



Hans Caspar von der Crone / Olivier Baum\*

## Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Durchsetzung von Mitwirkungsrechten
  1. Durchsetzung von Informationsrechten
    - 1.1 Klage auf Auskunft und Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR)
    - 1.2 Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR)
  2. Gesuch auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR)
    - 2.1 Materielles
    - 2.2 Prozessuales
  3. Klagemöglichkeiten und -risiken
- III. Klassische Trias der materiellen Aktienrechtsklagen
  1. Vorgehen gegen Gesellschaftsbeschlüsse
    - 1.1 Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 f. OR)
    - 1.2 Nichtigkeitsklage
  2. Verantwortlichkeitsklage
    - 2.1 Rechtsgrundlage
    - 2.2 Anspruchsvoraussetzungen
    - 2.3 Praxisrelevanz
    - 2.4 Prozessuales
  3. Durchsetzung der Kapitalschutzbestimmungen
  4. Beurteilung der Kosten- bzw. Klagerisiken
    - 4.1 Kostenrisiken
    - 4.2 Klagerisiken
- IV. Organisationsmängel
  1. Konstellation eines Organisationsmangels
  2. Massnahmen
  3. Prozessuales und Zuständigkeit
- V. Schlussbemerkungen

### I. Einleitung

In seiner Medienmitteilung zum Ergebnis der Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision hielt der Bundesrat fest, dass er aufgrund der Eingaben der Vernehmlassungsteilnehmer namentlich auf die Einführung eines Rechts auf Einleitung einer Klage auf Kosten

\* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarier für Privat- und Wirtschaftsrecht und lic. iur. Olivier Baum, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Rechtswissenschaftlichen Institut, beide an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

der Gesellschaft verzichte.<sup>1</sup> Dies soll zum Anlass genommen werden, das bestehende Instrumentarium der aktienrechtlichen Klagemöglichkeiten näher zu beleuchten und auf seine Praxistauglichkeit hin zu untersuchen. Insbesondere soll erörtert werden, welche Risiken mit derartigen Klagen verbunden sind und welche Voraussetzungen die Erfolgsaussichten begünstigen.

### II. Durchsetzung von Mitwirkungsrechten

#### 1. Durchsetzung von Informationsrechten

Die Durchsetzung der Informationsrechte ist gerade in nicht-kotierten Gesellschaften von Bedeutung,<sup>2</sup> die klare Mehr- und Minderheitenblöcke aufweisen. In diesen können die Mehrheitsaktionäre geneigt sein, den Minderheitsaktionären möglichst wenige Informationen zukommen zu lassen, was der Mehrheit ermöglicht, sog. *private benefits of control*<sup>3</sup> zu erzielen.<sup>4</sup> Die Informationsrechte sollen diese Gefahr lindern.

#### 1.1 Klage auf Auskunft und Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR)

Das Vorliegen von Information über die Gesellschaft bildet eine zentrale Voraussetzung für die Beurteilung der Kapitalanlage durch den Aktionär und ermöglicht diesem erst, seine Entscheide über Investition und Desinvestition korrekt zu treffen.<sup>5</sup> Eine angemessene Infor-

<sup>1</sup> Bundesrat fällt Grundsatzentscheide für ein neues Aktienrecht, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=59797>; zuletzt besucht am 27.05.2016.

<sup>2</sup> Bei kotierten Gesellschaften greifen weitergehende Informationspflichten, so insbesondere die Pflicht zur periodischen Berichterstattung (Art. 49 f. KR-SIX) sowie die Regeln über die ad-hoc-Publizität (Art. 53 f. KR-SIX).

<sup>3</sup> Siehe dazu LUCA ENRIQUES/HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, *The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies*, in: Kraakman et al. (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 2009, 89–113, 89 f.

<sup>4</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Bern 2014, § 8 N 70.

<sup>5</sup> BGE 133 III 453, E. 7.2; PETER FORSTMOSER, *Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs*, in: Druey/Forstmoser

mationsbasis bildet auch die Grundvoraussetzung für die Geltendmachung sämtlicher Mitwirkungs- und Klage-rechte und gewährleistet damit die Funktionsfähigkeit der Generalversammlung.<sup>6</sup> Dies zeigt die Bedeutung des Rechts des Aktionärs auf Information. Art. 697 Abs. 4 OR räumt dem einzelnen Aktionär deshalb die Möglichkeit ein, das Recht auf «Auskunft und Einsicht» (vgl. die Marginalie von Art. 697 OR) klageweise durchzusetzen – unabhängig von einer allfälligen Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage.<sup>7</sup>

#### a. Materielles

Die Erhebung der Klage nach Art. 697 Abs. 4 OR setzt gemäss dem Wortlaut der Bestimmung voraus, dass «die Auskunft oder die Einsicht ungerechtfertigterweise verweigert» worden ist, der Aktionär mithin vorgängig sein Auskunfts- und Einsichtsrecht an der Generalversammlung erfolglos geltend gemacht haben muss. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass der Verwaltungsrat vorgängig die Möglichkeit haben soll, dem Ersuchen eines Aktionärs nachzukommen und erst subsidiär die Informationsklage erhoben werden kann. Dem Auskunft oder Einsicht begehrenden Aktionär ist dabei zu empfehlen, nicht erst an der Generalversammlung dieses Recht anzumelden, sondern bereits vor der Generalversammlung ein entsprechendes Ersuchen an den Verwaltungsrat zu richten, damit sich dieser entsprechend vorbereiten kann.<sup>8</sup> Der Wortlaut von Art. 697 Abs. 1 OR, wonach das Informationsrecht «an der Generalversammlung» auszuüben ist, will denn auch nicht die Geltendmachung sondern vielmehr die Erfüllung dieses Rechts normieren: Durch die Information an der Generalversammlung soll sichergestellt werden, dass eine informationelle Gleichbehandlung sämtlicher Aktionäre erfolgt.<sup>9</sup> Zuzufolge der börsenrechtlichen Gleichbehandlungspflicht gilt dies in besonderem Masse bei kotierten Gesellschaften (*ad-hoc-Publizität*).

Das Auskunftsrecht kann sich auf jegliche Informationen beziehen, welche auch Gegenstand des Geschäfts-

oder Lageberichts sein können (somit nicht das Aktienbuch) bzw. daraus hervorgehen, zumal Geschäfts- und Lagebericht aufgrund der aktienrechtlichen Konzeption primäre Informationsquelle bilden sollen (vgl. Art. 696, