

# Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen

Peter Forstmoser/Marcel Küchler\*

## Inhalt

I.	<a href="#">Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer, ein Fehlentscheid?</a>	167
II.	<a href="#">Um welche Klagen geht es?</a>	169
	1. <a href="#">Aktienrechtliche Klagen</a>	169
	2. <a href="#">Allgemeine privatrechtliche Klagen</a>	170
III.	<a href="#">Die allgemeinen Anforderungen an das Verwaltungsratshandeln bei aktienrechtlichen Klagen</a>	171
	1. <a href="#">Sorgfältige Aufgabenerfüllung</a>	171
	2. <a href="#">Handeln im Gesellschaftsinteresse</a>	173
	3. <a href="#">Gleichbehandlung der Aktionäre</a>	175
IV.	<a href="#">Einzelfragen</a>	177
	1. <a href="#">Anwendbarkeit der Business Judgment Rule beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen?</a>	177
	a) <a href="#">Anwendungsvoraussetzungen im Allgemeinen</a>	177
	b) <a href="#">Das Vorliegen eines Geschäftsentscheides als implizite weitere Voraussetzung</a>	178
	2. <a href="#">Recht und Pflicht zur Klageabwehr</a>	181
	a) <a href="#">Im Allgemeinen: Entscheidung unter Würdigung der Prozesschancen</a>	181
	b) <a href="#">Besonderheit: Klagen aufgrund von Generalversammlungsbeschlüssen</a>	182
	3. <a href="#">Recht und Pflicht zur Klageerhebung</a>	183
	4. <a href="#">Vom Wert und Unwert von Gutachten</a>	185
	a) <a href="#">Beizug externer Fachpersonen</a>	185
	b) <a href="#">Beizug unternehmensinterner Fachpersonen</a>	187

---

\* Ergänzte und mit Anmerkungen versehene Fassung des vom Erstautor am 11. Februar 2020 an der 10. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht des Europa Instituts an der Universität Zürich gehaltenen Vortrags.

5.	<u>Delegierbarkeit der Entscheidung über aktienrechtliche Klagen an andere Gesellschaftsorgane?</u> .....	187
a)	<u>Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates</u> .....	187
b)	<u>Gesetzliche Kompetenzzuweisungen</u> .....	188
c)	<u>Delegation der Entscheidung an die Generalversammlung</u> .....	189
aa)	<u>Delegation durch die Statuten</u> .....	189
bb)	<u>Delegation im Einzelfall?</u> .....	190
d)	<u>Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung?</u> .....	190
6.	<u>Delegation der Klageführung an Aktionäre?</u> .....	191
a)	<u>Streitverkündung</u> .....	191
b)	<u>Nebenintervention</u> .....	192
c)	<u>Parteiwechsel</u> .....	192
V.	<u>Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer – doch kein Fehlentscheid?</u> .....	192
1.	<u>Eine besondere Fallkonstellation</u> .....	193
2.	<u>Schwächen der Gutachten</u> .....	194
3.	<u>Offene Fragen</u> .....	195
	<u>Literatur</u> .....	196

## I. Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer, ein Fehlentscheid?

Vor einigen Jahren hatte das Bundesgericht die *Verantwortlichkeitsklage* einer Grossaktionärin gegen die Verwaltungsratsmitglieder der Reishauer Beteiligungen AG („Reishauer“) zu entscheiden.<sup>1</sup> Die Beklagten sollten dazu verpflichtet werden, der Gesellschaft als Schadenersatz die *Kosten zu erstatten*, die dieser aus einem durch alle Instanzen geführten Prozess entstanden waren.<sup>2</sup>

Gegenstand des Prozesses war die Ablehnung eines *Eintragungsbegehrens für Namenaktien*, welche die klagende Grossaktionärin – die Lorze AG – erworben hatte. Der Verwaltungsrat hatte die Eintragung abgelehnt, gestützt auf die statutarischen Vinkulierungsbestimmungen und unter Berufung auf die so genannte *Escape Clause* (Art. 685b Abs. 1 OR). Dagegen setzte sich die Grossaktionärin erfolgreich zur Wehr: Sowohl das Zürcher Handels- als auch das Bundesgericht beurteilten die Ablehnung des Eintragungsgesuchs als *rechtsmissbräuchlich und gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstossend*.<sup>3</sup>

Dabei liess es die Grossaktionärin aber nicht bewenden. Vielmehr verlangte sie in einem weiteren Verfahren, die Verwaltungsratsmitglieder hätten der Gesellschaft für die Kosten der Prozessführung Ersatz zu leisten.

Auch im *Verantwortlichkeitsverfahren* war die Klägerin erfolgreich. Das Bundesgericht entschied, es sei *schuldhaft pflichtwidrig* gewesen, die Ablehnung des Eintragungsgesuchs *bis zu einem letztinstanzlichen Entscheid* zu verteidigen. Die beklagten Verwaltungsratsmitglieder müssten daher die der Gesellschaft entstandenen Kosten – Gerichts- und Parteikosten sowie Experten- und Anwaltshonorare – gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR ersetzen.<sup>4</sup>

Der Entscheid erstaunt, aus drei Gründen:

- Der Verwaltungsrat hatte im Hinblick auf die Ablehnung des Eintragungsgesuchs bei zwei Rechtsprofessoren *Gutachten* eingeholt. Diese *bestätigten*, dass die *Ablehnung rechtmässig* sei. Auch nach der Guttheissung der Klage

---

<sup>1</sup> BGE 139 III 24 ff., im Folgenden „*Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer*“.

<sup>2</sup> Zum Sachverhalt vgl. die Zusammenfassung im Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3 und 5, im Folgenden „*Vinkulierungsentscheid Reishauer*“.

<sup>4</sup> BGE 139 III 24 E. 3.

auf Eintragung durch das Zürcher Handelsgericht<sup>5</sup> erachtete einer der beiden Gutachter die Chancen bei einem Weiterzug an das Bundesgericht weiterhin als gut.

- Immerhin einer der Fachrichter des Handelsgerichts hatte in einer *dissenting opinion* die Position des Verwaltungsrates für vertretbar erachtet.
- Schliesslich hatte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Bülach – im Rahmen eines parallel dazu, ebenfalls von der Klägerin eingeleiteten Verfahrens um Durchführung einer Sonderprüfung – in seiner Verfügung die Rechtsposition der Gutachter bestätigt und die Eintragungsverweigerung als nicht rechtsmissbräuchlich erachtet. Das Zürcher Obergericht bestätigte diese Verfügung in einem Rekursentscheid und bezeichnete die Ausführungen des Einzelrichters zur Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit ausdrücklich als zutreffend.<sup>6</sup>

Bei diesen Vorgaben – dies wohl die spontane Reaktion der meisten Juristen – durfte sich der Verwaltungsrat der Reishauer darin bestätigt fühlen, dass sein ablehnender Eintragungsentscheid *rechtens oder zumindest vertretbar* gewesen sei. Daher sei auch nicht zu beanstanden gewesen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates an ihrer Position festgehalten hatten, bis diese schliesslich durch das Bundesgericht abgelehnt worden war.

Unter *Mitgliedern von Verwaltungsräten* und ihren Beratern hat der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer verständlicherweise *für Unruhe gesorgt*: Sollte es künftig nicht mehr möglich sein, sich ohne das Risiko einer persönlichen Verantwortlichkeit gegen Aktionärsklagen zur Wehr zu setzen? Oder war zumindest davon abzuraten, einen für die Gesellschaft negativen erstinstanzlichen Entscheid weiterzuziehen? Andererseits: Handelte man nicht im Gegenteil gerade dann pflichtwidrig, wenn man sich nicht im Namen der Gesellschaft gegen eine Rechtsposition zur Wehr setzte, die man für falsch hielt? Und schliesslich: Wie sollte man sich als Verwaltungsrat absichern, wenn der Beizug von ausgewiesenen Experten keine Sicherheit mehr bot?

\* \* \*

---

<sup>5</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 21. Mai 2001, HG990234 (der Entscheid ist nicht publiziert).

<sup>6</sup> Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 16. April 1999 und Rekursentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (vgl. die Ausführungen in Bezirksgericht Zürich CG030256 vom 27. Februar 2006 E. 12) (die Entscheide sind nicht publiziert).

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen näher beleuchtet werden, unter denen ein Verwaltungsrat sich für die Gesellschaft gegen Aktionärsklagen wehren darf – oder gar muss (Ziff. III und IV). Zunächst sollen aber stichwortartig die Klagen aufgelistet werden, um die es geht (Ziff. II).

## II. Um welche Klagen geht es?

### I. Aktienrechtliche Klagen

Unter „aktienrechtlichen Klagen“ sind hier solche zu verstehen, die sich auf Bestimmungen des Aktienrechts (oder angrenzender Rechtsgebiete) stützen.

Typisch für diese Klagen ist, dass am Verfahren jeweils auf der einen Seite die *Gesellschaft* (als Beklagte oder Klägerin) und auf der anderen Seite Aktionäre, und zwar *in ihrer Rolle als Aktionäre* beteiligt sind. Auf Aktionärsseite kann es um Interessen des Aktionariats insgesamt gehen oder um die Interessen von Mehrheits- oder Minderheitsaktionären.<sup>7</sup>

Als Klagen von Aktionären gegen ihre Gesellschaft sind zu nennen:

- Klage bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien (Art. 685a ff. OR).
- Klage bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung nicht voll liberierter Namenaktien (Art. 685 OR).
- Klage gegen die Streichung von Eintragungen im Aktienbuch (Art. 686a OR).
- Klage auf Einberufung einer Generalversammlung und/oder die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen (Art. 699 OR).
- Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR; auch Art. 652b Abs. 1 und 2 und Art. 691 Abs. 3 OR).
- Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706a OR).
- Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen (Art. 714 OR).
- Klage auf Auskunft und/oder auf Einsicht in Geschäftsunterlagen (Art. 697 OR).
- Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR).
- Klage wegen Organisationsmängeln (Art. 731b OR).
- Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 OR; auch Art. 643 Abs. 2 OR).

---

<sup>7</sup> Dazu auch KUNZ, *Klagen*, 37 ff.

Diesen Klagen geht in der Regel die Entscheidung eines Gesellschaftsorgans – der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates – voraus, in welcher ein Anliegen der später klagenden Aktionäre abgelehnt worden ist.

In anderen Konstellationen ist es die *Aktiengesellschaft, die gegen Aktionäre klagt*:

- Klage auf nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien (Art. 634a OR).
- Klage auf Rückerstattung von Leistungen, die an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates oder an diesen nahestehende Personen ausgerichtet worden sind (Art. 678 OR).

Spezifisch aktienrechtlicher Natur sind schliesslich auch die *Klagen auf Schadenersatz* gestützt auf das *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht* (Art. 752 ff. OR).

## 2. Allgemeine privatrechtliche Klagen

Von den spezifisch aktienrechtlichen Klagen abzugrenzen sind die *allgemeinen privatrechtlichen Klagen und Verfahren*, für die es rechtlich grundsätzlich keine Besonderheiten gibt, wenn auf der einen Seite die Gesellschaft und auf der anderen Seite einer ihrer Aktionäre – allenfalls auch der Hauptaktionär – stehen.<sup>8</sup>

Bezüglich Klageerhebung, Klageanerkennung und/oder Weiterzug etc. haben die Gesellschaft bzw. die zuständigen Organe bei solchen Verfahren die allgemeinen Abwägungen hinsichtlich Chancen und Risiken zu treffen, die sich generell im Zusammenhang mit Geschäftsentscheidungen ergeben.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Ausnahmsweise kann freilich die Nähe zu einer aktienrechtlichen Beziehung relevant sein: So dürfte etwa das *Gleichbehandlungsprinzip* zu beachten sein, wenn eine Gesellschaft zu entscheiden hat, ob sie wegen der Verletzung eines mit mehreren Aktionären abgeschlossenen Vertrags klagen will oder nicht. Unzulässig wäre es, auf eine Klage gegen bestimmte Aktionäre nur deshalb zu verzichten, weil sie im Verwaltungsrat vertreten sind oder weil sie ein grosses Aktienpaket halten.

<sup>9</sup> Von den Organpersonen sind – wie bei anderen Entscheidungen auch – die aktienrechtlichen Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten zu beachten (Art. 717 Abs. 1 OR).

### III. Die allgemeinen Anforderungen an das Verwaltungsratshandeln bei aktienrechtlichen Klagen

Um es vorwegzunehmen: Auch im Bereich der aktienrechtlichen Klagen geht es zunächst um die grundsätzlichen Anforderungen an das Verwaltungsratshandeln, um *sorgfältige Aufgabenerfüllung*, um *Orientierung am Gesellschaftsinteresse* und um *die Gleichbehandlung der Aktionäre*.

Zu jeder dieser Anforderungen gibt es kluge Dissertationen und Habilitationsschriften und eine Unzahl von Aufsätzen.<sup>10</sup> Auch sind sie vielfach in der Gerichtspraxis thematisiert worden. Es wird daher im Folgenden auf eine weitere Kurzdarstellung verzichtet und lediglich aufgezeigt, wie sich das Bundesgericht in den Reishauer-Fällen – dem Verantwortlichkeitsentscheid von 2012 und dem Vinkulierungsentscheid von 2003<sup>11</sup> – dazu geäußert hat.

Bekanntlich sieht das schweizerische Recht nur eine allgemein gehaltene Bestimmung zur „Sorgfalts- und Treuepflicht“ (so das Marginale) der Organpersonen gegenüber ihrer Gesellschaft vor: Der Verwaltungsrat bzw. seine Mitglieder sind nach Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet, „ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt [zu] erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren“. Die *sorgfältige Aufgabenerfüllung* und die *Ausrichtung auf das Gesellschaftsinteresse* sind mithin die Leitplanken für das Verwaltungsratshandeln. Ausserdem sind die Verwaltungsratsmitglieder gehalten, „die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“ (Art. 717 Abs. 2 OR).

Das Bundesgericht hat diese Vorgaben in den Reishauer-Fällen wie folgt bestätigt und konkretisiert:

#### 1. Sorgfältige Aufgabenerfüllung

Das Bundesgericht hält fest, dass auch bei Entscheidungen und Handlungen des Verwaltungsrates im Rahmen von Gerichtsverfahren

---

<sup>10</sup> Zur *Sorgfaltspflicht* des Verwaltungsrates statt aller ISLER PETER R., *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in: Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, EIZ 41, Zürich 2003, 1 ff. Zum *Gesellschaftsinteresse*: LAMBERT CLAUDE, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1992 (ASR = 535). Und zum *Gleichbehandlungsgebot* HUGUENIN JACOBS CLAIRE, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Habil. Zürich 1994.

<sup>11</sup> Vgl. vorne, Anm. 1 und 3.

„die Sorgfalt ... sich nach dem Recht, Wissensstand und Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung [richtet]. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden ...“.

Und

„auch hier gilt, dass die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses zu beurteilen sind“.<sup>12</sup>

Der so genannte *hindsight bias* – die Voreingenommenheit desjenigen, der ein Verhalten im Nachhinein prüft – soll so verhindert werden. Daher schliesst es das Bundesgericht ausdrücklich aus, aus einem negativen Prozessausgang ohne Weiteres auf eine mangelnde Sorgfalt des Verwaltungsrates zu schliessen:

„Allein aufgrund des späteren Unterliegens im Prozess kann nicht auf eine Unterlassung der sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen geschlossen bzw. der Entscheid über die Prozessführung als pflichtwidrig beurteilt werden.“<sup>13</sup>

Es gibt also auch beim Prozessieren *keine Erfolgshaftung*, sondern nur eine *Haftung für schuldhafte Pflichtvergessenheit*.

Wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates als Generalisten mit einer bestimmten Sach- oder Fachfrage überfordert sind, kann es sich aufdrängen, *Rat bei einer Fachperson* zu suchen. Für Fragen im Zusammenhang mit einer allfälligen Prozessführung wird dies ein Jurist sein. So sieht es auch das Bundesgericht im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer:

„Der Verwaltungsrat hat – *nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen* – die Prozesschancen sorgfältig abzuklären“, und „es ist im Einzelfall abzuklären, ob es im Lichte der gegebenen Umstände und Prozessrisiken vertretbar erscheint, dass der Verwaltungsrat den Rechtsweg beschreitet“.<sup>14</sup>

Genau das hat der Verwaltungsrat der Reishauer getan und dabei gleich doppelt gemoppelt: Er hat zwei Rechtsprofessoren mit Gutachten beauftragt. Was das Bundesgericht dazu ausführt, verblüfft nun allerdings:

---

<sup>12</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2 f.

<sup>13</sup> A.a.O.

<sup>14</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2 f. (Hervorhebung durch die Autoren).



„Ebenso wenig helfen ... die Gutachten von zwei Rechtsprofessoren ..., auf die sich [die Mitglieder des Verwaltungsrates] bei ihrem Prozessführungsentscheid gestützt haben wollen ...“.<sup>15</sup>

Weshalb das Bundesgericht zu diesem Schluss gekommen ist, ist hinten in Ziff. V.2 zu erläutern.

## 2. Handeln im Gesellschaftsinteresse

Der zweite Aspekt der verwaltungsrätlichen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ist das *Handeln im Interesse der Gesellschaft*: Dieses schliesst die *sorgfältige Aufgabenerfüllung* mit ein, denn es kann nie im Interesse der Gesellschaft liegen, wenn der Verwaltungsrat unsorgfältig handelt. Insoweit deckt sich die Verfolgung des Gesellschaftsinteresses mit dem Gebot der sorgfältigen Aufgabenerfüllung. Darüber hinaus verlangt das Gesellschaftsinteresse aber nicht nur ein sorgfältiges Handeln, sondern zudem, dass dieses Handeln ein *im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel* verfolgt. In Bezug auf Prozessführungsentscheide hat das Bundesgericht dies im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer so ausgedrückt:

„Das Gesellschaftsinteresse bildet demnach in zweierlei Hinsicht Richtschnur für die Beurteilung von Prozessführungsentscheiden des Verwaltungsrats: Zum einen kann es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, die nur unnötige Kosten für die Gesellschaft generieren. Zum andern verbietet das Gesellschaftsinteresse, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt wird.“<sup>16</sup>

Worin jedoch das Gesellschaftsinteresse besteht, ist bis heute nicht restlos geklärt. Es ist jedenfalls nicht einfach mit den Interessen des Aktionariats gleichzusetzen und schon gar nicht mit den Interessen der Aktionärsmehrheit

---

<sup>15</sup> A.a.O.

<sup>16</sup> A.a.O., E. 3.3.

oder eines Grossaktionärs.<sup>17</sup> Umstritten und in den letzten zwei Jahrzehnten intensiv und kontrovers diskutiert worden ist, inwieweit die Interessen weiterer Stakeholder (allen voran der Mitarbeitenden) zu berücksichtigen sind. Als im Gesellschaftsinteresse liegend kann sicherlich das *Weiterbestehen der Gesellschaft* und die Erfüllung des im Handelsregister *eingetragenen Zwecks* identifiziert werden. Auch die *Gewinnerzielung* liegt im Interesse der Gesellschaft, wobei heute vorherrschend die Ansicht ist, dass man sich auf eine längerfristige Profitabilität ausrichten darf und soll.<sup>18</sup>

In den Worten des Bundesgerichts im Vinkulierungsentscheid Reishauer von 2003:

„Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat einzig auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und erklärt diese zur Richtschnur seines Handelns. ... Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind indessen Vertrauenspersonen aller Aktionäre und nicht nur von deren Mehrheit. Sie haben nicht die Interessen von Mehrheit und Minderheit gegeneinander abzuwägen, sondern diese beidseitigen Interessen am Gesellschaftsinteresse zu messen ... Auch ihre eigenen Interessen haben die Mitglieder des Verwaltungsrates aufgrund der Treuepflicht hinten zu stellen, wenn diese mit dem Gesellschaftsinteresse kollidieren.“<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 672. – Die Interessen der Gesellschaft und die der Aktionäre sind nicht zwingend gleichlaufend. Illustrativ für einen Gegensatz zwischen dem Gesellschaftsinteresse und den Interessen eines bedeutenden Aktionärs ist eine Auseinandersetzung beim Telekommunikationsunternehmen Sunrise im Jahr 2019. Das Unternehmen beabsichtigte, den Kabelanbieter UPC Cablecom zu übernehmen. Dies wurde allgemein als im geschäftlichen Interesse von Sunrise liegend betrachtet, weil dem Unternehmen bisher ein direkter Kabelzugang in die Haushalte der Kunden fehlte. Die Transaktion hätte bei Sunrise eine Kapitalerhöhung bedingt, bei der die bisherigen Aktionäre, wollten sie ihre verhältnismässigen Beteiligungen beibehalten, hätten mitziehen müssen. Die grösste Einzelaktionärin von Sunrise wollte oder konnte sich jedoch nicht an der Kapitalerhöhung im entsprechenden Umfang beteiligen und stellte sich deshalb aus Eigeninteresse (Verhinderung der Verwässerung ihrer Beteiligung) gegen die Transaktion, die sie zunächst begrüsst hatte (vgl. MÜLLER GIORGIO V., Freenet setzt Sunrise unter Druck, NZZ vom 17. August 2019, 25; FLÜTSCH ANDREAS, Sunrise erklärt Grossaktionär Freenet den Krieg, Tages-Anzeiger vom 23. August 2019, 13; MORDELLE EFLAMM, Sunrise kämpft mit Aktionariat, FuW vom 24. August 2019, 5). Kapitalerhöhung und Übernahme kamen in der Folge nicht zustande.

<sup>18</sup> Daher muss sich „der einzelne Aktionär damit abfinden, dass die Gesellschaft ... aus sachlichen Gründen eine Gesellschaftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist“ (BGE 100 II 384 E. 4). – Zum Ganzen schon FORSTMOSER, *Profit*, 55 ff.; auch BISCHOF, 201 f.; NIKITINE, insb. 125 ff.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3.3.

Von solchen allgemeinen Aussagen abgesehen, denen man sicher nicht widersprechen will, lässt sich das Gesellschaftsinteresse jedoch *nicht abstrakt festlegen*. Vielmehr ist es für jede einzelne Geschäftsführungsentscheidung aufgrund der *konkreten Umstände* zu bestimmen.

Im Vinkulierungsentscheid Reishauer führte das Bundesgericht zur Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Geltendmachung der *Escape Clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR aus:

„Für die Rechtfertigung eines Beschlusses durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen ist auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen ... Die Ausübung des bedingten Ankaufsrechts der Gesellschaft stellt, selbst wenn der veräusserungswillige Aktionär das Angebot ablehnen kann, auch einen Eingriff in seine Rechtsstellung dar, wenn es ihm bei der Veräusserung nicht oder nicht allein um die Realisierung des in den Aktien verkörperten Vermögenswertes geht. Für einen solchen Eingriff verlangt das Sachlichkeitsgebot ... ebenfalls eine Rechtfertigung durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit der Aktionäre. ... Nicht zur Rechtfertigung des Eingriffs tauglich sind hingegen die persönlichen Interessen bloss einzelner Aktionäre, insbesondere wenn der von den Mehrheitsaktionären bestellte Verwaltungsrat über die Übertragung von Aktien der Minderheit zu befinden hat ...“<sup>20</sup>

Zu ergänzen ist, dass in Bezug auf die *Prozessführung* das Interesse der Gesellschaft auch etwa darin liegen kann, eine für sie relevante *rechtliche Grundsatzfrage klären* zu lassen, die sich für sie in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellen wird (z.B. eine Frage im Zusammenhang mit der Auslegung einer statutarischen Bestimmung). Hingegen dürfte das Gesellschaftsinteresse den Gang zum Gericht nicht rechtfertigen, wenn es nur um die Klärung einer *abstrakten juristischen Grundsatzfrage* geht – auch wenn dies die juristische Fachwelt (als eine doch recht entfernte Anspruchsgruppe) begrüssen würde.

### 3. Gleichbehandlung der Aktionäre

Bei aktienrechtlichen Klagen bzw. bei der Prozessführung im Rahmen solcher Klagen kommt schliesslich *neben der sorgfältigen Aufgabenerfüllung und dem Gesellschaftsinteresse* auch *das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot* zum Tragen, also die Pflicht, „die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“ (Art. 717 Abs. 2 OR).

Dazu das Bundesgericht im Vinkulierungsentscheid Reishauer:

---

<sup>20</sup> A.a.O., E. 5.1.

„Die Verwaltungsorgane haben ... ihr Ermessen in der Weise auszuüben, dass sie weder einzelnen Aktionären Sondervorteile verschaffen noch deren Partikularinteressen fördern ... Das Gesetz stellt in Art. 717 OR das Gleichbehandlungsgebot für den Verwaltungsrat auf die gleiche Ebene wie die Sorgfaltpflicht und die Treuepflicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Verwaltungsrat also auch, bei seinen Entscheiden den persönlichen Interessen einzelner Aktionäre ein anderes Gewicht beizumessen als den persönlichen Interessen der auf der Gegenseite betroffenen anderen Aktionäre, soweit eine solche unterschiedliche Gewichtung nicht durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist.“<sup>21</sup>

Der Verwaltungsrat der Reishauer hatte ins Feld geführt, die Ablehnung des Eintragungsbegehrens der Klägerin liege im Gesellschaftsinteresse, weil die Klägerin auf die Gesellschaft einen schädlichen Einfluss habe. Das Bundesgericht liess dies nicht gelten. Es hielt fest, es habe bereits die Vorinstanz

„die von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsinteresses vorgebrachten Gründe als nicht stichhaltig bezeichnet und in der Ausübung des Ankaufsrechts eine krasse Parteinahme zugunsten der Mehrheitsgruppe der Aktionäre erblickt ... Zu Recht [habe die Vorinstanz] festgehalten, dass ein solches Verhalten mit dem in Art. 717 Abs. 2 OR statuierten Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar [sei].“<sup>22</sup>

\* \* \*

Soweit das Grundsätzliche. Es gibt jedoch zahlreiche Einzelfragen:

---

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3.3.

<sup>22</sup> A.a.O.

## IV. Einzelfragen

### 1. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen?

#### a) Anwendungsvoraussetzungen im Allgemeinen

In der Praxis des Bundesgerichts hat sich zur Beurteilung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Geschäftsentscheidungen in den letzten Jahren die Anwendung der so genannten Business Judgment Rule (BJR) gefestigt.<sup>23</sup>

Auch im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer geht das Bundesgericht auf die Business Judgment Rule ein:

„Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheidungen Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind ...“<sup>24</sup>

Die Business Judgment Rule betont die Bedeutung eines *formell korrekten Entscheidfindungsprozesses*.<sup>25</sup> Wenn eine Entscheidung angemessen vorbereitet

---

<sup>23</sup> Zur Business Judgment Rule (BJR) als Checkliste für die richterliche Beurteilung von Geschäftsentscheidungen von Verwaltungsräten und ihren Mitgliedern vgl. insb. GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Diss. Zürich 2018 (= RiU 14); GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 186); NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 266); VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff. Zur Auseinandersetzung mit der BJR speziell im Hinblick auf den Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer vgl. SETHE, 168 ff. und insb. 173 ff.

<sup>24</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2. – Der Entscheid ist denn auch in die Reihe derjenigen Entscheide aufgenommen worden, die in der Lehre als allgemeine Bestätigung der Geltung der Business Judgment Rule angesehen werden, vgl. z.B. CHRISTEN ALEX, „Quo vadis, BJR?“, AJP 2015, 123 ff., 125; RUSTERHOLZ LEO/HELD LUKAS, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2016, 186 ff., 192 f.; VISCHER MARKUS, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff., 54; VON DER CRONE HANS CASPAR/BAUM OLIVIER, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278 ff., 294.

<sup>25</sup> Statt aller SETHE, 176 ff.

und ordnungsgemäss gefällt und umgesetzt worden ist, dann soll das Gericht das Geschäftsermessen des Verwaltungsrates respektieren. Um die inhaltliche Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung sicherzustellen bedingt dies, dass

- die Mitglieder des Verwaltungsrates angemessen und zeitgerecht dokumentiert worden sind (allenfalls auch mit Gutachten zu Fragen, zu deren Beantwortung sie nicht ohne Weiteres kompetent sind);
- sie die Möglichkeit hatten, ihre Meinung frei zu äussern;
- ein formell korrekter Entscheidungsfindungsprozess stattfand; und dass
- sowohl die Beschlüsse als auch die Verhandlungen des Verwaltungsrates sauber protokolliert worden sind (Art. 713 Abs. 3 OR).

Sind diese Voraussetzungen erfüllt und bestanden keine Interessenkonflikte, dann ist gerichtlich nur zu prüfen, ob die *Entscheidung vertretbar* ist. War hingegen der *Entscheidungsfindungsprozess mangelhaft* oder befanden sich mitwirkende Verwaltungsratsmitglieder in einem *Interessenkonflikt*, dann ist die Entscheidung durch das Gericht *umfassend zu prüfen*.

Im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer beurteilte das Bundesgericht die Entscheidung des Verwaltungsrates insofern als mangelhaft, als sie seines Erachtens nicht im Interesse der Gesellschaft lag, der Verwaltungsrat sich mithin in einem Interessenkonflikt befand (Konflikt zwischen den Interessen der Mehrheitsaktionärin, welche die Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt hatten, und denjenigen der Gesellschaft). Es beschied deshalb, dass die Business Judgment Rule keine Anwendung finde.<sup>26</sup>

b) *Das Vorliegen eines Geschäftsentscheides als implizite weitere Voraussetzung*

Die Business Judgment Rule setzt voraus, dass eine *Geschäftsentscheidung* gefällt worden ist oder hätte gefällt werden müssen. Nun trifft ein Verwaltungsrat jedoch nicht nur *Geschäftsentscheidungen* (in einem engeren Sinne), sondern auch *Kontroll- und Organisationsentscheidungen* (Beispiele sind etwa die Einberufung der Generalversammlung oder die Ausübung von Kompetenzen im Zusammenhang mit einer Vinkulierung).<sup>27</sup>

In einem *kürzlich ergangenen Entscheid* hat das Bundesgericht sich zur Abgrenzung zwischen diesen unterschiedlichen Arten von Entscheidungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule geäussert:

---

<sup>26</sup> BGE 139 III 24 E. 3.4 a.E.

<sup>27</sup> Ausführlich SETHE, 173 ff.

„Gemäss [der Business Judgment Rule] anerkennt das Bundesgericht, im Hinblick auf die Beurteilung von Verletzungen der Sorgfaltspflicht durch ein Organ gemäss Art. 717 Abs. 1 OR hätten sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind ... Die vom Bundesgericht verwendete Formulierung zur Einschränkung seiner Überprüfung und den diesbezüglichen Voraussetzungen bezieht sich also auf Geschäftsentscheide. Die innere Begründung dieser Praxis ergibt sich daraus, dass sich das Gericht nicht anmasst, eigentliche unternehmerische Entscheide im Nachhinein besser beurteilen zu können als die damalig im konkreten Geschäft tätigen verantwortlichen Personen ... Demgegenüber eignen sich andere Aufgaben des Verwaltungsrats, namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben, für eine justizmässige Nachkontrolle ... Ein Entscheid des Verwaltungsrats, mit welchem er von der gesetzlichen (hier auch statutarischen) Befugnis gemäss Art. 685a Abs. 1 OR zum Ankauf eigener Aktien und der Verweigerung der Übertragung auf einen anderen Erwerber Gebrauch macht,<sup>28</sup> fällt entgegen der Vorinstanz nicht in den Anwendungsbereich der dargelegten Überprüfungsbeschränkung.“<sup>29</sup>

Nach diesem Entscheid wäre also, entgegen den allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer,<sup>30</sup> die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung über eine Eintragungsverweigerung gestützt auf die *Escape Clause* – als Kontroll- oder Organisationsentscheidung – ohnehin kein Anwendungsfall für die Business Judgment Rule gewesen. Dies wirft die *Frage* auf, *wann eine Geschäftsentscheidung vorliegt und wann eine Kontroll- oder Organisationsentscheidung*, die sich für eine umfassende justizmässige Nachkontrolle eignet.

Dafür haben ROLF SETHE und HANS CASPAR VON DER CRONE einen normativen Ansatz vorgeschlagen:<sup>31</sup>

- Nach SETHE<sup>32</sup> „liegt ein Geschäftsentscheid – entsprechend der ratio der Business Judgement Rule – nur vor, wenn dem Verwaltungsrat in Bezug

---

<sup>28</sup> Also die Entscheidung über eine Eintragungsverweigerung mit gleichzeitigem Kaufangebot zum wirklichen Wert gestützt auf Art. 685b Abs. 1 OR (Fussnote hinzugefügt).

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1, nicht publizierter Teil von BGE 145 III 351. – Rätselhaft bleibt, weshalb die soeben zitierten und über den konkreten Fall hinaus relevanten Ausführungen nicht in die amtliche Publikation aufgenommen worden sind.

<sup>30</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2 ff.

<sup>31</sup> SETHE, 171 ff. (in Auseinandersetzung mit dem Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer); VON DER CRONE, Videobeitrag vom 21. Januar 2020.

<sup>32</sup> SETHE, 173 f.

auf eine wirtschaftliche Weichenstellung mehrere Handlungsalternativen offen stehen, der Entscheid (oder wesentliche seiner Teile) prognostischen Charakter aufweist und/oder unter Zeitdruck gefällt werden muss. Der Geschäftsentscheid steht damit im Gegensatz zu einer gebundenen Entscheidung, bei der dem Verwaltungsrat gerade kein Auswahlermessen zusteht, sondern das Gesetz oder die Statuten ihn zu einem eindeutigen und bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichten.“

- In gleicher Weise grenzt VON DER CRONE ab: Verfügt der Verwaltungsrat bei einer Entscheidung über geschäftliches Ermessen, dann kommt die Business Judgment Rule zur Anwendung. Lässt eine spezifische Norm dagegen kein (oder nur ein geringes) geschäftliches Ermessen zu (was durch Auslegung zu bestimmen ist), dann erfolgt eine umfassende justizmässige Nachkontrolle des Ergebnisses; die Business Judgment Rule kommt nicht zur Anwendung.

Diese Grenzziehung überzeugt.<sup>33</sup> Es ist dabei freilich zu beachten, dass der Übergang *fliessend* ist und dass überdies selbst strikte gesetzliche Vorgaben bei der Umsetzung oft Raum für Ermessen belassen. So muss etwa der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres eine Generalversammlung stattfindet (Art. 699 Abs. 2 OR). Doch ist er frei – und muss er nach pflichtgemäsem Ermessen bestimmen – wann und wo innerhalb dieser Sechsmonatsfrist die Versammlung stattfinden soll.<sup>34</sup> Auch kann er zu den gesetzlich vorgeschriebenen Traktanden weitere hinzufügen. Für Entscheidungen in diesen Fragen kann die Business Judgment Rule wiederum relevant sein.

---

<sup>33</sup> Nicht einleuchtend ist u.E., dass auch auf die Frage der zeitlichen Dringlichkeit abgestellt wird: Wohl ist diese zu berücksichtigen, wenn beurteilt wird, ob ein Verwaltungsrat sorgfältig gehandelt hat, doch liegt der Grund dafür nicht darin, dass sich der Richter nicht in unternehmerische Entscheide einmischen soll, sondern dass wegen des Zeitdrucks unvermeidliche Abstriche an der Gründlichkeit des Willensbildungsprozesses gemacht werden mussten.

<sup>34</sup> Grundsätzlich handelt der Verwaltungsrat zwar pflichtgemäss, wenn die Generalversammlung innert sechs Monaten stattfindet. Ausnahmsweise könnte es sich aber aufdrängen, die Durchführung vorzuziehen, wenn eine Entscheidung unbedingt und rasch getroffen werden muss, um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern. Auch den Versammlungsort kann der Verwaltungsrat grundsätzlich frei bestimmen, doch muss er sicherstellen, dass die Versammlung an diesem ordnungsgemäss stattfinden kann und er für alle Aktionäre mit vernünftigem Aufwand erreichbar ist.



## 2. Recht und Pflicht zur *Klageabwehr*

Ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich im Namen der Gesellschaft gegen Klagen zur Wehr zu setzen? Grundsätzlich ja, aber es ist zu differenzieren (lit. a) und es gibt Ausnahmen (lit. b):

### a) *Im Allgemeinen: Entscheidung unter Würdigung der Prozesschancen*

Im Allgemeinen gilt, dass der Verwaltungsrat, wie bei seinem gesamten Handeln, sich auch in Bezug auf den Widerstand gegen Klagen (allgemein privatrechtlicher oder spezifisch aktienrechtlicher Art), die gegen die Gesellschaft erhoben werden, von der Pflicht zur sorgfältigen Aufgabenerfüllung und vom Gesellschaftsinteresse leiten lassen muss.<sup>35</sup> Eine generelle Pflicht oder ein generelles Recht zur Prozessführung gibt es somit nicht.<sup>36</sup> Vielmehr hat der Verwaltungsrat seine Entscheidung unter *Abwägung und Würdigung der Prozesschancen und -risiken* zu treffen. Für eine spätere gerichtliche Beurteilung des Verwaltungsratshandelns wird dabei in der Regel die Business Judgment Rule zur Anwendung kommen. Geht es um Klagen, in die Aktionäre in ihrer Rolle als Aktionäre involviert sind,<sup>37</sup> ist vom Verwaltungsrat zusätzlich das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu beachten.

Die Prozesschancen sind aber nicht immer das entscheidende Kriterium:

- Richtet sich die Klage gegen eine Entscheidung des Verwaltungsrates, kommt es – wie in der Konstellation im Vinkulierungsprozess Reishauer – darauf an, ob der Verwaltungsrat seine ursprüngliche Entscheidung sorgfältig getroffen hat und ob er sie auch bei erneuter Erwägung für richtig hält. Dann kann – und soll – er sich zur Wehr setzen, auch wenn die Prozesschancen unter fünfzig Prozent liegen.
- Umgekehrt kommt ein Verzicht auf Widerstand oder die Einwilligung in einen Vergleich trotz allenfalls guter Prozesschancen dann in Frage, wenn wesentliche Gesellschaftsinteressen dafür sprechen. Das wird bei allgemeinen privatrechtlichen Klagen nicht selten der Fall sein: Die Verfahrenskosten oder das jedem Prozess anhaftende Risiko sind zu hoch oder eine im Übrigen gute Geschäftsbeziehung soll nicht riskiert werden. Aber auch bei spezifisch aktienrechtlichen Klagen kann ein Einlenken sinnvoll sein, etwa die freiwillige Information als Antwort auf eine Auskunfts- oder Einsichtsklage, obwohl die Informationsbegehren über das hinausgehen, was von der Gesellschaft beantwortet werden muss.

---

<sup>35</sup> Vgl. vorne, Ziff. III.2.

<sup>36</sup> KUNZ, Prozesse, Rz 9.

<sup>37</sup> Wie eben bei einer Klage aufgrund eines abgelehnten Eintragungsgesuchs.

- Andererseits kann der Verwaltungsrat aufgrund des Gesellschaftsinteresses zur Klageabwehr berechtigt oder gar gehalten sein, obwohl nur bescheidene Prozesschancen bestehen. So etwa, wenn es darum geht, eine grundsätzliche Frage im Zusammenhang mit der Auslegung der Gesellschaftsstatuten auch für die Zukunft zu klären.

b) *Besonderheit: Klagen aufgrund von Generalversammlungsbeschlüssen*

Wenn allerdings eine Klage ihren Grund in einer Entscheidung der Generalversammlung hat, dann hat der Verwaltungsrat u.E. die Pflicht, sich im Namen der Gesellschaft gegen die Klage zur Wehr zu setzen. Dies ist allgemein dann der Fall, wenn Aktionäre einen Generalversammlungsbeschluss anfechten (Art. 706 OR), ebenso bei gesetzlich spezifisch geregelten Entscheidungen der Generalversammlung wie dem, die Einsetzung eines Sonderprüfers abzulehnen (Art. 697b OR).

