

Hans-Ueli Vogt / Marcel Schönbächler*

Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden

Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009**

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalte
- II. Erwägungen und Entscheide des Bundesgerichts
 1. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft
 2. Einreden gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft
 - 2.1 Im Allgemeinen
 - 2.2 Schiedseinrede
 - 2.3 Verrechnungseinrede
- III. Bemerkungen
 1. Einreden und Einwendungen
 2. Die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit
 3. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 260 SchKG und Art. 757 OR
 - 3.1 Abtretung von Rechtsansprüchen der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG
 - 3.2 Vergleich mit der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR
 - a. Inhalt und Umfang des Anspruchs; Anspruchsberechtigung mehrerer
 - b. Einreden der Organe
 - c. Legitimation zur Geltendmachung der Ansprüche
 - d. Anforderungen an die Gläubigerstellung
 - e. Verfahren zum Erwerb der abgeleiteten Klagelegitimation
 - f. Verteilung des Prozessergebnisses
 - 3.3 Bedeutung des Vorbehalts zu Gunsten von Art. 260 SchKG (Art. 757 Abs. 3 OR)
 - 3.4 Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
 4. Einreden gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft
 - 4.1 Bedeutung der Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit für die Einreden
 - 4.2 Einreden gegenüber der Gesellschaft
 - a. Der Grundsatz und seine Ausnahmen
 - b. Entlastung
 - c. Einwilligung der Gesellschaft
 - d. Verrechnung
 - e. Schiedsklausel

- 4.3 Einreden, die sich gegen den Abtretungsgläubiger persönlich richten
 - a. Grundsatz
 - b. Einrede des Rechtsmissbrauchs: Einwilligung des klagenden Abtretungsgläubigers in die bei ihm eingetretene mittelbare Schädigung
 - c. Einrede des Rechtsmissbrauchs: Zustimmung des Aktionärs und Abtretungsgläubigers zum Entlastungsbeschluss

Kernsätze

1. In materiellrechtlicher Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben. Indessen lässt das Bundesgericht offen, ob ein Gläubiger aufgrund von Art. 757 Abs. 1 und 2 OR auch ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG klagen kann.
2. Ein Abtretungsgläubiger macht den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend. Das belangte Organ kann darum dem Kläger keine Einreden entgegenhalten, die ihm gegenüber der Gesellschaft zugestanden haben oder die sich gegen den Abtretungsgläubiger persönlich richten, es sei denn, eine Einrede gegenüber der Gesellschaft sei unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft begründet worden.
3. Verantwortlichkeitsansprüche sind an sich schiedsfähig. Die Einrede einer statutarischen Schiedsklausel ist jedoch nicht unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft begründet worden und kann darum der Gläubigergesamtheit nicht entgegengehalten werden.
4. Ein belangtes Organ kann gegenüber einem Abtretungsgläubiger eine vor Konkurseröffnung entstandene Forderung gegen die Gesellschaft zur Verrechnung bringen.

* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich; lic. iur. Marcel Schönbächler, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt.

** Beide Urteile sind zur Publikation in der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE) bestimmt.

I. Sachverhalte

Das Urteil 4A_446/2009 des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2009 betrifft einen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess im Konkurs der Gesellschaft (Y. AG), in dem die beklagten Organe die *Einrede einer statutarischen Schiedsklausel* und damit der Unzuständigkeit der staatlichen Gerichte erhoben. Gemäss der Schiedsklausel sollten sämtliche Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten zwischen der Gesellschaft und ihren Organen bzw. Aktionären sowie deren Rechtsnachfolgern endgültig und unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges durch ein dreiköpfiges Schiedsgericht mit Sitz in Biel entschieden werden. Im Konkurs der Gesellschaft liess sich A., Gläubiger und Aktionär der Gesellschaft, die allfälligen Verantwortlichkeitsansprüche von der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG abtreten. Daraufhin erhob er beim Handelsgericht des Kantons Bern Klage unter anderem gegen X. und B., beides Verwaltungsratsmitglieder der Y. AG.¹ Für X. trat im Prozess schliesslich die X. AG auf; sie war nach dem Konkurs von X. gestützt auf Art. 260 SchKG in den gegen ihn eingeleiteten Passivprozess eingetreten.² Beide Beklagten erhoben gestützt auf die Schiedsklausel die Unzuständigkeitseinrede.³ Das Handelsgericht bejahte jedoch seine Zuständigkeit. Dessen Urteil focht die X. AG mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde an.⁴

Das Urteil 4A_463/2009 des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2009 betrifft ebenfalls einen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess im Konkurs der Gesellschaft, und zwar der S.I.A. SA, einer Immobiliengesellschaft. Hier liess sich X., der 20 der insgesamt 50 Aktien der Gesellschaft hielt, die allfälligen Verantwortlichkeitsansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten. In der Folge erhob er Klage beim erstinstanzlichen Zivilgericht des Kantons Neuenburg gegen Y., alleiniges Verwaltungsratsmitglied der S.I.A. SA und Aktionär mit 30 Aktien, sowie gegen die Revisionsstelle der Gesellschaft. Y. machte *Verrechnung* mit einer schon vor Konkurseröffnung entstandenen Forderung gegenüber der Gesellschaft geltend. Das erstinstanzliche Zivilgericht wies die Klage gegen beide Beklagten ab.⁵ Dessen Urteil focht X. mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde an.⁶

II. Erwägungen und Entscheide des Bundesgerichts

Nachstehend sind zuerst die allgemeinen Ausführungen in den beiden Bundesgerichtsurteilen zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft und zu den zulässigen Einreden zusammengefasst (1. und 2.1). Anschliessend werden die Erwägungen aus dem Urteil zur Schiedseinrede, dann diejenigen des Urteils zur Verrechnungseinrede wiedergegeben (2.2 bzw. 2.3).

1. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft

Im Konkurs der Gesellschaft ist in erster Linie die Konkursverwaltung berechtigt, die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Verzichtet sie darauf, können die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger den Schaden der Gesellschaft gegenüber den verantwortlichen Organen einklagen (Art. 757 Abs. 2 OR). Dabei machen sie diesen Schaden aufgrund eines *einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit* geltend.⁷ Mit der Konkurseröffnung wird die Forderung der Gesellschaft durch eine der Gläubigergesamtheit ersetzt.⁸

Der Vorbehalt der Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG (Art. 757 Abs. 3 OR) verleiht keine weiteren Rechte.⁹ «In materiellrechtlicher Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben».¹⁰ In beiden Fällen brauchte das Bundesgericht im Übrigen die Frage nicht zu beantworten, ob ein Gläubiger aufgrund von Art. 757 Abs. 2 OR ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG direkt klagen kann (denn in beiden Fällen war eine Abtretung erfolgt).¹¹ «Der Gesellschaftsgläubiger macht den Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Namen der Gläubigergesamtheit geltend, sei es gestützt auf Art. 757 OR oder nach Art. 260 SchKG (...). Er handelt in einer Art Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit».¹²

¹ Urteil 4A_446/2009, A. und B.

² Siehe zur Verfahrensgeschichte im Einzelnen das Urteil 4A_446/2009, C.

³ Urteil 4A_446/2009, D.

⁴ Urteil 4A_446/2009, D. und E.

⁵ Urteil 4A_463/2009, A. und B. Auf das Verfahren gegen die Revisionsstelle wird im Folgenden nicht eingegangen; vgl. diesbezüglich E. 2.6.

⁶ Urteil 4A_463/2009, C.

