

Das Konkurrenzverhältnis der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Rechtsbehelfen

PETER R. ISLER*/CHRISTA SOMMER-SPRENGER**

Schlagwörter: Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage, Anfechtungsklage, Nichtigkeitsklage, Auflösungsklage, paulianische Anfechtung, Konkurrenz, Subsidiarität

A. Einleitung

In den letzten zehn Jahren haben die Gerichtsentscheide über Verantwortlichkeitsklagen erheblich zugenommen.¹

Im vorliegenden Beitrag möchten wir deshalb der Frage nachgehen, wie die Verantwortlichkeitsklage gegenüber anderen aktienrechtlichen Klagen mit primär finanziellen Interessen, nämlich gegenüber der Rückerstattungsklage, der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, der Auflösungsklage und schliesslich gegenüber der paulianischen Anfechtungsklage abzugrenzen ist.²

In der Literatur und Rechtsprechung ist die Terminologie betreffend Konkurrenzverhältnis uneinheitlich. Nach unserem Verständnis liegt eine *Klagenkonkurrenz* immer dann vor, wenn bei einem bestimmten Sachverhalt die Prozess- und Tatbestandsvoraussetzungen zweier (oder mehrerer) Klagen erfüllt sind. Dabei ist zu beachten, dass Klagenkonkurrenz zwei verschiedene Folgen haben kann: *Echte Konkurrenz* ist gegeben, wenn beide Klagen alternativ oder kumulativ zur Verfügung stehen. Demgegenüber liegt *Subsidiarität* (unechte

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich.

** Dr. iur., Rechtsanwältin, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich.

1 Vgl. dazu die Übersicht über die Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht in den letzten 10 Jahren von DIETER GERICKE, ZSR Bd. 137 (2018) I.

2 Frage der *sachlichen* Konkurrenz; dies im Gegensatz zur sogenannten *personalen* Konkurrenz, bei welcher auf Grundlage derselben materiellen Klage eine Konkurrenz zwischen den einzelnen Klägern besteht (vgl. dazu PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 [SnA 12], S. 107 f.).

Konkurrenz) vor, wenn eine der an sich konkurrenzierenden Klagen primär und die andere nur subsidiär zur Verfügung steht.³

B. Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeits- zur Rückerstattungsklage

I. Gemeinsamkeiten

Die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR) und die Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) weisen durchaus Gemeinsamkeiten auf. Sie bezwecken beide die Wiedergutmachung eines Schadens der Gesellschaft und dienen damit dem Schutz des Gesellschaftsvermögens. Bei beiden Klagen sind ausserhalb des Konkurses sowohl die Gesellschaft wie auch die Aktionäre aktivlegitimiert, jedoch nicht die Gläubiger (Art. 756 Abs. 1, Art. 678 Abs. 3 OR). Zudem sind bei beiden Klagen für die klagende Partei die prozessualen Hürden recht hoch und der Prozessausgang oft schwierig vorauszusehen.

II. Unterschiede

Zwischen den beiden Klagen bestehen allerdings auch wesentliche Unterschiede, insbesondere bei der Passivlegitimation, bei der Berechnung und Substantiierung des einzuklagenden Forderungsbetrages, bei der von der klagenden Partei zu beweisenden Rechtswidrigkeit der schadensverursachenden Handlung resp. Unterlassung und bei der Verjährung.

	Verantwortlichkeitsklage	Rückerstattungsklage
Passivlegitimation	Fehlbare Gesellschaftsorgane (VR-Mitglieder, Geschäftsleitung, faktische Organe, Revisionsstelle; OR 754 Abs. 1, OR 755 Abs. 1)	Bereicherte Personen (Aktionäre, VR-Mitglieder, diesen nahestehende Personen, jedoch nicht Geschäftsleitung; OR 678 Abs. 1)
Forderungsbetrag	Schaden berechnet nach Differenztheorie ⁴	Betrag der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 678 Abs. 1 und 2) ⁵

3 Vgl. zur Normenkonkurrenz HANS CASPAR VON DER CRONE/YVES MAUCHLE, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 2015, S. 199 ff., 203.

4 Vgl. etwa BGer 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 6.2; 4A_177/2011 vom 2. September 2011 E. 4.3; 4A_65/2008 vom 3. August 2008 E. 11.1.

5 Ungerechtfertigt bezogene Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen (Art. 678 Abs. 1 OR) oder andere Leistungen der Gesellschaft, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (Art. 678 Abs. 2 OR).

	Verantwortlichkeitsklage	Rückerstattungsklage
Rechtswidrigkeit	Verletzung aktienrechtlicher Pflichten (insbes. OR 717, 725) ⁶	<ul style="list-style-type: none"> – Bezug von ungerechtfertigten Gewinnausschüttungen in bösem Glauben (OR 678 Abs. 1) – Entgegennahme von Leistungen der AG, soweit in offensichtlichem Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der AG (OR 678 Abs. 2)⁷
Verjährung/ Verwirkung	Relative 5-jährige und absolute 10-jährige Verjährungsfrist (OR 760 Abs. 1); ⁸ 6-monatige Verwirkungsfrist ab Entlastungsbeschluss (OR 758 Abs. 2) ⁹	5-jährige Verjährungsfrist ab Empfang der Leistung (OR 678 Abs. 4)

III. Lehre und Praxis zum Konkurrenzverhältnis

Da von der Rückerstattungsklage bisher selten Gebrauch gemacht wurde, ist die Kontroverse über das Konkurrenzverhältnis der beiden Klagen primär in der Lehre diskutiert worden. Dabei wird einerseits Anspruchskonkurrenz, andererseits die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage sowie teilweise ein Mittelweg vertreten:

Die *Mehrheit der Lehre* geht von einer echten Konkurrenz aus, d.h. wenn die Voraussetzungen beider Klagen gegeben sind, kann die klagende Partei wählen, welche Klage sie erheben will.¹⁰

6 Anstatt vieler BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761 N 7a.

7 Gemäss BGE 140 III 602 E. 9 kommt der Voraussetzung des offensichtlichen Missverhältnisses der empfangenen Leistung zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft jedoch keine eigenständige Bedeutung mehr zu, sondern ist lediglich noch bei der Frage relevant, wie gross das zulässige Ermessen der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem (Miss-)Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist. Vgl. dazu MARTIN WALDBURGER, Verwaltungsratshonorare und aktienrechtliche Rückforderungsklage (Art. 678 Abs. 2 OR), Besprechung des Urteils 4A_195/2014 des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. November 2014, GesKR 1/2015, S. 141 ff., 145. Zudem wird im Entwurf zur Revision des Aktienrechts auf das Kriterium des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft verzichtet, vgl. hinten B. VI.

8 Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch (Art. 760 Abs. 2 OR).

9 Im Gesetzesentwurf des Bundesrats vom 23. November 2016 zur Revision des Aktienrechts ist eine Verlängerung dieser Verwirkungsfrist auf zwölf Monate sowie ein Friststillstand während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und während deren Durchführung vorgesehen (Art. 758 Abs. 2 E-OR); vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 S. 399 ff., 601, 728.