Solche Klagen anzuerkennen oder das Verfahren vergleichsweise zu erledigen kommt für den Verwaltungsrat nicht in Frage, selbst wenn er zum Schluss kommen sollte, dass im konkreten Fall das Risiko des Unterliegens grösser ist als die Chance zu gewinnen. Denn stünde es dem Verwaltungsrat in solchen Verfahren frei, die Klage vorbehaltlos anzuerkennen, dann könnte er die Entscheidung der Generalversammlung dadurch aushebeln, dass er sich gegen die Klage eines unterlegenen Aktionärs nicht zur Wehr setzt.<sup>38</sup>

Dazu sei dreierlei ergänzt:

- Nach Art. 706 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat selbst gegen gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anfechtungsberechtigt. Daraus kann aber nicht ein Recht abgeleitet werden, eine Anfechtungsklage von Aktionärsseite, mit welcher der Verwaltungsrat sympathisiert, anzuerkennen.<sup>39</sup> Vielmehr ist für die Gesellschaft allenfalls ein Vertreter zu bestellen, wie dies in Art. 706a Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen ist.
- Fragen kann man sich, ob die Gesellschaft sich durch alle Instanzen hindurch zur Wehr setzen muss oder ob sie nach einem erst- oder zweitinstanzlichen Entscheid auf einen Weiterzug verzichten darf. U.E. ist dies – ausser bei Offenkundigkeit – nicht zulässig, und jedenfalls wird man den Mitgliedern des Verwaltungsrates keinen Vorwurf machen dürfen, wenn alle Rechtsmittel ausgeschöpft werden.

---

<sup>38</sup> BGE 122 III 279 E. 3c/aa wonach dem Verwaltungsrat eine Verfügung über den Streitgegenstand durch Klageanerkennung oder Vergleich verwehrt sein soll.

<sup>39</sup> BaK-DUBS/TRUFFER, OR 706 N 27; JUTZI, 504 f.

- In der Literatur wird erwogen, eine Klageanerkennung sei zumindest mit Zustimmung der Generalversammlung zuzulassen.<sup>40</sup> Dem ist nicht zu widersprechen. Dabei dürfte die Einwilligung der Generalversammlung in der Regel darin bestehen, dass sie im Sinne eines *contrarius actus* einen neuen Entscheid trifft, in welchem sie auf den angefochtenen Entscheid zurückkommt.

### 3. Recht und Pflicht zur *Klageerhebung*

Grundsätzlich gilt in Bezug auf die *Klageerhebung* durch die Gesellschaft das Gleiche wie bei der *Klageabwehr*: Der Verwaltungsrat hat mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse die Chancen und Risiken der Prozessführung, aber auch weitere Aspekte gegeneinander abzuwägen. Er hat eine Ermessensentscheidung zu treffen, wofür er erheblichen *Spielraum* hat.

Eine *Pflicht zur Klageerhebung* ist für den Verwaltungsrat allerdings dann gegeben, wenn der Auftrag dazu von der *Generalversammlung* erteilt wird. Das geltende Recht äussert sich dazu nur im Hinblick auf die *Verantwortlichkeitsklage*, und auch dies nur implizit: Nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR soll bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage das Stimmenprivileg von Stimmrechtsaktien nicht gelten.

Im künftigen Recht wird die Weisungskompetenz der Generalversammlung explizit festgehalten, und dies nicht nur für die Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 Abs. 2 nOR), sondern auch für die Rückerstattungsklage (Art. 658 Abs. 5 nOR). Ausserdem wird die Generalversammlung ausdrücklich ermächtigt, anstelle des Verwaltungsrates einen Vertreter mit der Prozessführung zu beauftragen.

Möglich ist es u.E. – auch ohne besondere statutarische Basis –, dass die Generalversammlung den Verwaltungsrat anweist, keine Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Denn der Generalversammlung kommt unübertragbar die Kompetenz zur Entlastung des Verwaltungsrates zu (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR), und darin dürfte – *in maiore minus* – die Möglichkeit enthalten sein, über den (allenfalls auch nur vorläufigen) Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen zu entscheiden.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BaK-DUBS/TRUFFER, OR 706 N 27; JUTZI, 505 ff.

<sup>41</sup> FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 11 Anm. 47.

Wie beim Entscheid darüber, ob sich die Gesellschaft gegen eine Klage zur Wehr setzen soll, sind auch beim Entscheid über eine allfällige Klageerhebung die Prozesschancen nicht das einzige Kriterium:

- Erhebt eine Gesellschaft Klage gegen (ehemalige) Mitglieder des Verwaltungsrates und/oder der Geschäftsleitung, dann muss sie ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten dieser Organpersonen darlegen. Nun ist aber bekanntlich das Handeln von Organpersonen – soweit in geschäftlicher Verrichtung begangen – der Gesellschaft zuzurechnen (Art. 722 OR). Durch ihre Klagebegründung wird die Gesellschaft folglich – wenn durch das gerügte Verhalten auch Dritte direkt geschädigt worden sind – Munition liefern für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen sie selbst. Für die Gesellschaft kann es daher vorteilhafter sein, auf eine Klage zu verzichten.<sup>42</sup>

Auch andere Überlegungen wird sich der Verwaltungsrat machen müssen:

- Wie wirkt sich eine Klage und eine allenfalls damit verbundene Berichtserstattung in den Medien auf die *Reputation* der Gesellschaft aus? Schadet es dem Ansehen, wenn über vermutete Missstände berichtet wird? Oder riskiert die Gesellschaft umgekehrt den Vorwurf der Vertuschung, wenn auf eine Klage verzichtet wird?
- Wie belastend ist es für Mitarbeitende, die Geschäftsleitung und allenfalls auch den Verwaltungsrat, wenn sie sich über Jahre oder gar Jahrzehnte mit einer Angelegenheit befassen müssen, die intern längst aufgearbeitet worden ist?<sup>43</sup>
- Und wie wirkt sich eine Klage – oder der Verzicht darauf – auf das Verhalten der Mitarbeitenden und das Betriebsklima aus? Scheuen die Mitarbeitenden künftig jedes Risiko (und verpassen sie damit auch die entsprechenden Chancen), wenn sie befürchten müssen, bei jeder Fehlleistung ans Messer geliefert zu werden? Oder schafft Passivität den Eindruck eines *Laissez-faire*, das Missstände toleriert?

---

<sup>42</sup> Vor diesem Dilemma standen etwa Schweizer Banken, die zu entscheiden hatten, ob sie Klage einleiten sollten gegen Organpersonen, die in den USA gegen Gesetze und Weisungen verstossen hatten. Die von den Banken in Verantwortlichkeitsprozessen vorzulegenden Beweise und Argumente hätten allenfalls in den USA gegen sie selber verwendet werden können.

<sup>43</sup> Verantwortlichkeitsprozesse dauern regelmässig lange. Auch beim hier referierten Verantwortlichkeitsprozess Reishauer liegen zwischen Klageerhebung und dem Entscheid des Bundesgerichts gut neun Jahre. Eindrücklichstes (aber in der Schweizer Wirtschaftsgeschichte immerhin einmaliges) Beispiel bilden die Swissair-Prozesse, die auch fast zwei Jahrzehnte nach dem Zusammenbruch der Swissair immer noch nicht gänzlich abgeschlossen sind.

#### 4. Vom Wert und Unwert von Gutachten

Im Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Verwaltungsrat die Prozesschancen sorgfältig abzuklären habe,

„nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen“<sup>44</sup>

Der Verwaltungsrat der Reishauer hat dies fast im Übermass getan: Gleich zwei Professoren wurden mit Gutachten beauftragt. Beide äusserten sich positiv, wodurch sich der Verwaltungsrat offenbar in seiner Entscheidung zur Ablehnung des Eintragungsgesuchs und danach zur Verteidigung dieses Entscheides vor Gericht bestärkt fühlte.

Dennoch kam das Gericht zum Schluss, dass dies den Mitgliedern des Verwaltungsrates im konkreten Fall nicht helfe, um sie vor einer persönlichen Haftung zu schützen.<sup>45</sup>

##### a) *Beizug externer Fachpersonen*

Weshalb das Bundesgericht zu dieser Folgerung kam, wird hinten in Ziff. V dargelegt. Hier ist zunächst allgemein darzulegen, weshalb auch das Einholen von Expertenrat den Verwaltungsrat nicht ohne Weiteres von einer Verantwortlichkeit zu befreien vermag. Die folgenden Kriterien sind für den Entscheid, Gutachten in Auftrag zu geben, zu beachten:

- Der Verwaltungsrat darf für seine Entscheidungsfindung Expertenrat einholen, wenn er dies für sinnvoll erachtet. Wenn kein Mitglied des Gremiums über die erforderliche Sachkunde verfügt, dann muss er dies sogar tun.<sup>46</sup>
- Wenn es um technisches Fachwissen geht und kein Spezialist im Verwaltungsrat sitzt, dürfte es in der Regel ohne Unterstützung nicht gehen. Diese ist zunächst bei den Fachleuten in der Gesellschaft selbst zu holen.<sup>47</sup> Falls die internen Stellungnahmen nicht vollständig überzeugen oder die Überprüfung der internen Positionen durch eine Zweitmeinung angezeigt erscheint, ist gesellschaftsexterne Expertenkenntnis einzuholen.

Bei rechtlichen und ökonomischen Fragen ist wohl, wenn der Verwaltungsrat angemessen zusammengesetzt ist, gesellschaftsinterne Fachkunde zumeist vorhanden. Bei komplexen Themen kann aber auch in diesen Bereichen der Beizug von Experten nötig sein, etwa für „das Begutachten

---

<sup>44</sup> BGE 139 III 24 E. 3.3.

<sup>45</sup> A.a.O., E. 3.4.

<sup>46</sup> SETHE, 187 f.

