagegen Einreden*, die sie gegenüber der *Gesellschaft* hätten. Es stehen daher der Klage weder die Einwilligung der Aktionäre⁴⁶ noch die Erteilung der Decharge⁴⁷ noch auch der Abschluss eines Vergleichs mit der Gesellschaft oder die rechtskräftige Erledigung von Ansprüchen derselben durch Urteil entgegen.

2. Folgerungen für die Klage von Aktionären

Klagen im Konkurs (nur) Aktionäre, dann können sie Schadenersatz nur für denjenigen Schaden verlangen, den sie selber mittelbar erlitten haben, nicht dagegen für den allenfalls höheren Gesellschaftsschaden. Die Beklagten können diejenigen Einwendungen und Einreden geltend machen, die ihnen gegenüber den Klägern persönlich zustehen⁴⁸, wie etwa die Einwendung fehlender Rechtswidrigkeit infolge Zustimmung.

⁴³ Vgl. ZR 84 (1985) 139, wo diese Überlegungen jedoch zu Unrecht für die Klage gestützt auf eine Abtretung nach *OR 756 II* angestellt werden, vgl. vorn bei Anm. 31.

⁴⁴ Vgl. *Bürgli/Nordmann* (zit. Anm. 3) Art. 753 f. N 102 und Art. 758 N 3. Der bei *Bürgli/Nordmann* zu Art. 753 zitierte BGE 86 III 159 f. betrifft keinen Rechtsmissbrauchsstatbestand: Vielmehr wurde eine Haftung gegenüber dem Kläger als Gläubiger in jenem Entscheid nach dem Grundsatz «volenti non fit iniuria» deshalb verneint, weil dieser als Gründeraktionär den fehlerhaften Handlungen zugestimmt hatte und diese daher ihm gegenüber nicht rechtswidrig waren.

⁴⁵ So der Tatbestand von BGE 111 II 182 ff.

⁴⁶ Mit dem Vorbehalt, dass es gegenüber denjenigen Aktionären, die einer pflichtwidrigen Handlung zugestimmt hatten, an der Rechtswidrigkeit fehlt und die Klage daher ihnen gegenüber abzuweisen ist, vgl. BGE 86 III 159 sowie ZR 60 (1961) Nr. 98 S. 221.

⁴⁷ Wiederum mit dem gleichen Vorbehalt hinsichtlich der zustimmenden Aktionäre, vgl. ausdrücklich *OR 757*; vgl. sodann die in jenem Artikel vorgesehene Verkürzung der Frist für die Einreichung der Klage, die jedoch nur für Aktionäre, nicht auch für Gläubiger gilt, *Forstmoser* (zit. Anm. 2) N 360.

⁴⁸ Sowie auf Grund von *OR 757* allenfalls zusätzlich die Einrede der erfolgten Entlastung.

3. Folgerungen für die Klage von Gläubigern

Klagen (auch) Gläubiger, dann ist in Rechnung zu stellen, dass sie *kumulativ* ihre eigenen Ansprüche aus mittelbarer Schädigung und den Gesellschaftsschaden geltend machen können. Die beiden Anspruchsgrundlagen sind jedoch sauber auseinanderzuhalten, und es sind die *Voraussetzungen und Rechtsfolgen je getrennt zu überprüfen*:

— Gestützt auf die *Abtretung nach OR 756 II* können Gläubiger wie Aktionäre den ihnen selbst mittelbar zugefügten Schaden (und nur diesen!) geltend machen, wobei allfällige Einreden gegen sie persönlich, nicht aber solche gegenüber der Gesellschaft entgegenstehen.

— Gestützt auf die *Abtretung im Sinne von SchKG 260 I* kann der von der Gesellschaft erlittene *Gesamtschaden* eingeklagt werden. *Dieser Klage* können die Beklagten das (und nur das) «entgegenhalten, was sie der Gesellschaft als solcher gegenüber vorbringen könnten»⁴⁹, so etwa die Einwendung, die Ansprüche seien aufgrund eines wirksamen Entlastungsbeschlusses untergegangen, oder es fehle die Rechtswidrigkeit, weil die Verwaltung und/oder der beherrschende Aktionär mit Pflichtwidrigkeiten einverstanden gewesen seien.

VII. Kritische Würdigung von BGE 111 II 182 ff.

a) Es ist ein grosses Verdienst des Anlass zu diesen Bemerkungen bildenden Entscheides, dass er in manchen Fragen hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklagen von Aktionären und insbesondere Gläubigern erwünschte Klarstellung bringt:

— Aufgezeigt wird die *Doppelnatur der Klage von Gläubigern*, denen von der Konkursverwaltung Verantwortlichkeitsansprüche «abgetreten» werden.

— Deutlich gemacht wird, dass die zwei *unterschiedlichen Grundlagen*, auf welchen die Klage von Gläubigern regelmässig basiert, sauber *auseinanderzuhalten* und je *gesondert auf ihre Voraussetzungen und Folgen zu prüfen* sind.

— Klar wird sodann festgehalten, dass Gläubiger gestützt auf *SchKG 260 I* nicht eigene Ansprüche, sondern *solche der konkursiten Gesellschaft* geltend machen, während sie (wie auch die Aktionäre) gestützt auf *OR 756 II* aus *eigenem Recht* handeln.

⁴⁹ ZR 84 (1985) 139, dort jedoch zu Unrecht im Hinblick auf die Klage nach *OR 756* ausgeführt.

b) In einem Punkt hat es das Bundesgericht freilich *unterlassen*, aus diesen eindeutig und überzeugend dargelegten Prämissen die *Konsequenzen* für den konkreten Fall *zu ziehen*: bei der Bestimmung des *massgebenden Schadens*.

Das Bundesgericht erklärt — in richtiger Auseinanderhaltung der zu Grunde liegenden Ansprüche —, es sei die *Klage aus dem Recht der Gesellschaft verwirkt*, weil die beherrschenden Aktionäre (und zugleich Beklagten) die gerügten Pflichtwidrigkeiten gebilligt hätten, was der Gesellschaft anzulasten sei. In Betracht komme daher nur die Klage der Gläubiger *aus eigenem Recht*, und *diese sei zu schützen*, weil den Gläubigern gegenüber keinerlei Einreden — insbesondere auch nicht die der Einwilligung — geltend gemacht werden könnten.

Damit konnten die Kläger den *Gesellschaftsschaden nicht geltend machen*, sondern *nur denjenigen Schaden,*

den sie selber mittelbar erlitten hatten. Hierin ist nun das Bundesgericht nicht konsequent, indem es den Klägern *trotzdem Ersatz in Höhe des von der Gesellschaft erlittenen Gesamtschadens zuspricht* und *nicht nur Ersatz des (kleineren) Schadens*, den die *Kläger selber mittelbar erlitten hatten*. Dieses Ergebnis widerspricht den vom Bundesgericht erarbeiteten Grundlagen wie auch dem — im Entscheid erwähnten und in seiner Tragweite eingeschränkten — BGE 86 II 162 f.

c) Trotz dieses Schönheitsfehlers, der sich im Ergebnis nur geringfügig auswirkte⁵⁰, bleibt es dabei, dass die knappen Ausführungen von BGE 111 II 182 ff. wegweisend sind in einer für die Praxis wichtigen Frage, bezüglich welcher bisher Unsicherheit herrschte.

⁵⁰ Zuspreehung von Fr. 186 000.— statt von Fr. 171 000.—.