⁷ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4; Urteil 4A_463/2009, E. 2.3. An anderer Stelle im erstzitierten Urteil sagt das Bundesgericht (scheinbar relativierend), die Abtretungsgläubiger würden «genau besehen» nicht die Ansprüche der Gesellschaft, sondern jene der Gläubigergesamtheit geltend machen (a.a.O., E. 2.5.1).

⁸ Urteil 4A_463/2009, E. 2.3.

⁹ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

¹⁰ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

¹¹ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

¹² Urteil 4A_446/2009, E. 2.4; vgl. zum Ganzen auch das Urteil 4A_463/2009, E. 2.3.

2. Einreden gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft

2.1 Im Allgemeinen

Weil der Abtretungsgläubiger einen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend macht, kann das belangte Organ ihm nicht sämtliche Einreden gegenüber ihm persönlich oder gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten, sondern nur diejenigen, die dem Organ auch *gegenüber der Gläubigergesamtheit zustehen*.¹³ Die Ablösung des Gesellschaftsanspruchs durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit hat den Zweck, all jene Einreden auszuschliessen, «die den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind. Einreden, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben, können zulässig bleiben».¹⁴ Die Ablösung hat jedoch «nicht zum Zweck, den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft jemals hatte».¹⁵

Ausgeschlossen sind damit einerseits Einreden, die *gegenüber dem Abtretungsgläubiger persönlich* bestehen, wie etwa ein Selbstverschulden des Abtretungsgläubigers oder die Verrechnung mit einer ihm gegenüber bestehenden Forderung. Andererseits können die belangten Organe dem Abtretungsgläubiger auch nicht eine *vor dem Konkurs erfolgte Einwilligung der Gesellschaft* entgegenhalten, etwa einen Entlastungsbeschluss oder die Zustimmung der Generalversammlung.¹⁶ Demgegenüber kann der Belangte Forderungen zur Verrechnung bringen, die er schon vor Konkurseröffnung gegenüber der Gesellschaft hatte; die Verrechnung ist ein Beispiel für eine Einrede, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft besteht.¹⁷

2.2 Schiedseinrede

Im Zusammenhang mit der Schiedseinrede der X. AG gegenüber A. hielt das Bundesgericht in einem ersten Schritt fest, dass *Verantwortlichkeitsklagen einer schiedsgerichtlichen Entscheidung unterworfen* werden können. Die im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit¹⁸ geforderte Form ist dabei eingehalten, wenn die schriftliche Erklärung des Beitritts zu einer juristischen Person ausdrücklich auf die in den Statuten oder in einem darauf abgestützten Reglement enthaltene Schieds-

klausel Bezug nimmt.¹⁹ Sodann stellte das Gericht fest, dass nach Auffassung der Lehre auch die Konkursmasse, einschliesslich allfälliger Abtretungsgläubiger, an die vom Schuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden sei. Angesichts eines älteren Bundesgerichtsurteils, das dies zu verneinen scheint,²⁰ ging das Bundesgericht auf die Frage dann allerdings nicht näher ein, nachdem für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ohnehin besondere Regeln gelten.²¹

Bei der gestützt auf eine statutarische Schiedsklausel erhobenen Schiedseinrede handelt es sich *nicht* um eine Einrede, die *unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft* besteht.²² «Es rechtfertigt sich nicht, die Einrede gegenüber der Gläubigergesamtheit, die keinen Einfluss auf die Statuten hatte, zuzulassen, sonst bestünde die Gefahr, dass die Organe durch entsprechende statutarische Bestimmungen die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger im Konkurs erschweren.»²³ Die Gläubigergesamtheit ist an eine Schiedsklausel in den Statuten nicht gebunden.²⁴ Dem von A. geltend gemachten Anspruch der Gläubigergesamtheit konnte die X. AG darum nicht die Schiedseinrede entgegenhalten; dieser Anspruch war von der Schiedsklausel nicht umfasst. Die Beschwerde der X. AG war folglich abzuweisen.²⁵

2.3 Verrechnungseinrede

Im Verfahren zwischen dem Aktionär und Abtretungsgläubiger X. und Y., dem einzigen Verwaltungsratsmitglied der konkursiten S.I.A. SA und Aktionär der Gesellschaft, erhob Y. die Verrechnungseinrede. Diese stützte sich auf eine nach Bestand und Umfang vom Abtretungsgläubiger bestrittene Schadenersatzforderung von Y. gegenüber der Gesellschaft. Von dieser Forderung nahm die Vorinstanz im Rahmen einer vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden Beweiswürdigung an, dass sie bestand.²⁶ Nach dem Grundsatz, dass die belangten Organe einem Abtretungsgläubiger ihre bereits vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten und zur Verrechnung bringen können, konnte Y. die Verrechnungseinrede erheben.²⁷ Die Beschwerde von X. war darum abzuweisen.²⁸

¹³ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1.

¹⁴ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1. Das Urteil 4A_463/2009 drückt den im zitierten Text angetönten (blossen) Grundsatzcharakter – «können zulässig bleiben» – nicht aus: **Verpflichtungen der Gesellschaft** «sont opposables aussi à la communauté des créanciers» (E. 2.5).

¹⁵ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1.

¹⁶ Siehe zum Gesagten das Urteil 4A_463/2009, E. 2.5.

¹⁷ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1; Urteil 4A_463/2009, E. 2.5.

¹⁸ Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG, SR 279).

¹⁹ Siehe zum Gesagten das Urteil 4A_446/2009, E. 2.2.

²⁰ BGE 33 II 648 E. 4, S. 654.

²¹ Siehe zum Ganzen das Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.

²² Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2.

²³ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2.

²⁴ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2.

²⁵ Urteil 4A_446/2009, E. 3.

²⁶ Siehe im Einzelnen das Urteil 4A_463/2009, E. 2.4.

²⁷ Urteil 4A_463/2009, E. 2.5.

²⁸ Vgl. das Urteil 4A_463/2009, E. 2.5.

III. Bemerkungen

1. Einreden und Einwendungen

Nach allgemeinem Obligationenrecht ist zwischen Einreden und Einwendungen zu unterscheiden. Eine *Einrede* erlaubt es dem Verpflichteten, die Erfüllung seiner Schuld dauernd oder vorübergehend zu verweigern. Mit ihrer Geltendmachung bestreitet er die Durchsetzbarkeit der gegen ihn gerichteten Forderung. Der Anspruch des Gläubigers bleibt aber bestehen. Das Gericht darf eine Einrede grundsätzlich nur beachten, wenn der Schuldner sie erhebt.²⁹ Demgegenüber macht der Schuldner mit einer *Einwendung* geltend, dass ein Recht nicht entstanden oder aber untergegangen sei. Die Einwendung richtet sich gegen den Bestand des Rechts. Einwendungstatsachen, sofern rechtsgenügend vorgebracht, muss das Gericht von Amtes wegen beachten.³⁰

Soweit es bei den Einreden und Einwendungen darum geht, dass sie (vorübergehend) *dem Verantwortlichkeitsanspruch bzw. seiner Durchsetzung entgegenstehen*, braucht man sie in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht zu unterscheiden. Beispielsweise hindert eine Verrechnungseinrede die Durchsetzung des Verantwortlichkeitsanspruchs in gleicher Weise wie etwa die Einwendung, es fehle am Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. Man kann darum «Einrede (im weiteren Sinn)» als Oberbegriff verwenden.³¹ Im Übrigen aber sind die vorher genannten, grundsätzlichen Unterschiede zwischen Einreden und Einwendungen auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Bedeutung (was hier allerdings nicht zu vertiefen ist).

In beiden hier besprochenen Urteilen ging es um *Einreden* im engen, technischen Sinn. Insbesondere ist auch die Schiedseinrede als Einrede zu qualifizieren, wenn auch als Prozesseinrede.³²

2. Die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit

Beide Urteile stellen bei der Frage, ob die beklagten Organe gegenüber einem Abtretungsgläubiger eine bestimmte Einrede erheben können, auf die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit ab.³³ Sie entspricht einer nunmehr bald zwanzigjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.³⁴ Die einstigen Mitbewerberinnen im Theorienstreit – die Theorie der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs und jene der Prozessstandschaft³⁵ – erwähnt das Bundesgericht nicht mehr. Seine Haltung hinsichtlich der Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs bei mittelbarer Gläubiger- oder Aktionärsschädigung im Konkurs der Gesellschaft lässt an Klarheit kaum zu wünschen übrig. Die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit ist heute *geltendes (Richter-) Recht*.

Nach dieser Theorie macht die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger nicht einen Anspruch der Gesellschaft geltend, sondern einen *eigenständigen und einheitlichen, mit der Konkurseröffnung entstehenden Anspruch der Gläubigergesamtheit*. Der Kläger macht den Anspruch als Prozessstandschafter geltend. Die übrigen Ansprüche fallen mit der Konkurseröffnung dahin: Zum einen bleibt für einen Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft kein Raum mehr; er wird durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst. Zum andern gibt es auch kein individuelles Klagerecht des Gläubigers; es kann nicht mit der Konkurseröffnung aufleben, weil es als solches gar nie bestanden hat.³⁶

Der Anspruch der Gläubigergesamtheit bezieht sich auf den (gesamten) *Gesellschaftsschaden* und unterliegt den gleichen Voraussetzungen, unter denen ausser Konkurs ein Schaden der Gesellschaft ersatzfähig ist (abgesehen von den Einreden der belangten Organe).³⁷ Für einen Gläubiger oder Aktionär handelt es sich hierbei um einen mittelbaren Schaden. Wenn ein Gläubiger als Abtretungsgläubiger klagt, macht er allein den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend, in deren Namen er

²⁹ Siehe zum Ganzen PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 76 f.; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 4.34.

³⁰ Siehe zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 29), Nr. 78; SCHWENZER (FN 29), N 4.34.

³¹ Vgl. zum Gesagten HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 182 (= SSHW Band 210); PETER VIKTOR KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, 129 f. (= BBSW Heft 7).

³² BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, § 5 Rz. 296.

³³ Urteil 4A_446/2009, E. 2.3-2.4; Urteil 4A_463/2009, E. 2.3 und 2.5.

³⁴ Grundlegend BGE 117 II 432 ff., in Anlehnung an den Beitrag von ROLF RASCHEIN, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Dallèves *et al.* (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.; vgl. sodann etwa BGE 131 III 306 E. 3.1.1, S. 310 f.; BGE 132 III 342 E. 2.3.1, S. 347; BGE 132 III 564 E. 3.2.2, S. 570; Urteil 4A_478/2008 des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2008, E. 4.3.2.

³⁵ Zu diesen beiden Theorien überblicksartig PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008 («BSK OR»), Art. 757 N 8 f. bzw. 10 f.

³⁶ Siehe zum Ganzen das Urteil 4A_446/2009, E. 2.4; Urteil 4A_463/2009, E. 2.3; BGE 117 II 432 E. 1b.ee-ff, S. 439 f.; BGE 132 III 342 E. 2.3.1, S. 347, und E. 4.1, S. 349; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 288.

³⁷ BGE 122 III 166 E. 3b, S. 169; BGE 122 III 176 E. 7a, S. 189 f.

klagt. Indessen braucht er nicht den ganzen Anspruch geltend zu machen.³⁸

3. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 260 SchKG und Art. 757 OR

Wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verzichtet, ist jeder Aktionär oder Gläubiger hierzu berechtigt (Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR). Die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG ist vorbehalten (Art. 757 Abs. 3 OR). Was ist das Verhältnis dieser beiden Rechtsgrundlagen für eine Klagelegitimation, die sich von der Klagelegitimation der Konkursverwaltung ableitet?

3.1 Abtretung von Rechtsansprüchen der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG

Gegenstand einer Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 260 SchKG sind in der Regel streitige oder sonst nicht leicht einbringliche Ansprüche, auf deren Geltendmachung die Konkursverwaltung bzw. die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.³⁹ Die Abtretung ändert nichts daran, dass der betreffende *Anspruch* noch immer *der Konkursmasse zusteht*. Dem Abtretungsgläubiger wird lediglich das an sich der Konkursmasse zustehende Prozessführungsrecht übertragen, verbunden mit dem Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös. Der, gegen den der abgetretene Anspruch sich richtet, kann befreiend an die Konkursmasse leisten, womit die Abtretung gegebenenfalls gegenstandslos wird.⁴⁰

Wird ein Anspruch an *mehrere Gläubiger* abgetreten, so bilden die den Prozess führenden Abtretungsgläubiger eine *uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft*. Die Abtretungsgläubiger brauchen nicht alle zu klagen, sind also keine Gesamthänder und darum auch keine echten notwendigen Streitgenossen.⁴¹ Dass sie denselben, einheitlichen Anspruch geltend machen, «spricht im Grundsatz dafür, sie auch zu einem einheitlichen prozessualen Verhalten im Sinn einer notwendigen Streitgenossenschaft zu verpflichten».⁴² Die Streitgenossen bilden jedoch «kein unteilbares Ganzes. Keiner von ihnen [wird] an der prozessualen Durchsetzung seines

Rechtes gehindert; auch bei der Annahme, es liege eine notwendige Streitgenossenschaft vor, [kann] der einzelne von den übrigen Gläubigern unabhängige – selbst widersprechende – Vorbringen geltend machen und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten lassen (...). In diesem Sinn gebietet Art. 260 SchKG somit [...] nicht, dass sämtliche gemeinsam Berechtigte den Prozess einleiten, führen und übereinstimmend handeln».⁴³ Zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile und um zu verhindern, dass sich der Anspruchsgegner auf einen Prozess gegen einen einzelnen Abtretungsgläubiger einlassen muss, genügt es, wenn die beim gleichen Gericht anhängig gemachten Prozesse vereinigt werden.⁴⁴

3.2 Vergleich mit der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR

a. Inhalt und Umfang des Anspruchs; Anspruchsberechtigung mehrerer

Wenn Art. 757 Abs. 2 OR im Sinne des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit ausgelegt wird, ist der Anspruch, den Aktionäre oder Gläubiger unmittelbar gestützt auf diese Bestimmung erheben, nach Inhalt und Umfang der gleiche wie jener, den ein Abtretungsgläubiger aufgrund von Art. 260 SchKG geltend macht. In dieser Hinsicht ist die Aussage, Art. 757 Abs. 2 OR stelle einen Anwendungsfall von Art. 260 SchKG dar,⁴⁵ richtig. Präziser ist die Formulierung des Bundesgerichts im vorliegend besprochenen Urteil betreffend die Schiedseinrede, wonach es in materiellrechtlicher Hinsicht keinen Unterschied gebe zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und dem Anspruch, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und Abs. 2 OR erheben;⁴⁶ präziser deshalb, weil damit nicht gesagt ist, ob etwa hinsichtlich der Durchsetzung der Ansprüche Unterschiede bestehen.

Mehrere Aktionäre oder Gläubiger, die gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR Verantwortlichkeitsansprüche erheben, bilden eine *uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft*.⁴⁷ Auch insofern unterliegen der Anspruch, den ein Abtretungsgläubiger gestützt auf Art. 260 SchKG geltend macht, und jener, der sich aus Art. 757 Abs. 2 OR ergibt, den gleichen Regeln.

³⁸ Urteil 4C.363/2006 des Bundesgerichts vom 13. März 2007, E. 5.1. und 5.2; BGE 117 II 432 E. 1c, S. 441.

³⁹ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 47 N 30 und 44; STEPHEN V. BERTI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 260 N 1 f. und 20.

⁴⁰ Siehe zum Ganzen AMONN/WALTHER (FN 39), § 47 N 32, 55 und 66; BERTI (FN 39), Art. 260 N 4, 6 und 56.

⁴¹ Siehe zum Ganzen BGE 121 III 488 E. 2c, S. 492 f.

⁴² BGE 121 III 488 E. 2b, S. 492.

⁴³ BGE 121 III 488 E. 2c, S. 493; siehe auch BGE 121 III 291 E. 3a, S. 294 f.

⁴⁴ Siehe BGE 121 III 488 E. 2b, S. 492; BGE 121 III 291 E. 3a, S. 294.

⁴⁵ BGE 117 II 432 E. 1b. ff, S. 440 (bezogen auf das Aktienrecht von 1936).

⁴⁶ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

⁴⁷ Das Bundesgericht (Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2 [in der Amtlichen Sammlung, BGE 132 III 222 ff., nicht publizierte Erwägung]) spricht von (gewöhnlicher) notwendiger Streitgenossenschaft, meint wohl aber eine uneigentliche, wie die Gleichstellung mit der Situation im Fall einer Abtretung nach Art. 260 SchKG zeigt (siehe diesbezüglich vorn III.3.1).

b. Einreden der Organe

Die rechtliche Struktur der *Abtretung nach Art. 260 SchKG* wirkt sich auf die Einredemöglichkeiten des Anspruchsgegners aus. Er kann dem Abtretungsgläubiger alle Einreden entgegenhalten, die sich auf den von diesem geltend gemachten Anspruch der Konkursmasse beziehen. Der Anspruchsgegner kann dem Abtretungsgläubiger aber auch alle Einreden entgegenhalten, die ihm gegenüber dem Schuldner zugestanden hätten, hätte dieser den Anspruch vor Konkursöffnung geltend gemacht. Umgekehrt ist der Anspruchsgegner aber auch auf diese beiden Kategorien von Einreden beschränkt. Einreden, die sich gegen den Abtretungsgläubiger persönlich richten, kann er nicht erheben.⁴⁸

Das Bundesgericht geht implizit davon aus, dass in der *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit* selbst dann, wenn eine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgt ist, nicht die sich aus dieser Bestimmung ergebende Einredenordnung, sondern die besondere aktienrechtliche Regelung gilt, die aus der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit folgt.⁴⁹ Hinsichtlich der persönlichen Einreden ist die aktienrechtliche Regelung die gleiche wie diejenige gemäss Art. 260 SchKG. Anders verhält es sich aber bei den Einreden, die sich ursprünglich gegen den Schuldner gerichtet haben: Sie bleiben dem Anspruchsgegner nach der allgemeinen konkursrechtlichen Regelung von Art. 260 SchKG an sich erhalten, nicht dagegen im verantwortlichkeitsrechtlichen Kontext, handle es sich im konkreten Fall um eine Klage gestützt auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG oder aber um eine Klage direkt gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR.

c. Legitimation zur Geltendmachung der Ansprüche

Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG können nur (Gesellschafts-) Gläubiger sein,⁵⁰ Aktionäre, die nicht auch Gläubiger sind, dagegen nicht (und wenn sie auch Gläubiger sind, dann nur mit Bezug auf ihre Forderung, nicht etwa auch gestützt auf die Beeinträchtigung des Werts ihrer Beteiligung an der Gesellschaft). Nach Art. 757 Abs. 2 OR sind demgegenüber *neben den Gläubigern auch Aktionäre* legitimiert, den Anspruch der Gläubigersamtheit geltend zu machen, wenn die Konkursverwaltung darauf verzichtet.⁵¹ Dieser Unterschied ist dann von Bedeutung, wenn die gegenüber Art. 260 Abs. 2 SchKG abweichende Regelung der Verteilung des

Prozessergebnisses in Art. 757 Abs. 2 OR es (ausnahmsweise) für einen Aktionär als wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lässt, den Anspruch der Gläubigersamtheit geltend zu machen.⁵²

d. Anforderungen an die Gläubigerstellung

Nur rechtskräftig kollozierte Gläubiger können eine *Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 260 SchKG* verlangen.⁵³ Ist die Kollokation rechtskräftig, können umgekehrt die belangten Organe den Bestand der Forderung, die der Kollokation zugrunde liegt, in einem Verantwortlichkeitsprozess nicht in Frage stellen.⁵⁴ Selbstverständlich können sie aber einwenden, die Gesellschaft bzw. die Gläubigersamtheit verfüge über keinen Anspruch und sei darum nicht Gläubigerin.

Dem Gesetz ist keine Anforderung an die Begründetheit der Forderung zu entnehmen, gestützt auf die ein *Gläubiger nach Art. 757 Abs. 2 OR vorgeht*. Im obligationen- und aktienrechtlichen Sinn ist jeder ein Gläubiger, der nach dem materiellen Recht über einen Anspruch verfügt. Dass dieser allenfalls bestritten wird oder nicht kolloziert worden ist, ist nicht *per se* bedeutsam. Die (materielle) Gläubigerstellung ist aber ein Thema des Verantwortlichkeitsprozesses, den der vermeintliche Gläubiger anstrengt. Somit besteht zwischen Art. 757 Abs. 2 OR und Art. 260 SchKG (auch) ein Unterschied hinsichtlich der Anforderungen an die Gläubigerstellung des Klägers.⁵⁵

e. Verfahren zum Erwerb der abgeleiteten Klagelegitimation

Eine *Abtretung nach Art. 260 SchKG* setzt grundsätzlich einen Verzichtbeschluss der Zweiten Gläubigerversammlung voraus.⁵⁶ Art. 757 Abs. 2 OR regelt demgegenüber das Verfahren, das zur Klagelegitimation der Aktionäre oder Gläubiger führt, nur bruchstückhaft: Erforderlich ist seitens der Konkursverwaltung ein Verzicht. Eine Abtretung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich. Das Bundesgericht lässt im Urteil betreffend die Schiedseinrede die Frage indessen weiterhin offen, ob sich aus Art. 757 Abs. 2 OR tatsächlich ein anderer Mechanismus des Übergangs der Klagelegitimation auf die Gläubiger bzw. Aktionäre ergibt als aus Art. 260 SchKG, ob insbesondere eine Klage auch ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG möglich

⁴⁸ Siehe zum Ganzen BGE 106 II 141 E. 3c, S. 145; AMONN/WALTHER (FN 39), § 47 N 55.

⁴⁹ Siehe das Urteil 4A_463/2009, E. 2.3 und 2.5: X. klagte aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG (Sachverhalt, A.). Näheres zur aktienrechtlichen Einredenordnung hinten III.4.

⁵⁰ Art. 260 Abs. 1 SchKG: «Jeder Gläubiger...».

⁵¹ Siehe hierzu BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 21; anders noch BGE 117 II 432 E. 1b.ee, S. 439.

⁵² Siehe hierzu hinten III. 3.2.f.

⁵³ AMONN/WALTHER (FN 39), § 47 N 48; BERTI (FN 39), Art. 260 N 28.