<sup>47</sup> Dazu sogleich IV.4.b).

wettbewerbsrechtlicher Konsequenzen eines Verhaltens oder die Anwendung ausländischer Gesetze“.<sup>48</sup> Ebenfalls kann in Krisen- oder Sanierungssituationen die vorhandene Kenntnis der Verwaltungsratsmitglieder an Grenzen stoßen, oder es kann sinnvoll sein, die eigene Beurteilung, die oft zu positiv ausfällt, durch einen kritischen Blick von aussen hinterfragen zu lassen (so etwa bei der Beurteilung der Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft).<sup>49</sup>

- Bezüglich des Verkehrs mit Experten wird man sich auf die drei *curae* stützen können, die als Voraussetzung für die Delegation von Aufgaben innerhalb der Aktiengesellschaft (Art. 754 Abs. 2 OR) und auch aus der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR) wohlbekannt sind: Sorgfalt in der Auswahl (*cura in eligendo*), der Instruktion (*cura in instruendo*) und in der Überwachung (*cura in custodiendo*).<sup>50</sup>

In der Literatur finden sich ausführlichere Listen, wobei sich die erweiterten Sorgfaltsaspekte jeweils einer der drei *curae* zuordnen lassen:<sup>51</sup>

- *Expertenauswahl*: Auswahl eines unabhängigen, objektiv fachkundigen, qualifizierten Experten mit entsprechender Ausbildung und Erfahrung;
- *Experteninstruktion*: klare Auftragserteilung, allenfalls unter Beizug interner Fachleute, Offenlegung sämtlicher relevanter Sachverhaltselemente und Dokumente;
- Die *Überwachung* wird vor allem in einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Resultat, dem vorgelegten Gutachten bestehen: Ist dieses vollständig? Geht es auf den konkreten Sachverhalt ein? Ist es widerspruchsfrei? Stimmt es mit anderen Entscheidungsgrundlagen – etwa internen Stellungnahmen – überein oder setzt es sich überzeugend kritisch mit diesen auseinander?

Zur Überwachung und kritischen Kenntnisnahme gehört auch eine *Plausibilitätsprüfung*, was voraussetzt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und allenfalls der Geschäftsleitung das Gutachten sorgfältig studiert haben und dass sie es nachvollziehen können.<sup>52</sup> Das Lesen des *Executive Summary* allein genügt dazu meist nicht. Bei Zweifeln und offenen Fragen sind

---

<sup>48</sup> KÄLIN, 215.

<sup>49</sup> KÄLIN, 214.

<sup>50</sup> Vgl. KÄLIN, 216 ff.; SETHE, 194 ff.

<sup>51</sup> Hier nach BISCHOF, 204 f. (m.w.H.).

<sup>52</sup> Dies sollte einem Verwaltungsratsmitglied in der Regel möglich sein, denn es ist „zu verlangen, dass der Verwaltungsrat diejenigen Mindestkenntnisse besitzt, die notwendig sind, um die normalerweise anfallenden Geschäftsvorfälle ohne fremde Hilfe zu bewältigen“ (SETHE, 186, mit Verweis auf die Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs).

allenfalls Zusatzabklärungen in Auftrag zu geben, und schliesslich kann das eigene Urteil auch durch ein *Obergutachten* bestätigt oder in Frage gestellt werden.

Bei aller Sorgfalt im Verkehr mit den Experten und bei der Würdigung ihrer Ergebnisse bleibt es aber dabei: *Entscheiden muss der Verwaltungsrat selbst*, die Verantwortung lässt sich nicht delegieren.

b) *Beizug unternehmensinterner Fachpersonen*

Wie bereits erwähnt, wird sich der Verwaltungsrat vor dem Beizug externer Fachpersonen auf *unternehmensinterne Fachleute* – hinsichtlich der Prozessführung werden dies Mitglieder der Rechtsabteilung sein – abstützen, und vielfach ist dies auch ausreichend. In der Literatur ist freilich die Ansicht vertreten worden, dies wirke für die Mitglieder des Verwaltungsrates nicht haftungsbefreiend, zum einen, weil die internen Fachpersonen dem Verwaltungsrat unterstellt seien, und zum andern, weil dem Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die unübertragbare Aufgabe zukomme, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu überwachen.<sup>53</sup> Das ist u.E. nicht überzeugend: Der Verwaltungsrat und seine Mitglieder haben sich ihre Meinung aufgrund angemessener Informationen zu bilden. Solche Informationen können, wenn das nötige Fachwissen in der Gesellschaft vorhanden ist, auch intern bezogen werden. Dabei können die Auskünfte von hierarchisch relativ tief eingestuftten Sachbearbeitern besonderen Wert haben, denn gerade bei ihnen findet sich oft das benötigte Spezialwissen.

5. **Delegierbarkeit der Entscheidung über aktienrechtliche Klagen an andere Gesellschaftsorgane?**

Die Delegation von Entscheidungen *nach oben*, an die Generalversammlung, oder *nach unten*, an die Geschäftsleitung, scheint auch beim Entscheid über aktienrechtliche Klagen verlockend, könnte dies doch für den Verwaltungsrat mit einem geringeren Verantwortlichkeitsrisiko einhergehen.

a) *Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates*

Das Gesetz sieht für Entscheidungen bezüglich der Prozessführung bei aktienrechtlichen Klagen – mit wenigen Ausnahmen – keine Kompetenzzuweisung an ein bestimmtes Organ vor. Die Entscheidungskompetenz liegt deshalb grundsätzlich beim Verwaltungsrat, denn er kann (und muss) „in allen Angele-

---

<sup>53</sup> So etwa KÄLIN, 219 f.

genheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung [bzw. allgemeiner: einem anderen Organ] zugeteilt sind“ (Art. 716 Abs. 1 OR). Immerhin ist diese Bestimmung – mit Ausnahmen, die sich aus dem Gesetz ergeben – dispositiver Natur, was sich schon darin zeigt, dass statutarische Kompetenzzuweisungen explizit vorbehalten werden.

b) *Gesetzliche Kompetenzzuweisungen*

Eine ausdrückliche und zwingende Kompetenzzuweisung an den Verwaltungsrat liegt in folgenden Fällen vor:

- Unübertragbar und unentziehbar durch das Gesetz zugewiesen sind dem Verwaltungsrat die Kompetenzen in Bezug auf die Vorbereitung der Generalversammlung (worunter auch Einberufung und Traktandierung fallen) (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Damit muss der Verwaltungsrat auch gerichtliche Auseinandersetzungen in diesem Zusammenhang in der Hand behalten.
- In der Kompetenz des Verwaltungsrates liegen weiter die Entscheidung über „die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien“ (Art. 634a Abs. 1 OR) sowie über die allfälligen Konsequenzen eines diesbezüglichen Zahlungsverzuges (Art. 681 f. OR). Auch hier ist die Kompetenz des Verwaltungsrates, zu dessen Aufgabenbereich die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gehört,<sup>54</sup> zwingend gegeben.<sup>55</sup>

Ausnahmsweise kommt die Kompetenz, über die Prozessführung zu entscheiden, aufgrund der gesetzlichen Ordnung gerade nicht dem Verwaltungsrat zu, sondern einem gerichtlich für die Gesellschaft bestellten Vertreter.

- Dies ist der Fall, wenn der Verwaltungsrat eine Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der Generalversammlung erhebt (Art. 706 Abs. 1 i.V.m. 706a Abs. 2 OR). Dasselbe dürfte gelten – obwohl gesetzlich nicht geregelt – bei Klagen des Verwaltungsrates auf Feststellung der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.

---

<sup>54</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR (vgl. künftig Art. 725 Abs. 1 nOR: „Der Verwaltungsrat überwacht die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.“).

<sup>55</sup> BaK-SCHENKER, OR 634a N 4 (m.w.H.); BaK-VOGT, OR 681/682 N 11.



c) *Delegation der Entscheidung an die Generalversammlung?*

aa) *Delegation durch die Statuten*

Eine Reihe von Entscheidungen, die zu aktienrechtlichen Klagen führen können, nennt als Akteurin „die Gesellschaft“, so:

- die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung nicht voll liberierter Namenaktien (Art. 685 OR);<sup>56</sup>
- die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien (Art. 685a ff. OR);<sup>57</sup> oder
- die Streichung von Eintragungen im Aktienbuch (Art. 686a OR).

In anderen Fällen geht es um Beschlüsse der Generalversammlung, etwa bei:

- der Klage auf Auskunft und/oder Einsicht in Geschäftsunterlagen (Art. 697 OR);
- der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR; auch Art. 652b Abs. 1 und 2 OR [Aufhebung des Bezugsrechts] und Art. 691 Abs. 3 OR [unberechtigte Teilnahme]); oder
- der Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR).

Auch kann der Grund, der zur Klage führt, allenfalls auf frühere Beschlüsse der Generalversammlung zurückgeführt werden, so bei:

- der Klage wegen Organisationsmängeln (Art. 731b OR); oder
- der Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 OR; auch Art. 643 Abs. 2 OR [Missachtung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften bei der Gründung]).

Es fragt sich, ob in solchen Fällen die Statuten vorsehen können, dass neben der zugrunde liegenden und allenfalls klageauslösenden Entscheidung auch die Entscheidungskompetenz in Bezug auf die nachfolgende Prozessführung der Generalversammlung zukommen soll.

Dies ist für die verschiedenen Klagen je gesondert zu prüfen. Zumeist dürfte eine Delegation aber nicht in Betracht kommen:

- Unsinnig wäre eine Delegation an die Generalversammlung in denjenigen Fällen, in denen gegen Beschlüsse der Generalversammlung selbst vorgegangen werden soll.
- Die Möglichkeit einer Delegation ist dann unnötig, wenn das Gesetz den Aktionären bzw. jedem einzelnen Aktionär ein Klagerecht einräumt, wie

---

<sup>56</sup> BaK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, OR 685a N 9.

<sup>57</sup> BaK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, OR 685a N 9; KLÁY, 354.

etwa bei der Klage wegen unbefugter Teilnahme an einer Generalversammlung (Art. 691 Abs. 3 OR) oder bei der Verantwortlichkeitsklage mit Bezug auf den Gesellschaftsschaden (Art. 756 OR). Denn dann kann der Aktionär schon von Gesetzes wegen und aus eigenem Recht klagen.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass das Gesetz die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung unübertragbar dem Verwaltungsrat zuordnet (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) und dass die Generalversammlung (schon aus praktischen Gründen) meist nicht das geeignete Organ ist, um Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Prozessführung zu fällen.