10 PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz. 627; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001 (SSHW 210), S. 64; HANS

Demgegenüber erachtet eine *Minderheit der Lehre* die Verantwortlichkeitsklage als subsidiär zur Rückerstattungsklage mit der Begründung, dass die Schadenminderungsobliegenheit vom Kläger zuerst verlange, dass er den Schaden der Gesellschaft soweit als möglich über die Rückforderungsklage behebe, bis er die Organe mit Verantwortlichkeitsklage belange.¹¹

BÖCKLI meint dazu, die Frage sei keineswegs so eindeutig zu beantworten, weil durch die vollzogene Rückerstattung der Schaden der Gesellschaft ausgeglichen oder jedenfalls stark vermindert werde, was durchaus auf eine Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage hindeuten könnte. Er hält es aber für prozesstechnisch unzumutbar, wenn zuerst der Empfänger der ungerechtfertigten Leistung und anschliessend in einem zweiten Prozess die fehlbaren Gesellschaftsorgane für den noch nicht abgegoltenen Schaden eingeklagt werden müssten. Es müsse deshalb ein gesamthaftes Vorgehen in einer Klage (nach Wahl der klagenden Partei) möglich sein.¹²

Das *Bundesgericht* hat diese Streitfrage schliesslich mit dem *Swisscargo-Urteil* beantwortet: In BGE 140 III 533 wurde die Revisionsstelle der Nachlassmasse der Swisscargo AG, welche eine Konzerngesellschaft der Swissair-Gruppe war, für eine ungerechtfertigt ausgeschüttete Dividende – deren Rechtmässigkeit sie testiert hatte – für verantwortlich erklärt. Es widersprach damit der Auffassung der Beklagten, welche geltend gemacht hatte, zuerst hätte eine Rückerstattungsklage gegen die Empfängerin der Dividende erhoben werden müssen. Das Bundesgericht hat sich für eine echte Konkurrenz zwischen der Verantwortlichkeits- und der Rückerstattungsklage entschieden und – insbesondere unter Abstützung auf die Lehrmeinung von BÖCKLI – betont, die Schadenminderungsobliegenheit sei nicht von derart zentraler Bedeutung, dass ein Subsidiaritätsverhältnis zu rechtfertigen wäre.¹³

Diese Auffassung ist *unseres Erachtens* richtig. Die echte Konkurrenz ergibt sich schon aus der unterschiedlichen Rechtsnatur der beiden Klagen: Die

CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 Rz. 62; VON DER CRONE/MAUCHLE (Fn. 3), S. 204; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, Bern 2006, S. 136 f.; BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zürich 1996 (SSHW 171), S. 289; IVO HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, Zürich 2003 (SSHW 219), S. 189; JEAN-LUC CHENAUX, in: Tercier/Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2008, Art. 678 N 87; CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, S. 214 f.; KURT J. GROSS, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Zürich 1990 (SKSR 33), S. 285; ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 219.

11 THIERRY LUTERBACHER, Die Schadenminderungspflicht, unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/Basel/Genf 2005 (SSHW 238), S. 264; THOMAS FRIEDRICH MÜLLER, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Bern 1997 (BBSW 11), S. 73 f.

12 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 Rz. 567, § 18 Rz. 375c-e.

13 BGE 140 III 533 E. 3, insbes. E. 3.2.3.

Verantwortlichkeitsklage ist deliktischer Natur,¹⁴ die Rückerstattungsklage gehört demgegenüber zum Bereicherungsrecht.¹⁵ Während der Bereicherungsanspruch gegenüber dem Anspruch aus Vertrag subsidiär ist,¹⁶ besteht zwischen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung Anspruchskonkurrenz.¹⁷ Während das Urteil unter diesem Aspekt zustimmend kommentiert wurde, gab es bezüglich des Entscheides selbst betreffend Cash-Pool zu Recht auch kritische Stimmen.¹⁸

IV. Praktische Hinweise und Einzelfragen

Wie vorhergehend dargestellt, besteht bezüglich Passivlegitimation bei der Verantwortlichkeits- und der Rückerstattungsklage der Unterschied, dass sich die Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Gesellschaftsorgane richtet, während mit der Rückerstattungsklage nebst den Mitgliedern des Verwaltungsrates auch Nicht-Organe, insbesondere Aktionäre und nahestehende Personen, belangt werden können. Die Anwendungskreise der beiden Klagen überschneiden sich daher nur dann, wenn Verwaltungsratsmitglieder bei der Ausrichtung der rückforderbaren Leistung pflichtwidrig handelten und insbesondere auch, wenn sie zugleich Empfänger der rückforderbaren Leistung waren. Nur hier besteht echte Konkurrenz, und die Wahl der «besseren» Klage stellt sich vor allem, wenn der Sachverhalt der pflichtwidrigen Ausrichtung einer rückforderbaren Leistung im Sinne von Art. 678 OR ohne Nachweis einer weiteren Pflichtverletzung des Verwaltungsrates geltend gemacht werden soll.

In solchen Fällen könnte die Rückerstattungsklage vorteilhafter sein, weil die schwierige Aufgabe des Berechnens des Schadens nach der Differenztheorie entfällt und nur der einfacher zu beweisende Betrag der Bereicherung relevant ist. Allerdings können sich bei der Rückerstattung von Dividenden und anderen Gewinnanteilen Schwierigkeiten ergeben, die Bösgläubigkeit als innerer, subjektiver Sachverhalt zu beweisen sowie bei der Rückerstattung anderer Leistungen gemäss Art. 678 Abs. 2 OR zusätzlich die unbestimmten, schwammigen Voraussetzungen des offensichtlichen Missverhältnisses der Leistung zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.¹⁹

14 BGE 129 III 71 E. 2.5 S. 75; VON DER CRONE (Fn. 10), § 9 Rz. 62.

15 BSK OR II-KÜRER/KÜRER, Art. 678 N 3; VON DER CRONE (Fn. 10), § 9 Rz. 62; Botschaft (Fn. 9), S. 529.

16 BGE 135 III 289 E. 6.1 S. 293; 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 38 m.w.H.

17 BGE 117 IV 139 E. 3d/dd S. 149; BGer 4C.163/2002 vom 9. Juli 2003 E. 3.3 (allerdings kritisch); BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 39 m.w.H.

18 Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Cash-Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015 S. 64 ff.

19 BSK OR II-KÜRER/KÜRER, Art. 678 N 12 ff., 27 ff.; VON DER CRONE (Fn. 10), § 9 N 44 ff.; VON DER CRONE/MAUCHLE (Fn. 3), S. 201 ff.

Bei der Verantwortlichkeitsklage stellt sich indessen das heikle Problem, dass bei der Schadensberechnung das Aktivum des Rückerstattungsguthabens der Gesellschaft auch einbezogen werden muss. Auch hier obliegt der klagenden Partei grundsätzlich die Beweislast und sie kann dieses Problem nicht einfach dem richterlichen Ermessen anheimstellen. Im *Swisscargo*-Entscheid wurde diese Frage der Bewertung des Aktivums des Rückerstattungsguthabens bei der Schadensberechnung nicht angesprochen.²⁰ Unseres Erachtens könnte in dieser Situation auf die Rechtsprechung zurückgegriffen werden, Schadenersatz aus Verantwortlichkeit gegen *Abtretung* des Guthabens der Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung einzuklagen, d.h. das Rechtsbegehren der Verantwortlichkeitsklage würde auf die Verpflichtung zur Zahlung der Forderung gegen gleichzeitige Abtretung des Guthabens der Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung an die beklagte Person lauten.²¹ Wenn also die Gesellschaft gegen X Verantwortlichkeitsansprüche erhebt, da Y von der Gesellschaft eine ungerechtfertigte Zuwendung erhalten hat, würde anlässlich der Bezifferung der Schadenshöhe die Forderung der Gesellschaft gegen Y als Aktivum nicht berücksichtigt. Dafür würde die Gesellschaft ihre Forderung gegen Y an X abtreten.