⁵⁴ BGE 132 III 342 E. 2.3.2, S. 347.

⁵⁵ Siehe auch WALTER A. STOFFEL, Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit, in: Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, 15 ff., 40.

⁵⁶ Siehe Art. 260 Abs. 1 SchKG; vgl. auch Art. 48 Abs. 1 der Verordnung des Bundesgerichts vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV, SR 281.32); sodann BERTI (FN 39), Art. 260 N 23-27.

ist.⁵⁷ Die Verweisung auf das Schuldbetriebs- und Konkursrecht in Abs. 2 Satz 2 von Art. 757 OR betrifft jedenfalls nach ihrem Wortlaut nur die Verteilung des Prozessergebnisses auf die klagenden Gläubiger, nicht den konkursrechtlichen Akt einer Abtretung nach Art. 260 SchKG. Abs. 3 von Art. 757 OR behält sodann ein Vorgehen nach Art. 260 SchKG ausdrücklich vor, spricht also dagegen, dass auch eine Klage gestützt auf Abs. 2 von Art. 757 OR eine Abtretung erfordere.⁵⁸ Und schliesslich gibt auch die Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit keine Antwort auf die Frage des Verfahrens, das für den Erwerb der abgeleiteten Klagelegitimation zu beachten ist. Sie verlangt nur, dass ein Vorgehen mehrerer Gläubiger oder Aktionäre in irgendeiner Weise koordiniert ist und parallele Verfahren vor einem und demselben Gericht vereinigt werden, sodass keine widersprüchlichen Urteile über den gleichen Anspruch ergehen. Gerade darin liegt die Bedeutung der Feststellung, mehrere gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR klagende Gläubiger oder Aktionäre seien uneigentliche notwendige Streitgenossen.⁵⁹ Doch selbst eine noch stärkere Koordination ist ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG denkbar; mit einer Ermächtigung oder förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung lässt sich das Vorgehen der Streitgenossen ebenfalls koordinieren. Damit aber kann Art. 757 Abs. 2 OR so verstanden werden, dass eine Ermächtigung oder förmliche Mitteilung zwar erforderlich, aber auch genügend ist.⁶⁰ Ein selbständiges Vorgehen einzelner Gläubiger oder Aktionäre – ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG – scheint darum, wenn die Konkursverwaltung einen Verzicht ausgesprochen hat, *de lege lata* zulässig.⁶¹

Diesen Ausführungen wie auch den beiden vorliegend besprochenen Urteilen liegt im Übrigen die Auffassung zugrunde, dass Art. 757 Abs. 2 OR ein Vorgehen nach Art. 260 SchKG nicht ausschliesst, die erstere Norm die letztere also nicht verdrängt.

f. Verteilung des Prozessergebnisses

Ein *Abtretungsgläubiger* hat am Prozessergebnis teil: Es dient «nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung

stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern.»⁶² Eine in gewisser Hinsicht abweichende Verteilordnung stellt das Aktienrecht für den Fall einer *Gläubiger- oder Aktionärsklage im Sinne von Art. 757 Abs. 2 OR* auf: Danach werden zuerst die Forderungen der klagenden Gläubiger gedeckt, dann nehmen die klagenden Aktionäre am Überschuss im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; was übrig bleibt, fällt in die Konkursmasse.⁶³ Diese Verteilordnung ist, was die Aktionäre betrifft, bemerkenswert: Obwohl auch die Aktionäre den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend machen, erhalten sie doch gegebenenfalls einen Teil des von ihnen zur Verfügung gestellten Risikokapitals zurückerstattet, noch bevor alle Gläubiger befriedigt sind.⁶⁴

Auch hinsichtlich der Verteilung des Prozessergebnisses *unterscheiden* sich somit Art. 757 Abs. 2 OR und Art. 260 SchKG. Schwierigkeiten betreffend das Verhältnis der beiden Rechtsgrundlagen ergeben sich dadurch allerdings keine: Klagt ein Gläubiger, ist die Verteilordnung nach beiden Normen die gleiche;⁶⁵ will ein Aktionär klagen, so kann er dies ohnehin nur gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR.

3.3 Bedeutung des Vorbehalts zu Gunsten von Art. 260 SchKG (Art. 757 Abs. 3 OR)

Art. 757 Abs. 3 OR behält ganz allgemein für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft die Abtretung nach Art. 260 SchKG vor. Die Bedeutung dieses Vorbehalts hängt mit der Auslegung von Art. 757 Abs. 2 OR zusammen: Wird die dort den Gläubigern eingeräumte Klagelegitimation als *Anwendungsfall von Art. 260 SchKG* verstanden – und zwar in jeder Hinsicht, bezüglich der materiellrechtlichen Wirkungen der abgeleiteten Klagelegitimation wie auch des Verfahrens zum Erwerb der Legitimation –, ist Abs. 3 von Art. 757 OR *redundant*. In diese Richtung tendiert das Bundesgericht,⁶⁶ wenn es feststellt, dass der Vorbehalt von Art. 757 Abs. 3 OR «keine weiteren Rechte verleiht» und dass «[i]n materiellrechtlicher Hinsicht [...] kein Unterschied» bestehe zwischen dem nach Art. 260 SchKG abgetretenen und dem direkt gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR erhobenen Anspruch.⁶⁷ Und weil das Gericht die Frage offenlassen konnte, ob immerhin hinsichtlich des Verfahrens zur Erlangung der abgeleiteten Klagelegitimation ein Unter-

⁵⁷ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4; so bereits das Urteil 4C.263/2004 des Bundesgerichts vom 23. Mai 2005, E. 1.2 (in der Amtlichen Sammlung [BGE 132 III 222 ff.] nicht publizierte Erwägung).

⁵⁸ Zur Bedeutung des hier angesprochenen Vorbehalts hinten III.3.3.

⁵⁹ Siehe vorn III.3.2.a.

⁶⁰ Siehe das Urteil 4C.263/2004 des Bundesgerichts vom 23. Mai 2005, E. 1.2 (in der Amtlichen Sammlung [BGE 132 III 222 ff.] nicht publizierte Erwägung), wo die Frage letztlich aber offengelassen wurde.

⁶¹ So auch BÖCKLI (FN 36), § 18 N 348; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 17; a. M. DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005, 157 ff., 161 f.

⁶² Art. 260 Abs. 2 SchKG.

⁶³ Art. 757 Abs. 2 Sätze 2 und 3 OR.

⁶⁴ Siehe AMONN/WALTHER (FN 39), § 47 N 66; siehe auch LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeit unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR N.F. 2000, 135 ff., 182.

⁶⁵ Siehe Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR.

⁶⁶ Und mit ihm heute ein grosser Teil der Autoren, siehe etwa BÄRTSCHI (FN 31), 170 f.; BÖCKLI (FN 36), § 18 N 358; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 35 f.