#### *bb) Delegation im Einzelfall?*

Das GmbH-Recht sieht seit der Reform von 2005 vor, dass die Geschäftsführer – allerdings nur bei entsprechender statutarischer Grundlage – der Gesellschafterversammlung „einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können“ (Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Für das Aktienrecht fehlt eine entsprechende Bestimmung, und es wurde die Einführung einer solchen im Rahmen der Aktienrechtsreform ausdrücklich und u.E. zu Recht abgelehnt.<sup>58</sup>

Denkbar ist immerhin, die Generalversammlung mittels einer *Konsultativabstimmung* einzubeziehen.<sup>59</sup> Den Verwaltungsrat und seine Mitglieder entbindet das zwar nicht von der Entscheidungsverantwortung, aber die Mehrheitsmeinung der Generalversammlung kann ein Element sein, das bei einer sorgfältigen Entscheidungsfindung mit zu berücksichtigen ist.

#### *d) Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung?*

Grundsätzlich kann die Entscheidung über das Erheben allgemeiner privatrechtlicher Klagen und über das Führen solcher Prozesse vom Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung delegiert werden, jedenfalls soweit sie sich aus dem (laufenden) Geschäftsbetrieb ergeben.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Die Möglichkeit eines solchen Genehmigungsvorbehalts zugunsten der Generalversammlung hatte der Reformentwurf von 2007 vorgesehen (Botschaft vom 21. Dezember 2007 [BBl 2008 1589 ff., 1611]). In den Entwurf von 2016 wurde der Vorschlag jedoch nicht übernommen (Botschaft vom 23. November 2016 [BBl 2017 399 ff., 456]).

<sup>59</sup> Zu den Konsultativabstimmungen vgl. ISLER MARTINA, *Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung*, Diss. Zürich 2010 (= SSHW 297).

<sup>60</sup> In der Praxis zeigt sich allerdings die Tendenz, auch diese Entscheidungen beim Verwaltungsrat – zumindest im Sinne eines Genehmigungsvorbehalts – zu behalten, soweit es sich nicht um Routineverfahren aus dem täglichen Geschäft handelt; vgl. FORSTMOSER, *Organisation*, § 8 N 129.

Aber ist auch im Bereich der spezifisch aktienrechtlichen Klagen eine Delegation an die Geschäftsleitung erlaubt? Dagegen spricht zunächst, dass es bei aktienrechtlichen Klagen und Verfahren oft um Fragen von grundsätzlicher und strategischer Tragweite für die Gesellschaft geht (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Und vielfach betreffen solche Klagen in einem weiteren Sinn den Verkehr mit den Aktionären bzw. eine Auseinandersetzung von Aktionären mit der Gesellschaft, weshalb auch aus diesem Grund eine Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung nicht in Frage kommen dürfte (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).

Deshalb sind u.E. bei aktienrechtlichen Klagen die Entscheidungen über die wesentlichen Verfahrensschritte seitens der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat zu fällen. Eine Delegation der Entscheidung an die Geschäftsleitung fällt damit ausser Betracht, doch kann die Ausführung nach unten delegiert werden (Art. 716a Abs. 2 OR).<sup>61</sup>

## 6. Delegation der Klageführung an Aktionäre?

Es gibt Fälle, in denen es bei einer Streitfrage materiell primär um die Interessen von Aktionären bzw. von Aktionärsgruppen geht (so wie im Vinkulierungsentscheid Reishauer), während für die Gesellschaft selber der Ausgang eines Verfahrens kaum relevant ist. Kann sich die Gesellschaft in einem solchen Fall neutral verhalten und die Klageführung den interessierten Parteien überlassen?

Diese Fragen – sie sind primär verfahrensrechtlicher und nicht gesellschaftsrechtlicher Natur – sollen hier nur mit Hinweis auf die einschlägigen Regeln der Zivilprozessordnung kurz gestreift und zur Diskussion gestellt werden.

### a) Streitverkündung

Im Rahmen einer Streitverkündung kann „eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, ... diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen“ (Art. 78 ff. ZPO). „Die streitberufene Person kann ... zugunsten der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, ohne weitere Voraussetzungen intervenieren [oder] ... anstelle der Partei, die ihr den Streit verkündet hat, mit deren Einverständnis den Prozess führen“ (Art. 79 Abs. 1 ZPO).

---

<sup>61</sup> Art. 716b Abs. 2 OR spricht zwar nur von der Zuweisung der Vorbereitung, Ausführung und Überwachung von Geschäften an Ausschüsse oder einzelne Verwaltungsratsmitglieder. Es ist aber unbestritten, dass solche Aufgaben auch der Geschäftsleitung oder Dritten zugewiesen werden können, vgl. FORSTMOSER, *Organisation*, § 4 N 15 ff.; ZK-HOMBURGER, OR 716a N 687.

Vorausgesetzt wäre damit, dass die intervenierenden Aktionäre zu befürchten hätten, im Falle des Unterliegens der Gesellschaft selbst belangbar zu werden. Denkbar wäre auch, dass der Verwaltungsrat im Falle des Unterliegens eine Verantwortlichkeitsklage von Aktionären befürchtet, was allerdings voraussetzte, dass der Verwaltungsrat unsorgfältig prozessiert. Eine Streitverkündung dürfte jedenfalls nur in seltenen Konstellationen in Frage kommen.

b) *Nebenintervention*

Ein weiteres prozessrechtliches Instrument ist die Nebenintervention: „Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen“ (Art. 74 ff. ZPO).

Gestützt darauf kann ein Verfahren nicht durch den Verwaltungsrat an Aktionäre „delegiert“ werden, weil die Nebenintervention ein eigenes Aktivwerden der Nebenpartei, d.h. der betreffenden Aktionäre bedingt. Soweit Aktionäre selber am Ausgang des Verfahrens interessiert sind, ist eine Nebenintervention aber immerhin denkbar.

c) *Parteiwechsel*

Schliesslich sieht das Zivilprozessrecht noch die Möglichkeit eines gewillkürten Parteiwechsels vor, dem jedoch die Gegenpartei zustimmen muss (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Ein solcher dürfte freilich schon deshalb kaum je in Frage kommen, weil eine Gegenpartei nicht ihr Einverständnis dazu geben wird, eine desinteressierte Gegnerin (die Gesellschaft) gegen eine motivierte (einzelne Aktionäre) einzutauschen. Im Übrigen wären die prozessualen Konsequenzen eines solchen Wechsels vertieft zu klären.

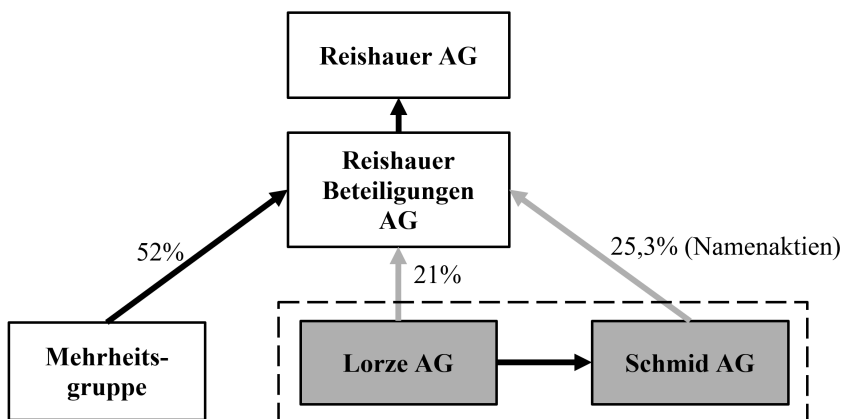
## V. Der Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer – doch kein Fehlentscheid?

Abschliessend ist auf den Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer zurückzukommen. Es sind zunächst Besonderheiten des Sachverhalts nachzutragen, welche dem Vinkulierungsentscheid zugrunde lagen (Ziff. 1). Dann ist auf Schwächen hinzuweisen, welche die Gutachten nach Ansicht des Bundesgerichts aufgewiesen haben (Ziff. 2). Und abschliessend seien einige kritische Fragen erwähnt, die auch nach einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Entscheid offen bleiben (Ziff. 3).

## I. Eine besondere Fallkonstellation

Der Entscheidung des Verwaltungsrates der Reishauer, das Eintragungsgesuch gestützt auf die *Escape Clause* abzulehnen, lag ein ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde:<sup>62</sup>

Das Aktionariat der Reishauer bestand nämlich im Wesentlichen aus einer Mehrheitsgruppe (mit 52% der Aktien), die auch alle Mitglieder des Verwaltungsrates stellte, und einer Minderheitsgruppe, bestehend aus zwei Gesellschaften: der Lorze AG mit 21% der Aktien und der Schmid AG mit 25,3% der Aktien. Die Lorze AG war Alleinaktionärin der Schmid AG. Sowohl die Reishauer-Aktien der Lorze AG als auch diejenigen der Schmid AG waren im Aktienbuch der Reishauer eingetragen. Die Lorze AG kontrollierte damit direkt und indirekt insgesamt ca. 47% der Aktien der Reishauer:



Nun übernahm die Lorze AG die Schmid AG durch Annexion. Dadurch gingen deren Vermögenswerte – einschliesslich der Aktien der Reishauer – durch Universalsukzession auf die Lorze AG über. Diese stellte das umstrittene Eintragungsgesuch, welches der Verwaltungsrat wie erwähnt unter Berufung auf Art. 685b Abs. 1 OR ohne Begründung abgelehnt hatte.

Wäre es bei der Ablehnung geblieben, dann wäre der Einfluss der Lorze AG – obwohl sich wirtschaftlich nichts geändert hatte – von 47 % auf 21 % abge-

<sup>62</sup> Zum Sachverhalt vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003.

sackt, und damit wäre sie auch der Sperrminorität bei besonders wichtigen Generalversammlungsbeschlüssen (ein Drittel der Stimmrechte, Art. 704 Abs. 1 OR) verlustig gegangen.