V. Beispiel

Im – soweit ersichtlich – einzigen publizierten Bundesgerichtsentscheid²² zu Art. 678 Abs. 2 OR ging es darum, dass die beiden Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft im Zusammenhang mit dem vorgesehenen Verkauf einer Beteiligung beschlossen, sich bei erfolgreichem Abschluss der Transaktion – zusätzlich zu ihrem normalen Verwaltungsratshonorar – eine Kommission von 1 % des Verkaufspreises (welcher CHF 4.4 Mio. betrug) auszuzahlen. Die Verwaltungsräte wurden zur Rückzahlung der Kommission verpflichtet, weil ihr Arbeitsaufwand minimal war und sich die Aktiengesellschaft in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befand.

Dieser Fall hätte sowohl mit einer Rückerstattungsklage wie auch mit einer Verantwortlichkeitsklage von der klagenden Gesellschaft prozessiert werden können. Bei der Verantwortlichkeitsklage wäre die Beweislage wohl noch einfacher gewesen, denn es lag bezüglich der Vereinbarung der Mäklerkommission ein klassisches Insichgeschäft vor, welches die Nichtigkeit zur Folge hatte. Der Verwaltungsrat befand sich weiter in einem offensichtlichen Interessenkon-

20 BGE 140 III 533. Darauf weist DRUEY (Fn. 18), S. 65 zu Recht hin.

21 Vgl. BGE 111 II 164 E. 1b S. 167.

22 BGE 140 III 602; vgl. dazu die ausführlichen Besprechungen von WALDBURGER (Fn. 7), S. 141 ff. und WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, *Das Gesellschaftsrecht* 2015, SZW 2016, S. 322 ff.

flikt und fügte der Gesellschaft durch eine nicht zu rechtfertigende Pflichtverletzung einen Schaden zu.

VI. Die Rückerstattungsklage nach neuem Aktienrecht

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass anlässlich der laufenden Revision des Aktienrechts vorgesehen ist, die Rückerstattungsklage als Alternative zur Verantwortlichkeitsklage attraktiver zu gestalten:²³

- Der Kreis der rückerstattungspflichtigen Personen soll insbesondere durch die Mitglieder der Geschäftsleitung erweitert werden.²⁴
- Gewisse vom Kläger nachzuweisenden Voraussetzungen entfallen, nämlich die Bösgläubigkeit gemäss Art. 678 Abs. 1 OR²⁵ und das offensichtliche Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gemäss Art. 678 Abs. 2 OR.²⁶
- Die heute fünfjährige Verjährungsfrist nach Empfang der Leistung wird flexibilisiert, nämlich relativ auf drei Jahre seit Kenntnis der ungerechtfertigten Leistung und absolut auf zehn Jahre seit Entstehung des Anspruchs.²⁷

C. Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeits- zur Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

I. Wesentliche Unterschiede

Auf den ersten Blick ist nicht leicht verständlich, inwiefern die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR) und die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage (Art. 706 f., 706b und 714 OR) zueinander in einem Konkurrenzverhältnis stehen sollen. Denn wie die untenstehende Tabelle zeigt, unterscheiden sich die Klagen erheblich. Unterschiede bestehen insbesondere in Bezug auf die Passivlegitimation, auf das Ziel der Klage und die Rechtsfolge des Urteils, bezüglich der Rechtsnatur der Klage sowie der unterschiedlichen Verjährungs- und Verwirklichungsfristen.

23 Vgl. auch VON DER CRONE/MAUCHLE (Fn. 3), S. 206 ff.

24 Art. 678 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs des Bundesrats vom 23. November 2016 (E-OR; BBl 2017 S. 683 ff., 703 f.); vgl. dazu Botschaft (Fn. 9), S. 528 ff.

25 Art. 678 Abs. 3 E-OR verweist neu auf Art. 64 OR.

26 Art. 678 Abs. 2 E-OR.

27 Art. 678a Abs. 1 E-OR (ähnlich wie im Bereicherungsrecht).

	Verantwortlichkeitsklage	Anfechtungsklage	Nichtigkeitsklage
Passiv-legitimation	Fehlbare Gesellschaftsorgane (OR 754 Abs. 1, OR 755 Abs. 1)	Gesellschaft (OR 706 Abs. 1)	Gesellschaft (OR 706 Abs. 1 analog)
Klageziel/Rechtsfolge	Schadenersatzzahlung an Gesellschaft	Ganze oder teilweise Aufhebung eines GV-Beschlusses, der gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst (OR 706)	Feststellung der Nichtigkeit von GV- und VR-Beschlüssen (OR 706b, 714)
Rechtsnatur	Leistungsklage	Gestaltungsklage	Feststellungsklage
Verjährung/Verwirkung	Relative 5-jährige und absolute 10-jährige Verjährungsfrist (OR 760 Abs. 1); 6-monatige Verwirkungsfrist ab Entlastungsbeschluss (OR 758 Abs. 2) ²⁸	2-monatige Verwirkungsfrist ab GV (OR 706a Abs. 1)	Keine Frist

II. Lehre und Praxis zum Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeits- zur Anfechtungsklage

In der Lehre herrschen jedoch trotz massgeblicher Unterschiede zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen unterschiedliche Meinungen zu deren Konkurrenzverhältnis:

Die *herrschende Lehre* hält klar dafür, dass die beiden Klagen in einer echten Konkurrenz zueinander stehen, d.h. unabhängig voneinander und – wenn die Voraussetzungen erfüllt sind – allenfalls auch gleichzeitig nebeneinander geltend gemacht werden können.²⁹

²⁸ Vgl. zudem Fn. 8 und 9.

²⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761 N 5a; FORSTMOSER (Fn. 10), Rz. 622; PIERRE JOLIDON, Action en annulation des décisions de l'assemblée générale, ou action en responsabilité contre les administrateurs?, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 213 ff., 216; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 Rz. 7; BÖCKLI (Fn. 12), § 16 Rz. 143, § 18 Rz. 456; VON DER CRONE (Fn. 10), § 8 Rz. 213 f.; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 1; KUNZ (Fn. 2), S. 111; JEAN NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Druey/Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131 ff., 134 f.; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 60; ZK OR-BRIGITTE TANNER, Art. 706 N 30 ff.; LUTERBACHER (Fn. 11), S. 259; NICOLAS FACINCANI/DOMINIC WYSS, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, Besprechung des Urteils 4A_630/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. März 2013, GesKR 3/2013, S. 416 ff., 423; HANS MICHAEL RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998, Rz. 332.

Eine *Minderheitsmeinung* befürwortet eine Subsidiarität der Anfechtungsklage gegenüber der Verantwortlichkeitsklage.³⁰ Demgegenüber wollen einige ältere Lehrmeinungen umgekehrt der Anfechtungsklage Priorität zukommen lassen, da einem Aktionär, der einem Generalversammlungsbeschluss nicht zustimmt, die Anfechtung zuzumuten sei.³¹

Das *Bundesgericht* hat sich trotz der klaren Meinung der herrschenden Lehre verschiedentlich unklar bis schwankend ausgedrückt. In älteren Entscheidungen wurde die Anfechtungsklage als unzulässig bezeichnet, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stütze, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage bilden könne.³² Bemerkenswert ist, dass sich das Bundesgericht jedoch in keinem dieser Entscheide eingehend mit der Frage des Konkurrenzverhältnisses der Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklage auseinandersetzte.

In neueren Entscheidungen hat das Bundesgericht seine bisherige Ansicht der Subsidiarität der Anfechtungsklage zwar relativiert. Es fehlt aber bis heute ein klarer Entscheid, welcher die Subsidiarität eindeutig verneint und die echte Konkurrenz zwischen beiden Klagen bejaht.³³

Unseres Erachtens ist es richtig, von einer echten Konkurrenz zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei gegebenen Voraussetzungen auszugehen (alternativ oder kumulativ). Die beiden Klagen haben eine unterschiedliche Rechtsnatur, andere Beklagte sowie unterschiedliche Ziele resp. bei Erfolg unterschiedliche Wirkungen. Da die Anfechtungsklage zudem innerhalb von zwei Monaten erhoben werden muss, nachdem der anzufechtende Generalversammlungsbeschluss gefällt worden ist, würde eine andere Regelung für die doch wichtige Durchsetzung von Aktionärsrechten keinen Sinn ergeben.

Ein *Beispiel* für eine etwa gleichzeitig stattfindende gerichtliche Auseinandersetzung mit Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage bietet gegenwärtig der Fall Sika. Einerseits klagt eine Aktionärin gegen die Gesellschaft auf Aufhebung von gewissen Generalversammlungsbeschlüssen wegen angeblich unzulässiger Stimmrechtsbeschränkung bei den Wahlen in den Verwaltungsrat. Parallel dazu klagt dieselbe Aktionärin gegen gewisse Verwaltungsräte auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit wegen der erheblichen Kosten für die Gesellschaft im Zusammenhang mit dieser Anfechtungsklage.

30 PETER LEHMANN, *Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage*, Zürich 2000 (SSHW 198), Rz. 41, 61; PATRICK SOMMER, *Orell Füssli Kommentar OR, Art. 706 N 2*; BSK OR II-DREIFUSS/LEBRECHT, 1. Aufl. 1994, N 1 zu Art. 706 OR.

31 JÖRG MEIER-WEHRLI, *Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BankG*, Zürich 1968, S. 141 f.; RICHARD FELBER, *Die Direktion der Aktiengesellschaft*, Zürich 1949, S. 69.

32 BGE 100 II 384 E. 2a S. 389; 92 II 243 E. 2 S. 246 f.; 81 II 462 E. III/1b S. 465 f.

33 BGE 133 III 453 E. 7.4 S. 460; 121 III 219 E. 1d/cc S. 233; 117 II 290 E. 4e/cc S. 304 f.; BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.3; 4C.45/2006 vom 26. April 2007 E. 7.4.

Die Gleichzeitigkeit von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage scheint in der gerichtlichen Auseinandersetzung bisher jedoch kein Thema zu sein.

III. Lehre und Praxis zum Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeits- zur Nichtigkeitsklage

Bei der Nichtigkeitsklage – sowohl betreffend Generalversammlungs- wie auch Verwaltungsratsbeschlüsse – ist die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zur Verantwortlichkeitsklage etwas komplizierter als bei der Anfechtungsklage.

Die *Lehre* ist grundsätzlich der Auffassung, dass die beiden Klagen in echter Konkurrenz zueinander stehen, wenn sämtliche erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.³⁴ Bei der Nichtigkeitsklage bestehe jedoch das Problem, dass sie möglicherweise nicht zulässig sei, weil die Voraussetzung des Feststellungsinteresses fehle, nämlich dann, wenn anstelle der Feststellungsklage bereits eine Leistungsklage, d.h. die Verantwortlichkeitsklage, erhoben werden könnte.³⁵ Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn durch die Nichtigkeitsklage bloss die Grundlage für einen späteren Verantwortlichkeitsprozess geschaffen werden solle.³⁶

Soweit ersichtlich, musste sich das *Bundesgericht* noch nie explizit zum Verhältnis zwischen Verantwortlichkeits- und Nichtigkeitsklage äussern. Es gibt jedoch eine ständige Rechtsprechung zum Verhältnis von Feststellungs- und Leistungsklagen, wonach Feststellungsklagen grundsätzlich subsidiär sind, wenn eine Leistungsklage möglich ist.³⁷ Die Subsidiarität gilt jedoch nur, wenn die Feststellungsklage nicht einen anders gearteten bzw. umfassenderen Rechtsschutz gewährt und es dieses Schutzes bedarf. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn mit der Klage nicht nur die fällige Leistung, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für die künftige Abwicklung festzustellen ist.³⁸

Nach *unserer Meinung* ist die Konstellation, in welcher nebst der fälligen Leistung auch die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, insbesondere für zukünftige Ansprüche, avisiert wird, im Aktienrecht durchaus

34 FORSTMOSER (Fn. 10), Rz. 624; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 29), § 25 Rz. 7; GROSS (Fn. 10), S. 284 f.; KUNZ (Fn. 2), S. 111; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 62; FACINCANI/WYSS (Fn. 29), S. 423; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 1126; MIRJAM RHEIN, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich 2001 (SSHW 203), S. 281 f.; RIEMER (Fn. 29), Rz. 332; ZK OR-BRIGITTE TANNER, Art. 706 N 31.

35 Die Nichtigkeitsklage setzt ein rechtserhebliches Feststellungsinteresse voraus, d.h. eine Ungewissheit über die Rechtsstellung des Klägers, deren Fortdauer unzumutbar ist und grundsätzlich nicht auf andere Weise behoben werden kann, insbes. nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage (Art. 88 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. BGE 141 III 68 E. 2; 135 III 378 E. 2; 129 III 295 E. 2.4 S. 300; 123 III 49 E. 1a S. 51).

36 FORSTMOSER (Fn. 10), Rz. 624; KUNZ (Fn. 2), S. 111; vgl. auch BGE 81 II 462 E. III/1c.

37 BGE 135 III 378 E. 2; 125 II 152 E. 2 S. 160; 119 II 368 E. 2a; 99 II 172 E. 2.

38 BGE 97 II 371 E. 2; 84 II 685 E. 2; BGer 4A_589/2011 vom 5. April 2012 E. 4.1.

anzutreffen. Betrifft ein Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschluss mehr als eine einzelne Forderung, ist es nicht sinnvoll, zuerst nur wegen dieser einen Forderung eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Es ist dann vielmehr angezeigt, ein Feststellungsurteil betreffend Nichtigkeit auch für andere gleich gelagerte Fälle zu erwirken. In solchen Konstellationen ist von echter Klagenkonkurrenz und nicht von Subsidiarität auszugehen. Möglich ist es unseres Erachtens auch, im gleichen Prozess das Feststellungsbegehren betreffend Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses und der damit ausgelösten Transaktion sowie gleichzeitig ein zusätzliches Leistungsbegehren für eine Schadenersatzklage in einem ersten Anwendungsfall zu stellen.

Als *Beispiel* wäre etwa an folgenden Fall zu denken: X ist 51 %-iger Aktionär und Verwaltungsratspräsident der A AG. Er veranlasst, dass der Verwaltungsrat der A AG beschliesst, einen fünfjährigen Vertrag mit ihm persönlich abzuschliessen, in welchem er sich gegen eine monatliche Entschädigung von CHF 10'000 verpflichtet, kein Verwaltungsratsmandat bei einem Konkurrenzunternehmen anzunehmen. Gleichzeitig wird das Geschäftsergebnis so gestaltet, dass der ausgewiesene kleine Gewinn nicht ausreicht, um eine Dividende an die Aktionäre auszuzahlen. Der Minderheitsaktionär Y kann mit einer Nichtigkeitsklage gegen die A AG beantragen, die Nichtigkeit der Vereinbarung festzustellen, und gleichzeitig mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen X die bisher bezahlten monatlichen Entschädigungen an die Gesellschaft zurückfordern.

IV. Praktische Hinweise und Einzelfragen

Bei den praktischen Hinweisen ist zu bemerken, dass sich die Frage der Anspruchskonkurrenz von vornherein überall dort nicht stellt, wo die Folgen eines Generalversammlungsbeschlusses keinen Gesellschaftsschaden verursacht haben, wie zum Beispiel bei der Verletzung grundlegender Mitwirkungsrechte des Aktionärs.

Bezüglich der *Anfechtungsklage* ist nochmals der wesentliche Punkt hervorzuheben, dass diese spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung erhoben werden muss, wenn mittels Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses der Eintritt eines Schadens verhindert werden kann, z.B. im Zusammenhang mit einem ungerechtfertigten Entzug von Bezugsrechten bei einer Kapitalerhöhung. Wird dies unterlassen, erwächst der entsprechende Generalversammlungsbeschluss in Rechtskraft, und es könnte sich in der Folge als schwierig erweisen, einem Verwaltungsratsmitglied eine Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen, wenn es einen unangefochten gebliebenen Generalversammlungsbeschluss ausführt. Einem unangefochten gebliebenen Generalversammlungsbeschluss kommt nämlich sinngemäss die Wirkung einer Decharge zu.³⁹ Im

39 Vgl. dazu FORSTMOSER (Fn. 10), Rz. 623.

Übrigen gestaltet sich die Beweisführung bei der Anfechtungsklage leichter, da der klagende Aktionär keine Schadenshöhe, kein Verschulden und keine Kausalität nachzuweisen hat; zudem bestehen weniger Einredemöglichkeiten der beklagten Gesellschaft im Vergleich zu einem mit Verantwortlichkeitsklage belangten Organ.

Auch eine *Nichtigkeitsklage* kann zielführender sein als eine Verantwortlichkeitsklage. Eine solche Konstellation liegt beispielsweise dann vor, wenn der Gesellschaft mit einer Rückabwicklung eines nichtigen Geschäftes besser gedient ist als mit einem Schadenersatzprozess. So muss in einem Fall, in welchem ein profitabler Geschäftsbereich durch ein unzulässiges Insiggeschäft dem Verwaltungsratspräsidenten zu einem viel zu tiefen Preis verkauft wird, die Rückgängigmachung der Transaktion das Ziel sein und nicht ein unter Umständen schwierig zu bestimmender und durchzusetzender Schadenersatzanspruch. Bei den Nichtigkeitsfolgen ist aber der Grundsatz des Schutzes des guten Glaubens Dritter gemäss Art. 3 ZGB zu beachten.

D. Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeits- zur Auflösungsklage

I. Wesentliche Unterschiede

Auch zwischen der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR) und der Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4 OR) sind wesentliche Unterschiede festzustellen. Die beiden Klagen unterscheiden sich zum einen in Bezug auf die Aktivlegitimation, weil bei der Auflösungsklage nur Aktionäre, welche mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, aktivlegitimiert sind. Zum andern bestehen massgebliche Unterschiede bei der Passivlegitimation und beim Klageziel bzw. der Rechtsfolge des Urteils.

	Verantwortlichkeitsklage	Auflösungsklage
Aktivlegitimation	Gesellschaft und Aktionäre, nicht aber Gläubiger (ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft; OR 756 Abs. 1)	Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten (OR 736 Ziff. 4) ⁴⁰
Passivlegitimation	Fehlbare Gesellschaftsorgane (OR 754 Abs. 1, OR 755 Abs. 1)	Gesellschaft (OR 736)

⁴⁰ Anlässlich der laufenden Aktienrechtsrevision wird die Aktivlegitimation neu so formuliert, dass Aktionäre, die einzeln oder zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals *oder der Stimmen* vertreten, eine Auflösung aus wichtigen Gründen verlangen können (vgl. Botschaft [Fn. 9], S. 599).

	Verantwortlichkeitsklage	Auflösungsklage
Klageziel/ Rechtsfolge	Schadenersatzzahlung an Gesellschaft	Auflösung der Gesellschaft oder Anordnung einer anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösung, z.B. Erwerb der Aktien der klagenden Partei durch Gesellschaft

II. Lehre und Praxis zum Konkurrenzverhältnis

Bei der Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses von Verantwortlichkeitsklage zur Auflösungsklage ist sich die *Lehre und Praxis* einig:

Die Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR ist als ultima ratio anzusehen und demzufolge gegenüber der Verantwortlichkeitsklage subsidiär. Dies wird insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit begründet. Die Auflösungsklage soll dann eingesetzt werden, wenn die untragbaren Verhältnisse in der Aktiengesellschaft anders praktisch nicht zu beseitigen sind.⁴¹

Sie setzt das Vorhandensein eines wichtigen Grundes voraus. Ein solcher liegt erst vor, wenn der Fortbestand der Aktiengesellschaft den Minderheitsaktionären objektiv nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Das Gericht hat eine *Interessenabwägung* aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, wobei es einerseits die Interessen der klagenden Aktionäre und andererseits diejenigen der Aktionäre, die ein Interesse am Fortbestand der Unternehmung haben, berücksichtigen muss.⁴² Nach Vornahme dieser Abwägung muss die Situation als dermassen schwerwiegend erscheinen, dass sich der Schluss aufdrängt, die Gesellschaft habe ihre Existenzberechtigung verloren und müsse verschwinden.⁴³

Es ist dem Minderheitsaktionär demzufolge grundsätzlich zuzumuten, seine legitimen Interessen mit weniger einschneidenden Mitteln als der Auflösung der Gesellschaft zu wahren, indem er beispielsweise einen Generalversammlungsbeschluss anfecht (Art. 706 f. OR), Auskünfte durch richterliche Anordnung verlangt (Art. 697 Abs. 4 OR) oder Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe geltend macht (Art. 754 ff. OR).

41 BGE 136 III 278 E. 2.2.2 (= Pra 2010 Nr. 140); BGE 126 III 266 E. 2a S. 271; 109 II 140 E. 4 (= Pra 1983 Nr. 241); BGE 105 II 114 E. 6c S. 125; 84 II 44 E. 1 (= Pra 1958 Nr. 60); BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 63; VON DER CRONE (Fn. 10), § 8 Rz. 263; FORSTMOSER (Fn. 10), Rz. 626; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 29), § 55 Rz. 110; PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Bern 1996 (ASR 588), S. 118 f., 134; BSK OR II-STÄUBLI, Art. 736 N 21 f.

42 BGE 136 III 278 E. 2.2.2 (= Pra 2010 Nr. 140); BGE 126 III 266 E. 1a; 105 II 114 E. 7c S. 128; vgl. anstatt vieler auch BSK OR II-STÄUBLI, Art. 736 N 23; detailliert dazu HABEGGER (Fn. 41), S. 53 ff.

43 BGE 136 III 278 E. 2.2.2 (= Pra 2010 Nr. 140); BGE 67 II 162.

Die *frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung* ging davon aus, dass die beiden Klagen in echter Konkurrenz zueinander stehen, wenn der Missstand durch eine Verantwortlichkeitsklage nicht restlos behoben werden kann.⁴⁴ Gegenüber der heutigen Praxis ist dies jedoch eine zu wenig hohe Anforderung. Nur bei ausserordentlichen Umständen entfällt die Subsidiarität der Auflösungsklage, nämlich wenn einer Aktionärsminorität eine Verantwortlichkeitsklage nicht mehr zugemutet werden kann, da schon verschiedene frühere Klagen zu keiner Verbesserung der Misswirtschaft zulasten der Minoritätsaktionäre geführt haben.⁴⁵

Dass die Auflösungsklage subsidiär zur Verantwortlichkeitsklage sein muss, ist *unseres Erachtens* richtig und entspricht dem Grundprinzip des Aktienrechts, dass die Mehrheit entscheidet und die Minorität Kontrollrechte und Schadenersatzansprüche hat. Als ultima ratio kann die Auflösung höchstens dann zur Anwendung kommen, wenn die Weiterführung der Gesellschaft für die Minorität unzumutbar oder die Existenz der Gesellschaft durch ständige Misswirtschaft gefährdet ist.⁴⁶

III. Beispiel

Verletzt ein Verwaltungsrat einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft andauernd seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft unter Einschluss der Minoritätsaktionäre, ist dies ein Fall, in welchem eine Auflösungsklage wohl erfolgsversprechend wäre, selbst wenn der einzelne Vermögensnachteil an sich durch eine Verantwortlichkeitsklage behoben werden könnte. Insbesondere wenn sich der Verwaltungsrat übersetzte Honorare ausbezahlt, keine Dividenden ausgeschüttet werden und die Minoritätsaktionäre bereits in mehreren Gerichtsverfahren betreffend Auskunftserteilung, Anfechtungs- und sogar Verantwortlichkeitsklagen durchgedrungen sind, aber dies alles zu keiner Verbesserung der Situation geführt hat, liegt unseres Erachtens ein wichtiger Grund nach Art. 736 Ziff. 4 OR vor. Heute ist allerdings davon auszugehen, dass ein Gericht wenn immer möglich nicht die Auflösung der Gesellschaft anordnen, sondern eine andere sachgemässere Lösung suchen wird, welche die Existenz der Gesellschaft nicht beendet, wie beispielsweise der Verkauf der Aktien des Minoritätsaktionärs an die Gesellschaft zu einem fairen Preis.⁴⁷ Vorausset-

44 Vgl. BGE 84 II 44 E. 1 (= Pra 1958 Nr. 60).

45 BGE 126 III 266 E. 2a; 105 II 114 E. 6c und 6d.

46 BGE 136 III 278 (= Pra 2010 Nr. 140); vgl. auch die Besprechungen von LUKAS BEELER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 2010, S. 329 ff.; WALTER A. STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 2010, SZW 2011, S. 68 ff., 71 f.

47 Gemäss Botschaft zur laufenden Aktienrechtsrevision steht als sachgemässe Lösung der Erwerb der Aktien der klagenden Partei durch die Gesellschaft im Vordergrund, welcher bei privaten Aktiengesellschaften den Minoritätsaktionären das Ausscheiden ermöglichen soll (vgl. Botschaft [Fn. 9], S. 599 f.).

zung dafür ist allerdings, dass an der Weiterführung der Gesellschaft aufgrund von Arbeits- und Geschäftsverträgen ein begründetes Interesse besteht.

E. Konkurrenzverhältnis von Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtung

I. Gemeinsamkeiten

Grundsätzlich haben die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR) und die paulianische Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG), die vor allem im Konkurs der Aktiengesellschaft von wesentlicher Bedeutung ist, dieselbe Zielrichtung: Beide Klagen bezwecken – allerdings auf verschiedene Art und Weise – den Schutz des Gesellschaftsvermögens bzw. die Erhaltung des Verwertungssubstrates der Gesellschaft zugunsten der Gläubiger.

II. Wesentliche Unterschiede

Zwischen den beiden Klagen gibt es indessen auch wesentliche Unterschiede. Diese zeigen sich insbesondere bei der Passivlegitimation, indem die Verantwortlichkeitsklage sich gegen die fehlbaren Gesellschaftsorgane richtet (Art. 754 Abs. 1, Art. 755 Abs. 1 OR), die Pauliana jedoch gegen die durch die anfechtbare Handlung begünstigten Personen (Art. 290 SchKG). Auch der Zweck ist verschieden: Bei der Verantwortlichkeitsklage geht es um die Wahrung der Interessen der Gesellschaft bei Verletzung aktienrechtlicher Pflichten durch die Organe, während die Pauliana die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherstellen will, indem sie die Zuführung von Vermögenswerten an die Zwangsvollstreckung bezweckt, die ihr durch eine Rechtshandlung nach Art. 286–288 SchKG entzogen worden sind.⁴⁸ Weitere Unterschiede bestehen hinsichtlich der Aktivlegitimation, der Rechtsnatur und der Verjährung.

48 PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: MATTHIAS OERTLE et al. (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 431 ff., 439, 441; HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, S. 1075 ff., 1079, 1085 ff.; BGE 136 III 247 E. 2.

	Verantwortlichkeitsklage	Pauliana
Aktiv-legitimation	Nach Konkurseröffnung: primär Konkursverwaltung (OR 757 Abs. 1); sekundär einzelne Aktionäre und Gläubiger (OR 757 Abs. 2)	Primär Konkursverwaltung; sekundär Konkursgläubiger (SchKG 285 Abs. 2 Ziff. 2)
Passiv-legitimation	Fehlbare Gesellschaftsorgane (OR 754 Abs. 1, OR 755 Abs. 1)	Tatsächlich begünstigte Person (SchKG 290)
Zweck	Wahrung der Interessen der Gesellschaft bei Verletzung aktienrechtlicher Pflichten	Sicherstellung der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs
Rechtsnatur	Leistungsklage	SchKG-Klage betriebsrechtlicher Natur mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ⁴⁹
Verjährung/Verwirkung	Relative 5-jährige und absolute 10-jährige Verjährungsfrist (OR 760 Abs. 1); 6-monatige Verwirkungsfrist ab Entlastungsbeschluss (OR 758 Abs. 2) ⁵⁰	2-jährige Verjährungsfrist seit Konkurseröffnung (SchKG 292 Ziff. 2; vor SchKG-Revision vom 21. Juni 2013 handelte es sich um Verwirkungsfrist) ⁵¹

III. Lehre und Praxis zum Konkurrenzverhältnis

Die Frage des Konkurrenzverhältnisses zwischen Verantwortlichkeitsklage und paulianischer Anfechtung wurde vor dem Jahr 2000, soweit ersichtlich, wenig diskutiert und war in Gerichtsentscheiden kaum relevant.

Im *Raichle-Entscheid*, der im September 2000 erging, hiess das *Bundesgericht* unter anderem eine Verantwortlichkeitsklage der konkursiten Raichle Schuhfabrik AG gegen deren Verwaltungsratspräsidentin und einen Mitverwaltungsrat gut, weil diese beiden kurz vor der Konkurseröffnung die Rückzahlung eines von der Präsidentin an die Gesellschaft gewährten Darlehens veranlasst hatten. Das Bundesgericht liess offen, ob eine Anfechtungsklage auch hätte gutgeheissen werden müssen, weil offensichtlich die Klage und ihre Begründung auf Verantwortlichkeit zielten.⁵²

Nach dieser Entscheidung gab es auch kantonale Gerichtsentscheide, in welchen Verantwortlichkeitsklagen bei Sachverhalten gutgeheissen wurden, die ebenso mit paulianischen Anfechtungsklagen hätten geltend gemacht werden können.⁵³

49 BGE 135 III 265 E. 3 S. 268; 130 III 672 E. 3.2 S. 676; 114 III 110 E. 3d S. 113.

50 Vgl. zudem Fn. 8 und 9.

51 Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, S. 6455 ff., 6478.

52 BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 3e.

53 Vgl. z.B. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007, LB060035.

Das Bundesgericht erwog im Jahr 2012, es sei fraglich, ob zwischen Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den Verwaltungsrat und Anfechtungsansprüchen gegenüber begünstigten Dritten nach Art. 285 ff. SchKG echte Anspruchskonkurrenz bestehe, und liess die Frage letztlich offen.⁵⁴

Im Jahr 2015 wies das Bundesgericht eine Verantwortlichkeitsklage der Nachlassmasse der SAirGroup gegen deren Organe ab, welche damit begründet wurde, dass die Gesellschaftsorgane kurz vor der Nachlassstundung Obligationen und Bankkredite von mehr als CHF 100 Mio. zurückbezahlt hatten.⁵⁵ Während sich das Bundesgericht im Raichle-Entscheid auf das pflichtwidrige Verhalten der Organe fokussierte, setzte es im *SAirGroup-Entscheid* – wie von den Beklagten geltend gemacht und bereits von der Vorinstanz, dem Handelsgericht Zürich, gutgeheissen⁵⁶ – beim Schaden an. Es erwog, durch die Rückzahlung von Darlehen reduzierten sich die Aktiven und Passiven der SAirGroup im gleichen Betrag und damit werde kein Gesellschaftsschaden begründet. Wenn durch solche Darlehensrückzahlungen nur einzelne Gläubiger zulasten der übrigen Gläubiger befriedigt werden, liege eine blosser Verminderung des Verwertungssubstrats zur Verteilung an die Gläubiger vor, welche mit der paulianischen Anfechtungsklage und nicht mit der Verantwortlichkeitsklage geltend zu machen sei. Für eine Verantwortlichkeitsklage fehle es demzufolge an der zentralen Voraussetzung des Schadens. Damit entfiel für das Bundesgericht die Frage, ob eine pflichtwidrige Handlung allenfalls vorgelegen habe.⁵⁷

Mit dem SAirGroup-Entscheid hat das Bundesgericht die in der Lehre überwiegend vertretene Abgrenzung zwischen relevantem Schaden der Gläubiger i.S.v. Art. 285 ff. SchKG und Schaden der Gesellschaft i.S.v. Art. 754 ff. OR übernommen.⁵⁸ Dieser Entscheid ist in der Lehre, soweit ersichtlich, auf Zustimmung gestossen resp. wurde nicht kritisiert, insbesondere was die Abgrenzung des relevanten Schadens bei der Gläubigerschädigung im Verhältnis zum Schaden der Gesellschaft anbelangt.⁵⁹

In der *Lehre* wurde bereits vor dem SAirGroup-Entscheid von echter Konkurrenz zwischen der paulianischen Anfechtungsklage und der Verantwortlichkeitsklage ausgegangen, wenn die Voraussetzungen beider Rechtsbehelfe vorliegen. Es wird namentlich nicht vertreten, die Verantwortlichkeitsklage sei

54 BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012 E. 3.2.

55 BGE 142 III 23.

56 Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2015, HG120137-O.

57 Dies wurde vom Handelsgericht in HG120137-O, S. 35 ff. ebenfalls verneint.

58 FORSTMOSER (Fn. 48), S. 445 ff.; THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, in: Jusletter 22. Mai 2006, Rz. 13; VOGT (Fn. 48), S. 1090.

59 OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SWZ 2016, S. 232 ff.; DOMINIQUE MÜLLER/HANNES KIESER, Keine Aktivlegitimation der Masse zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, GesKR 2016, S. 112 ff.; KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH/SIMON LEU, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 44 ff.

subsidiär zur paulianischen Anfechtungsklage.⁶⁰ KRIZAJ führt zwar aus, dass die Schadenminderungspflicht in vielen Fällen ein primäres Vorgehen gegen den Leistungsempfänger gebiete. Ausnahmen bestünden vor allem dann, wenn bereits feststehe, dass der Leistungsempfänger insolvent oder im Sinne von Art. 286 SchKG aufgrund entfallener Bereicherung nicht rückerstattungspflichtig sei. Er spricht sich aber dennoch für ein Nebeneinander von Verantwortlichkeitsklagen und paulianischer Anfechtung aus, da dies in der Regel nicht zu einem Wettlauf zu derselben versiegenden Quelle führe, sondern zu einer Anspruchsverfolgung gegen das verantwortliche Organ einerseits und den Leistungsempfänger andererseits. Eine Rangordnung zwischen den paulianischen Anfechtungsansprüchen und entsprechenden Verantwortlichkeitsansprüchen sei nicht gegeben, vielmehr bestehe eine Solidarschuld des Leistungsempfängers und des verantwortlichen Organs.⁶¹

Unseres Erachtens ist die Annahme von echter Konkurrenz zwischen den beiden Klagen und die neue Praxis des Bundesgerichts richtig. Mit dieser Rechtsprechung sind insbesondere die wesentlichen Unterschiede zwischen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der konkursrechtlichen Anfechtungsklage berücksichtigt, nämlich:

Bei der Verantwortlichkeitsklage geht es um einen der Gesellschaft zugefügten Schaden, es geht um die Wahrung der Gesellschaftsinteressen durch die Organe und insbesondere darum, dass es keine aktienrechtliche Pflicht für die Organe zur Gleichbehandlung der Gläubiger gibt. Demgegenüber geht es bei der Pauliana um Gläubigerschädigung und um die Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs. Es wird bezweckt, vom bevorzugten Gläubiger wieder Verwertungssubstrat in die Konkursmasse zu bringen. Als Konsequenz gilt, dass die Zahlung von Schulden durch die Gesellschaftsorgane keinen Schaden der Gesellschaft bewirkt, wenn Aktiven und (echte) Passiven im gleichen Betrag reduziert werden. Gläubigerschutz besteht von Gesetzes wegen nur als Pflicht der Organe im Rahmen von Art. 725 OR.

Analog zum *Swisscargo*-Entscheid ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht nicht annehmen würde, die Konkursverwaltung müsse aufgrund einer Schadenminderungspflicht zuerst versuchen, das Verwertungssubstrat vom ungerechtfertigt bevorzugten Gläubiger zurückzuverlangen, und somit eine Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage gegenüber der paulianischen Anfechtungsklage verneinen würde.⁶² Wie beim Konkurrenzverhältnis zwischen der Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklage bleibt jedoch auch hier wiederum darauf hinzuweisen, dass sich für die Schadensberechnung im Verantwortlichkeitsprozess die Frage der Bewertung des Aktivums der paulia-

60 THOMAS KRIZAJ, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 2013, S. 819 ff., 833 ff.; VOGT (Fn. 48), S. 1090.

61 KRIZAJ (Fn. 60), S. 833 ff., 835.

62 BGE 140 III 533; vgl. zudem vorne, B. III.

nischen Ansprüche stellen kann. Unseres Erachtens ist daher ebenfalls im Falle einer Verantwortlichkeitsklage auf die Rechtsprechung zurückzugreifen, dass Schadenersatz aus Verantwortlichkeit nur gegen Abtretung des Guthabens der Nachlassmasse aus ungerechtfertigter Gläubigerbevorzugung verlangt werden darf.⁶³

IV. Beispiel

Die Anwendungsbereiche von Verantwortlichkeitsklage und paulianischer Anfechtung überschneiden sich dann, wenn sowohl ein Gesellschafts- wie auch ein Gläubigerschaden durch den gleichen Sachverhalt gegeben ist, also insbesondere bei einer Bezahlung von fiktiven oder übersetzten Forderungen durch eine Aktiengesellschaft kurz vor Konkursöffnung.

Das wäre beispielsweise bei einer Restaurant AG der Fall, bei welcher X Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat ist. Da die Umsätze stark eingebrochen sind, hat die Hausbank ihren Kredit von CHF 500'000 per Ende Monat gekündigt, und die Aktiengesellschaft ist nicht in der Lage, diesen zurückzahlen, so dass eine Konkursöffnung unausweichlich ist. X veranlasst deshalb, dass seine Lebenspartnerin, welche in letzter Zeit temporär jeweils stundenweise im Restaurant ausgeholfen hat, eine Rechnung für Arbeitsleistungen über CHF 30'000 stellt, welche mit den letzten liquiden Mitteln der Aktiengesellschaft bezahlt wird.

Hier wäre somit einerseits eine Verantwortlichkeitsklage gegen X gestützt auf Art. 754 OR und andererseits eine Anfechtungsklage nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 bzw. allenfalls Art. 288 Abs. 1 SchKG gegen die Lebenspartnerin von X möglich, wobei die Anfechtungsklage unter anderem den Vorteil der Beweislastumkehr hätte (Art. 286 Abs. 3 bzw. Art. 288 Abs. 2 SchKG).

V. Praktische Hinweise und Einzelfragen

An dieser Stelle ist insbesondere auf Folgendes hinzuweisen:

Für die Handlungsfreiheit des Verwaltungsrates in Krisensituationen erweist sich der SAirGroup-Entscheid des Bundesgerichts⁶⁴ als wichtig. Der Verwaltungsrat hat nun die Gewissheit, dass er im Interesse der Gesellschaft (echte) Schulden selektiv bezahlen kann, ohne verantwortlich zu werden.

In Konstellationen, in welchen sowohl die Verantwortlichkeitsklage als auch die paulianische Anfechtungsklage an sich möglich wären, sind die Voraussetzungen für die paulianische Anfechtungsklage insbesondere mit Blick auf die

63 Analog BGE 111 II 164 E. 1b S. 167; vgl. vorne, B. IV. in fine.

64 BGE 142 III 23.

Beweisaspekte sowie die Einredemöglichkeiten der beklagten Personen einfacher und das Urteil schneller erreichbar.

Urteile betreffend paulianische Anfechtungsklagen haben unseres Erachtens keine präjudiziellen Wirkungen für nachfolgende Verantwortlichkeitsprozesse. Aus der Gutheissung einer paulianischen Anfechtungsklage resp. dem Vorliegen einer paulianischen Anfechtungshandlung kann nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen einer aktienrechtlichen Pflichtverletzung geschlossen werden.⁶⁵ Dies ist jedoch vom Bundesgericht bisher zu Unrecht anders beurteilt worden, indem es davon ausging, dass jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers eine aktienrechtliche Pflichtverletzung darstellt.⁶⁶ Für die Beurteilung der Pflichtverletzung ist vielmehr entscheidend, dass das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot nur gegenüber den Aktionären (Art. 717 Abs. 2 OR) und nicht auch gegenüber den Gläubigern gilt. Die Gläubigergleichbehandlungspflicht ist primär Regelungsgegenstand des SchKG, während das Aktienrecht die Wahrung der aktienrechtlichen Ordnung und die Interessen der Gesellschaft bezweckt.⁶⁷

Da sowohl die Schadensberechnung als auch die Pflichtwidrigkeit bei der Verantwortlichkeitsklage anders zu behandeln sind als bei der paulianischen Anfechtungsklage, hat letztere mehr Gemeinsamkeiten mit der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR), welche auch im Konkurs zu einer echten Alternative wird, dies umso mehr als sie anlässlich der laufenden Aktienrechtsrevision nun griffiger ausgestaltet werden soll.⁶⁸

F. Schlussbemerkungen

Zwischen der Verantwortlichkeitsklage und den anderen vorliegend behandelten Rechtsbehelfen liegt mehrheitlich *echte Konkurrenz* und nicht Subsidiarität vor, sofern die Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

In Fällen, in welchen im Sinne einer echten Konkurrenz für beide Klagen die Voraussetzungen erfüllt sind, hängt die Entscheidung, wann welche Klage erhoben wird, insbesondere von den folgenden praktischen Überlegungen und Umständen des Einzelfalls ab:

- Welche Klage ist effizienter und sinnvoller?
- Wie wird die Solvenz der passivlegitimierten Person beurteilt?
- Welche Klagevoraussetzungen sind einfacher zu beweisen?

65 Gl. M. FORSTMOSER (Fn. 48), S. 447; VOGT (Fn. 48), S. 1090; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor Art. 754–761 N 7a m.w.H.

66 Vgl. Raichle-Urteil BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa; bestätigt in BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.3. Im SAirGroup-Prozess konnte das Bundesgericht diese Frage mangels Vorliegens eines Schadens indessen offenlassen (BGE 142 III 23).

67 Vgl. BGE 136 III 247 E. 2; FORSTMOSER (Fn. 48), S. 439, 441; VOGT (Fn. 48), S. 1079, 1085 f.

68 Vgl. dazu vorne, B. VI.

- Überlegungen zum Zeitaspekt: Wann ist mit einem rechtskräftigen Urteil zu rechnen? Wie verhält es sich mit den Verjährungs- und Verwirkungsfristen?
- Gerichtsstands- und Kostenüberlegungen: Welche örtliche und sachliche Zuständigkeit ist gegeben? Mit welchen Verfahrenskosten ist zu rechnen?

Mit Blick auf die Kosten, die Zeitdauer und die Ungewissheit von Verantwortlichkeitsklagen kann die Schlussfolgerung durchaus lauten, dass der Verantwortlichkeitsklage eine andere Klage vorzuziehen ist.

Zusammenfassung

Gerichtsentscheide über Verantwortlichkeitsklagen haben in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Allerdings ist die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR in manchen Fällen nicht der einzig mögliche Rechtsweg für Aktionäre oder gegebenenfalls für Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Ansprüche. Die Rückerstattungsklage (Art. 678 OR), die Anfechtungsklage von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR) bzw. die Nichtigkeitsklage von Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlüssen (Art. 706b bzw. 714 OR), die Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4 OR) und die paulianische Anfechtungsklage (Art. 286, 288 SchKG) können je nach Sachverhalt eine geeignete Alternative darstellen. Die Autoren zeigen anhand der kontroversen Lehrmeinungen und der wenigen Gerichtsentscheide auf, wann zwischen diesen alternativen Klagemöglichkeiten und der Verantwortlichkeitsklage echte Konkurrenz und wann Subsidiarität besteht, und geben praxisbezogene Hinweise für das Vorgehen im Einzelfall.

Résumé

Lors des dernières années, le nombre de décisions judiciaires concernant des actions en responsabilité a considérablement augmenté. Dans certains cas, l'action en responsabilité au sens de l'art. 754 CO n'est toutefois pas le seul moyen de droit à disposition des actionnaires ou, le cas échéant, des créanciers, afin de faire valoir leurs prétentions. L'action en restitution (art. 678 CO), l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), respectivement l'action en nullité des décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration (art. 706b, respectivement art. 714 CO), l'action en dissolution (art. 736 ch. 4 CO) et l'action révocatoire (art. 286, 288 LP) peuvent s'avérer être des alternatives appropriées en fonction du cas d'espèce. À l'aide des opinions doctrinales controversées et des rares décisions judiciaires en la matière, les auteurs montrent dans quelles situations un concours d'actions existe entre

ces différentes actions alternatives et l'action en responsabilité et dans quelles situations il y a subsidiarité. Les auteurs offrent enfin quelques indications pratiques quant à la façon de procéder au cas par cas.