⁶⁷ Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

schied zwischen den beiden Rechtsgrundlagen besteht, hatte es auch insofern keinen Anlass, seine Rechtsauffassung zum Verhältnis von Art. 757 Abs. 2 und Abs. 3 OR einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

Wie gezeigt, bestehen in Wahrheit jedoch einige *Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgrundlagen* für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft, und dies selbst dann, wenn man anerkennt, dass die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit, einschliesslich der mit ihr verbundenen Einredenordnung, auch auf die Klage eines Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG ausstrahlt (sodass zumindest insofern doch kein Unterschied besteht).⁶⁸ Unterschiedlich geregelt sind im Fall einer Gläubigerklage jedenfalls die Anforderungen an die Gläubigerstellung und das Verfahren zum Erwerb der abgeleiteten Klagelegitimation.⁶⁹ Abs. 3 von Art. 757 OR weist auf den Bestand einer von Abs. 2 abweichenden Rechtsgrundlage hin und hat insofern eine *eigenständige Bedeutung*.⁷⁰

Alsdann stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsgrundlagen. Es ist grundsätzlich eines der *Alternativität*,⁷¹ wobei wegen der unterschiedlich geregelten Legitimation zur Geltendmachung des Anspruchs der Gläubigergesamtheit keine völlige Wahlfreiheit besteht: Als alternative Wege bieten sich die beiden Rechtsgrundlagen nur Gläubigern mit rechtskräftig kollozierten Forderungen an, dagegen insbesondere nicht einem klagewilligen Aktionär.⁷²

Ob der Vorbehalt von Art. 757 Abs. 3 OR als ein unechter und damit an sich überflüssiger Vorbehalt anzusehen und darum zu streichen sei, hängt davon ab, ob es zum Funktionsbereich des Aktienrechts gehört, zwangsvollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe zu regeln. Falls es das nicht tut, es somit also selbstverständlich ist, dass die zwangsvollstreckungsrechtliche Norm von Art. 260 SchKG auch bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Gesellschaftskonkurs zur Anwendung kommt, bedarf es des Vorbehalts nicht; eine Abtretung nach Art. 260 SchKG ist bei diesem Verständnis ohnehin möglich. Art. 757 Abs. 1 und 2 OR stellen indessen mit der Möglichkeit eines Vorgehens auch ohne Abtretung nach Art. 260 SchKG und mit der Einräumung der Klagelegitimation und des Rechts zur Teilhabe am Prozessergebnis an die Aktionäre eine ins Zwangsvollstreckungsrecht hineinragende, mit ihm

teilweise konkurrierende aktienrechtliche Ordnung der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen auf. Indem er in dieser Situation die Alternativität der beiden Ordnungen zum Ausdruck bringt, kommt dem Vorbehalt von Art. 757 Abs. 3 OR durchaus eine *klarstellende und insofern konstitutive Wirkung* zu.⁷³

3.4 Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Im Zusammenhang mit der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts soll *Art. 757 Abs. 3 OR aufgehoben* werden: «Der Vorbehalt des SchKG in Artikel 757 ist überflüssig, da bereits in Artikel 757 Absatz 2 materiell auf Artikel 260 SchKG verwiesen wird.»⁷⁴ Dazu ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zweierlei zu sagen. Erstens ist die Aussage im zweiten Halbsatz in ihrer Allgemeinheit nicht richtig; Art. 757 Abs. 2 OR hat einen teilweise über Art. 260 SchKG hinausgehenden, teilweise von Art. 260 SchKG abweichenden Inhalt.⁷⁵ Als Auffassung des Bundesrates zum geltenden Recht ist die zitierte Aussage freilich von einem gewissen Interesse; geplante Gesetzesänderungen können Ausdruck eines bereits heute vorherrschenden Rechtsverständnisses sein.⁷⁶ Zweitens zeigt die Aussage, dass *de lege ferenda* die Ansprüche bzw. Klagen gemäss Art. 757 Abs. 2 OR «materiell» nach den Regeln von Art. 260 SchKG zu beurteilen sein werden. Vollständig einander angeglichen werden die beiden Rechtsgrundlagen damit aber nicht, weil die verfahrensbezogenen Aspekte eines Vorgehens nach Art. 260 SchKG von der Verweisung in Art. 757 Abs. 2 OR offenbar nicht erfasst sein sollen.

4. Einreden gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft

4.1 Bedeutung der Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit für die Einreden

Die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit hat zur Folge und dient dem Zweck, dass die belangten Organe der Konkursverwaltung bzw. einem Abtretungsgläubiger keine gegen diesen persönlich, aber im Prinzip auch keine gegen die Gesellschaft ge-

⁶⁸ Siehe zur Massgeblichkeit der Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit auch für ein Vorgehen gestützt auf Art. 260 SchKG vorn III.3.2.a sowie III.3.2.b.

⁶⁹ Siehe vorn III.3.2.d und III.3.2.e.

⁷⁰ Dem Grundsatz nach gleich STOFFEL (FN 55), 24 f., 38 f.

⁷¹ So wohl auch BÖCKLI (FN 36), § 18 N 354; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 35.

⁷² Siehe zu den hier angesprochenen Unterschieden vorn III.3.2.c und III.3.2.d.

⁷³ Anders – obwohl die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgrundlagen ebenfalls hervorgehoben werden – BÖCKLI (FN 36), § 18 N 358; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 36.

⁷⁴ Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff., 1693.

⁷⁵ Siehe im Einzelnen vorn III.3.2.

⁷⁶ Siehe auch das Urteil 4A_446/2009, E. 2.4.

richteten Einreden entgegenhalten können.⁷⁷ Nur Einreden, die gegenüber der Gläubigergesamtheit bestehen, sind Einreden, die sich gegen den Träger des Anspruchs richten, und sind damit zulässig. In dieser Klarheit der Konstruktion und ihrer Konsequenzen liegt der Vorzug der Theorie (wobei auch sie ohne gewisse wertende Relativierungen nicht auskommt)⁷⁸. Löst man sich von der Konstruktion, stehen zwei praktische Auswirkungen ins Auge: Erstens erschwert die Konkurseröffnung die Position eines belangten Organs gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gläubigern erheblich, indem zuvor bestehende Einreden ausgeschlossen werden. Und zweitens werden mit dem Einredenausschluss das Thema und der Stoff eines Verantwortlichkeitsprozesses eingeschränkt und wird dessen Komplexität reduziert.⁷⁹

Nachfolgend wird aufgezeigt, was die Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit einerseits für gewisse ausgewählte Einreden gegenüber der Gesellschaft bedeutet, andererseits für solche gegenüber dem Abtretungskläger persönlich. Behandelt werden dabei nur Fälle einer *mittelbaren* Gläubiger- oder Aktionärsschädigung. Und wenn nicht die Konkursverwaltung klagt, wird von einer Abtretung nach Art. 260 SchKG ausgegangen.

4.2 Einreden gegenüber der Gesellschaft

a. Der Grundsatz und seine Ausnahmen

Macht die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend, so können die belangten Organe ihnen solche *Einreden nicht entgegenhalten*, die sich gegen den ursprünglichen Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft richten.⁸⁰ Dies gilt jedenfalls im Grundsatz und ergibt sich daraus, dass die Gläubigergesamtheit und die Gesellschaft nicht identisch sind. Einreden, die gegenüber der Gesellschaft bestanden haben, entfallen mit der Konkurseröffnung.⁸¹

Wenn der Anspruch der Gläubigergesamtheit aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG geltend gemacht wird, ist es bezüglich der Einreden, die gegenüber dem Abtretungsgläubiger erhoben werden können, im Prinzip gleichgültig, ob dieser auch *Aktionär* ist (was in beiden hier besprochenen Fällen zutrifft).⁸² Der Abtretungsgläubiger klagt in seiner Rolle als Gläubiger; wäre er nur Aktionär, könnte er sich von der Konkursmasse keine Ansprüche abtreten lassen.⁸³ Wäre der Konkurs

noch nicht eröffnet, könnte der Aktionär umgekehrt nur aufgrund seiner Rolle als Aktionär und Prozessstandschafter für die Gesellschaft klagen (Art. 756 Abs. 1 OR); ihm gegenüber stünden den Organen dann jedoch alle Einreden zu, die sie auch gegenüber der Gesellschaft erheben könnten.