Diese besondere Situation auszunutzen hielt das Bundesgericht für *rechtsmissbräuchlich*. Denn es sei dabei nicht um das Interesse der Gesellschaft gegangen (für diese änderte sich hinsichtlich der beteiligten Aktionärsblöcke nichts), sondern nur darum, im *Interesse der Aktionärsmehrheit* den Einfluss der Minderheit zu reduzieren. Es sei dem Verwaltungsrat nicht gelungen, konkrete und stichhaltige Gründe für die Eintragungsverweigerung aus Sicht des *Gesellschaftsinteresses* geltend zu machen. Die vorgebrachten hypothetischen Gründe hätten sich vor allem auf Befürchtungen in Bezug auf den künftigen Einfluss der Lorze AG (bzw. von ihrem Hauptaktionär) auf die Geschäftspolitik der Reishauer bezogen. Diese Gründe seien aber schon deshalb nicht valabel, weil mit der Eintragung im Hinblick auf den Einfluss der Minderheit nur der Status Quo weitergeführt werde.<sup>63</sup>

Der Verwaltungsrat habe sodann das aktienrechtliche *Gleichbehandlungsgebot verletzt*, indem er die *Escape Clause* zum Nachteil einzelner Aktionäre bzw. einer Aktionärsgruppe eingesetzt habe, ohne dass das Gesellschaftsinteresse dies erfordert hätte. Dass die *Escape Clause* eine Abfindung zum wirklichen Wert sicherstelle, ändere daran nichts. Denn mit der Ablehnung der Eintragung hätte die Minderheitsgruppe ihre Drittels-Sperrminorität verloren und entscheidend an Einfluss eingebüsst, was das Handelsgericht als krasse Parteinahme zugunsten der Aktionärsmehrheit qualifiziert habe.<sup>64</sup>

Eine solche „Minderung des Einflusses bestehender Aktionäre [liege] ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung“, deren Funktion in einer Zutrittskontrolle bestehe.<sup>65</sup>

## 2. Schwächen der Gutachten

Das Bundesgericht wies sodann auf Schwächen der eingeholten Gutachten hin:

„Diese Gutachten ... äusserten sich nicht zur [relevanten] Frage eines Rechtsmissbrauchs. Jedenfalls ist solches im für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz nicht festgestellt. Einzig das Gutachten vom 10. März 2000 behandelte speziell die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der

---

<sup>63</sup> A.a.O., E. 5.1.

<sup>64</sup> A.a.O., E. 3.3.

<sup>65</sup> A.a.O., E. 5.2.

Anrufung der Escape-Klausel. Aber auch diesbezüglich schweigen die angefochtenen Entscheide darüber, ob der Gutachter seine Beurteilung hinsichtlich des hier massgebenden Sachverhalts vornahm.<sup>66</sup>

Ein Gutachten kann aber nur dann als Entscheidungsgrundlage für den Verwaltungsrat dienen, wenn es in Kenntnis der wesentlichen Tatbestandselemente und in Auseinandersetzung mit diesen erstellt wird.<sup>67</sup>

Darin zeigt sich die – oft zu wenig beachtete – Bedeutung einer klaren Auftragserteilung an die Gutachter unter Offenlegung des vollständigen und ungeschönten Sachverhalts gegenüber dem Gutachter (*Experteninstruktion*).

Ebenso zeigt sich die Notwendigkeit der Überprüfung eines vorgelegten Gutachtens zumindest im Sinne einer Plausibilitätsprüfung (*Expertenüberwachung*). Dabei kann nicht verlangt werden, dass der Verwaltungsrat jede einzelne Schlussfolgerung des Gutachtens in Zweifel zieht und selbst nochmals zu klären versucht. Im konkreten Fall hätte aber spätestens nach dem Urteil des Zürcher Handelsgerichts, welches die Entscheidung des Verwaltungsrates u.a. auch als rechtmisbräuchlich erachtete,<sup>68</sup> Anlass für eine entsprechende Rückfrage bei den Gutachtern unter Zugrundelegung der besonderen Sachlage bestanden.<sup>69</sup> Und es hätte den Verwaltungsrat auch hellhörig machen müssen, dass einer der Gutachter – trotz Klageabweisung durch das Handelsgericht – die Prozesschancen weiterhin als gut bezeichnete.

### 3. Offene Fragen

Der Entscheid des Bundesgerichts überzeugt – jedenfalls auf der Basis des Sachverhalts, den das Bundesgericht zugrunde zu legen hatte.

Zwei Fragen seien immerhin abschliessend gestellt:

- War es nicht vertretbar, prozessual die ersten Schritte zu machen? Durfte der Verwaltungsrat nicht wenigstens die Klärung durch einen Entscheid des Handelsgerichts anstreben?
- Waren nicht gewisse Kostenpunkte – etwa für das Einholen von Gutachten – gerechtfertigt und hätten sie daher von der eingeklagten Summe abgezogen werden müssen?

---

<sup>66</sup> BGE 139 III 24 E. 3.4.

<sup>67</sup> Zum Ganzen schon vorne, Ziff. IV.4.a).

<sup>68</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 21. Mai 2001, HG990234 E. 5.3 (der Entscheid ist nicht publiziert).

<sup>69</sup> Zum Ganzen schon vorne, Ziff. IV.4.a).

Beides wird man dann – und nur dann – verneinen, wenn davon ausgegangen wird, dass es für den Verwaltungsrat von Anfang an erkennbar war, dass er missbräuchlich handelt. Dies erscheint aber nicht offensichtlich, was sich darin zeigt, dass die Verantwortlichkeitsklage immerhin in erster Instanz mit ausführlicher Begründung abgelehnt worden war.<sup>70</sup> Das Bundesgericht hatte dazu mangels entsprechender Begehren und Feststellungen der Vorinstanz nicht Stellung zu nehmen.

\* \* \*

Zum Abschluss ist Folgendes in Erinnerung zu rufen:

Verwaltungsräte, die sich entscheiden müssen, ob sie sich gegen eine Aktionärsklage zur Wehr setzen wollen, sollten sich davor hüten, aus dem Verantwortlichkeitsentscheid Reishauer den falschen Schluss zu ziehen, das Beste sei, nichts zu tun. Denn passives Verhalten gegenüber einer Klage, die nach dem sorgfältig gefällten Urteil des Verwaltungsrates den Gesellschaftsinteressen zuwiderläuft, ist genauso ein Verstoss gegen die Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Art. 717 Abs. 1 OR wie eine sture Abwehrhaltung in einem chancenlosen Prozess. Wie so oft befindet sich der Verwaltungsrat auch dann, wenn er über die Anhebung eines Prozesses oder die Abwehr einer Klage entscheiden soll, auf einer Gratwanderung und in Gefahr, bei einem Fehltritt auf die eine oder auf die andere Seite abzustürzen und in persönliche Verantwortlichkeitsverfahren verstrickt zu werden.

Man sollte deshalb als Verwaltungsrat stets die grundlegenden Pflichten gemäss OR 717 – sorgfältige Auseinandersetzung mit den Problemen, Ausrichtung auf die Interessen der Gesellschaft, Gleichbehandlung der Aktionäre, soweit nicht besondere Umstände vorliegen – im Fokus haben und sich bei der Entscheidungsfindung an die Vorgaben der Business Judgment Rule halten.

## Literatur

BISCHOF ELIAS, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, SJZ 2014, 197 ff.

BRUGGER DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheidungen, Urteilsbesprechung: BGer 4A\_375/2012, SZW 2013, 178 ff.

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011 (zit. FORSTMOSER, Organisation).

---

<sup>70</sup> Urteil des Bezirksgerichts Zürich CG030256 vom 27. Februar 2006 (der Entscheid ist nicht publiziert).



- FORSTMOSER PETER, Profit – das Mass aller Dinge? in: Zäch et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 55 ff. (zit. FORSTMOSER, Profit).
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Diss. Zürich 2018 (= RiU 14).
- GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSW 186).
- HERREN DOROTHEA, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrätlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015, 203 ff.
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994.
- ISLER PETER R., Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden. Ein Beitrag zu Art. 754 Abs. 1 OR, in: Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2019, 203 ff.
- JUTZI THOMAS, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 2014, 500 ff.
- KÄLIN OLIVER, Fehlerhafter Expertenrat – wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen? GesKR 2016, 214 ff.
- KUNZ PETER V., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (= SnA 12) (zit. KUNZ, Klagen).
- KUNZ PETER V., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse? Einige Bemerkungen zu BGE 139 III 24, Jusletter, 3. Juni 2013 (zit. KUNZ, Prozesse).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018.
- NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (= SSW 266).
- RAUBER MARTIN, 4A\_623/2018: Zustimmung zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch (Business Judgment Rule, Durchgriff; amtl. Publ.), Entscheidbesprechung, 18. August 2019 (<<https://swissblawg.ch>>).
- SETHE ROLF, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 165 ff.
- VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Business Judgment Rule – Das Geschäftsermessen des Verwaltungsrates (BGE 145 III 351), Videobeitrag vom 21. Januar 2020 (<<https://www.aktienrechtplus.ch>>).



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich  
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

---

Herausgeber:

Rolf Sethe, Peter R. Isler

## Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X

Verantwortlichkeitsprozesse  
Tagungsband 2020

EIZ  Publishing

---



Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X von Rolf Sethe und Peter R. Isler wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2020 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Herausgeber:** Rolf Sethe, Peter R. Isler – Europa Institut an der Universität Zürich

**Verlag:** EIZ Publishing

**Produktion, Satz und Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**Cover:** buch & netz

**ISBN:**

978-3-03805-353-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-377-4 (PDF)

978-3-03805-378-1 (ePub)

978-3-03805-379-8 (mobi/Kindle)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-353>

**Version:** 1.02-20210126

Dieses Werk ist als buch & netz Online-Buch und als eBook in verschiedenen Formaten, sowie als gedrucktes Buch verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://buchundnetz.com/werke/verantwortlichkeit-im-unternehmensrecht-x/>.