Der Grundsatz des Ausschlusses der Einreden, die gegenüber der Gesellschaft bestanden haben, kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten, und er gründet auch gar nicht nur auf der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit. Der Grundsatz ist – durchaus im Einklang mit seiner Stossrichtung – in zweierlei Hinsicht zu präzisieren, die rechtsdogmatische Konstruktion um zwei Gesichtspunkte zu ergänzen: Erstens kollidiert der Einredenausschluss mit dem Anliegen, dass die Rechtsstellung der belangten Organe nicht durch einen Umstand – die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses – beeinträchtigt werden soll, der ausserhalb ihres Einflussbereichs liegt. Das führt zur Regel, dass trotz des Subjektswechsels, zu dem es nach der Theorie vom Anspruch der Gläubigergesamtheit mit der Konkurseröffnung kommt, den Organen eine *Einredelage erhalten* bleiben soll, wenn diese *ohne jede voraussehbare Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen in einem späteren Konkurs der Gesellschaft* begründet worden ist. Der Gedanke, welcher der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) zugrunde liegt, ist in seinem Kern auch hier wegleitend. Das Bundesgericht bringt ihn zum Ausdruck, wenn es dem belangten Verwaltungsratsmitglied die Schiedseinrede unter anderem mit dem Argument verweigert, es bestünde sonst die Gefahr, «dass die Organe durch entsprechende statutarische Bestimmungen die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger im Konkurs erschweren».⁸⁴ Das Gericht konkretisiert sodann den erwähnten Gedanken, wenn es diejenigen Einreden zulässt, die *unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft* schon vor Konkurseröffnung bestanden haben.⁸⁵ In diesen Fällen ist die Grundlage der Einrede nicht ein früheres potenziell gegen Gläubigerinteressen gerichtetes Verhalten. Zu denken ist an die Verjährungseinrede.⁸⁶

Zweite Präzisierung zum Grundsatz des Einredenausschlusses: Den Organen stehen gegenüber der Gläubigergesamtheit insbesondere diejenigen Einreden *nicht* zu, deren Bedeutung es von vornherein, als sie begründet wurden, nicht war, die Gläubiger zu binden bzw. deren Ansprüche auszuschliessen (womit der Grundsatz

⁷⁷ Grundlegend BGE 117 II 432 E. 1b.gg, S. 440.

⁷⁸ Siehe hinten III.4.2.a.

⁷⁹ Siehe BÖCKLI (FN 36), § 18 N 291 und 297; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 16.

⁸⁰ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5; Urteil 4A_463/2009, E. 2.5; BGE 132 III 342 E. 4.1, S. 349.

⁸¹ BGE 117 II 432 E. 1b.gg, S. 440.

⁸² Siehe für eine Ausnahme hinten III.4.3.c.

⁸³ Siehe vorn III.3.2.c.

⁸⁴ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2; siehe auch BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351, wo, unter Hinweis auf die Lehre, vom «Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung» gesprochen wird.

⁸⁵ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1; siehe auch BGE 132 III 342 E. 4.4, S. 351.

⁸⁶ Vgl. auch das Urteil 4C.363/2006 des Bundesgerichts vom 13. März 2007, E. 4.3, wo das Bundesgericht die Frage offenlässt, ob eine die Verjährung unterbrechende Handlung der Gesellschaft oder eines Aktionärs gegenüber dem belangten Organ auch zu Gunsten der im Konkurs klagenden Gläubigergesamtheit wirkt.

des Einredenausschlusses bestätigt wird). Das trifft im Prinzip für alle Einreden zu, die auf der Willensbildung der Gesellschaft gründen. Dem Anspruch der Gläubigersamtheit kann ein Generalversammlungsbeschluss oder das Verhalten einzelner Aktionäre selbstverständlich nicht entgegengehalten werden. Es geht hier nicht darum, dass bestimmte Einreden «nicht erhalten» oder «abgeschnitten» würden; die auf der Willensbildung der Gesellschaft basierenden Einreden haben *nach ihrer Bedeutung und Tragweite gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gar nie bestanden*. Mit der Theorie vom Anspruch der Gläubigersamtheit gelangt man ohne weiteres zu diesem Ergebnis; sie vernebelt aber, dass das Ergebnis nicht primär ein Gebot juristischer Dogmatik, sondern der Ermittlung des Sinngehalts einer Erklärung oder Verhaltensweise ist, die der Einrede zugrunde liegt.

b. Entlastung

Ein Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben (Art. 758 Abs. 1 OR). Was die Gesellschaft betrifft, so nimmt der Entlastungsbeschluss ihr das Recht, gegen die entlasteten Organe gestützt auf Tatsachen, die dem Beschluss zugrunde liegen, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Nach dem zuvor dargestellten Grundsatz und seinen Präzisierungen können die Organe im Konkurs der Gesellschaft die Entlastung dem Anspruch der Gläubigersamtheit, den die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger geltend macht, *nicht entgegenhalten*: Der Entlastungsbeschluss – der auf der Willensbildung der Gesellschaft beruht – bindet die Gläubiger von vornherein nicht.⁸⁷

c. Einwilligung der Gesellschaft

Für die Einwilligung gilt im Prinzip das Gleiche wie für die Entlastung: Wenn ein Organ mit der Einwilligung sämtlicher Aktionäre bzw. des Alleinaktionärs handelt oder eine Handlung unterlässt, kann es die ausserhalb eines Konkurses gegenüber dem Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft oder eines Aktionärs an sich bestehende Einrede «*volenti non fit iniuria*»⁸⁸ nicht mehr erheben, wenn der Konkurs eröffnet worden ist.⁸⁹ Denn die Einrede gründet auf der (förmlichen oder informellen) Willensbildung der Gesellschaft und kommt ohne Einbezug der Gläubiger zustande, bindet diese somit von vornherein nicht.

d. Verrechnung

Das Bundesgericht lässt die Einrede der Verrechnung mit einer schon *vor Konkurseröffnung bestehenden Schuld der Gesellschaft gegenüber dem belangten Organ* zu.⁹⁰ Das steht im Einklang mit der Regel, dass eine Einrede erhalten bleiben soll, wenn sie ohne jede vor-ausschbare Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen in einem späteren Konkurs der Gesellschaft begründet worden ist, namentlich unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft.⁹¹ Der Subjektswechsel, zu dem es aufgrund der Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit bei Konkurseröffnung kommt, lässt die Verrechnung im Übrigen auch nicht am Gegenseitigkeitserfordernis⁹² scheitern.⁹³

e. Schiedsklausel

Verantwortlichkeitsansprüche sind *schiedsfähig*, sowohl in der schweizerischen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit⁹⁴ als auch nach dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit⁹⁵ bzw. der Schweizerischen Zivilprozessordnung^{96,97}. Die Grundlage für die Unterstellung unter die Schiedsgerichtsbarkeit kann eine statutarische Schiedsklausel sein, aber auch eine Schiedsvereinbarung.

Eine statutarische Schiedsklausel ist indessen *unwirksam gegenüber Gesellschaftsgläubigern*. Verantwortlichkeitsklagen von Gläubigern, die den einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit geltend machen, werden von der Klausel darum nicht erfasst. Das ergibt sich aus gesellschaftsrechtlicher Sicht daraus, dass durch eine Statutenbestimmung aussenstehende Dritte nicht gebunden werden können; ihre Bindung käme einem Vertrag zu Lasten Dritter gleich.⁹⁸ Zum gleichen Ergebnis führen schiedsgerichtsrechtliche Überlegungen dazu, unter welchen Voraussetzungen nicht an der Schiedsvereinbarung beteiligte Dritte in den subjektiven Anwendungsbereich der Vereinbarung fallen. Das trifft bloss etwa dann zu, wenn gewisse Rechtsnachfolgetatbestände erfüllt sind oder eine Bindung Dritter aufgrund von Rechtsscheinüberlegungen gerechtfertigt ist.⁹⁹ Die belangten Organe können darum der Gläubigersamtheit schon deshalb die Schiedsklausel nicht

⁸⁷ Urteil 4A_463/2009, E. 2.5; BGE 132 III 342 E. 4.1, S. 349; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 36 N 135; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 69.

⁸⁸ Siehe BGE 131 III 640 E. 4.2.1, S. 644.

⁸⁹ Urteil 4A_463/2009, E. 2.5; BGE 132 III 342 E. 4.1, S. 349.

⁹⁰ Urteil 4A_463/2009, E. 2.5; BGE 132 III 342 E. 4.2-4.4, S. 349-351.

⁹¹ Siehe zu dieser Regel vorn III.4.2.a.

⁹² Art. 120 Abs. 1 OR.

⁹³ Siehe hierzu im Einzelnen BGE 132 III 342 E. 4.2-4.4, S. 349-351.

⁹⁴ Siehe Art. 177 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291).

⁹⁵ Siehe Art. 5 KSG.

⁹⁶ Siehe Art. 354 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (AS 2010, 1739 ff.; voraussichtliches Inkrafttreten am 1. Januar 2011).

⁹⁷ Urteil 4A_446/2009, E. 2.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 87), § 36 N 118.

⁹⁸ Siehe zum Ganzen das Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2.

⁹⁹ Siehe hierzu BERGER/KELLERHALS (FN 32), § 5 Rz. 491 ff.

entgegenhalten, weil eine Bindung von Gläubigern von vornherein kein zulässiger rechtlicher Inhalt der Schiedsklausel war, ihnen gegenüber die Einrede somit gar nie bestanden hat. Im Übrigen ist die Schiedseinrede auch nicht eine Einrede, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft entstanden ist; vielmehr besteht die (wenn auch nur abstrakte) Gefahr, «dass die Organe durch entsprechende statutarische Bestimmungen die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger im Konkurs erschweren»,¹⁰⁰ dass also die Interessen der Gläubiger in einem späteren Konkurs der Gesellschaft beeinträchtigt werden.¹⁰¹

4.3 Einreden, die sich gegen den Abtretungsgläubiger persönlich richten

a. Grundsatz

Macht ein Abtretungsgläubiger einen Anspruch der Gläubigersamtheit geltend, so können die belangten Organe ihm auch diejenigen Einreden *nicht entgegenhalten*, die sich *gegen ihn persönlich* richten.¹⁰² Es fehlt an der Gegenseitigkeit: Die Einrede richtet sich gegen den Abtretungsgläubiger, der Anspruch steht jedoch der Gläubigersamtheit zu.

Anders als im Fall einer ursprünglich gegen die Gesellschaft gerichteten Einrede besteht diese Rechtslage in gewisser Weise bereits *vor der Konkurseröffnung*. Schon vorher kann ein Organ, das von einem *Aktionär* für den von diesem mittelbar erlittenen Schaden verantwortlich gemacht wird, dem Aktionär keine nur gegen ihn persönlich gerichteten Einreden entgegenhalten, macht doch der Aktionär einen Anspruch der Gesellschaft geltend, den er als Prozessstandschafter durchzusetzen versucht.¹⁰³ Die Konkurseröffnung beeinträchtigt insofern die Rechtsstellung der verantwortlich gemachten Organe nicht.

b. Einrede des Rechtsmissbrauchs: Einwilligung des klagenden Abtretungsgläubigers in die bei ihm eingetretene mittelbare Schädigung

Auch der Grundsatz des Ausschlusses persönlicher Einreden gegenüber dem Abtretungsgläubiger – der an sich eine logisch unumstössliche Konsequenz der Theorie vom Anspruch der Gläubigersamtheit ist – bedarf einer Präzisierung aufgrund wertender Überlegungen. Der Einredenausschluss scheint nämlich dann nicht gerechtfertigt, wenn und soweit der Abtretungsgläubiger eine *Beeinträchtigung seiner Interessen in einem späteren Konkurs der Gesellschaft in Kauf genommen*, er also zum Beispiel sehenden Auges einem überschuldeten Schuldner noch ein Darlehen gewährt hat und nun (ein-

zig) seinen persönlich erlittenen mittelbaren Schaden geltend macht. Dann macht er zwar nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich einen ihm persönlich zustehenden Anspruch geltend, sodass er sich die Einrede gefallen lassen muss, dass er in die Beeinträchtigung seines Vermögens eingewilligt habe. Insoweit steht dem Anspruch der Gläubigersamtheit die Einrede des *venire contra factum proprium* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) entgegen. Der Abtretungsgläubiger muss wegen seines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens einen Einrede-Durchgriff von der Gläubigersamtheit auf ihn persönlich erdulden.¹⁰⁴

c. Einrede des Rechtsmissbrauchs: Zustimmung des Aktionärs und Abtretungsgläubigers zum Entlastungsbeschluss

Ebenfalls aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots muss sich der Abtretungsgläubiger, der auch Aktionär ist, unter Umständen entgegenhalten lassen, dass er einem Entlastungsbeschluss seinerzeit zugestimmt hat. Im Grundsatz ist das freilich nicht so: Auch wenn der Abtretungsgläubiger auch ein Aktionär ist und er der Entlastung zugestimmt hat, kann ihm seine Zustimmung nicht entgegengehalten werden, weil er nicht als Aktionär, sondern als Abtretungsgläubiger auftritt und den Anspruch der Gläubigersamtheit geltend macht (zu deren Lasten der Entlastungsbeschluss nicht wirkt).¹⁰⁵ Doch kann die Vermischung der beiden Rollen auch hier einen Einrede-Durchgriff auf den theoretisch neben dem Abtretungsgläubiger stehenden Aktionär rechtfertigen. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn alle (massgeblichen) Gesellschaftsgläubiger auch Aktionäre sind, sodass diejenigen, denen der Anspruch der Gläubigersamtheit, wirtschaftlich betrachtet, (grösstenteils) zusteht, auch das Aktionariat bilden, das der Entlastung zugestimmt hat.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.2.

¹⁰¹ Siehe zu diesem Grundsatz vorn III.4.2.a.

¹⁰² Urteil 4A_446/2009, E. 2.5.1; Urteil 4A_463/2009, E. 2.5.

¹⁰³ Art. 756 Abs. 1 OR; BÖCKLI (FN 36), § 18 N 229.

¹⁰⁴ Siehe zum Ganzen BÄRTSCHI (FN 31), 192; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 237; GLANZMANN (FN 64), 185; GEORG RAUBER, Der mittelbare Gläubigerschaden – alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Schluop/Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 157 ff., 166; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 35), Art. 757 N 28; vgl. auch MATTHEW T. REITER, Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 165 ff., 195.

¹⁰⁵ Offenbar anders AMONN/WALTHER (FN 39), § 47 N 55; BÄRTSCHI (FN 31), 193 FN 1005.

¹⁰⁶ Anders als im Fall der Einwilligung des Abtretungsgläubigers in die bei ihm mittelbar eingetretene Schädigung (vorn III.4.3.b.) unterstützt vorliegend die Tatsache, dass der Kläger den Anspruch nur im Umfang seiner eigenen Forderung geltend macht, den Rechtsmissbrauchsvorwurf nicht.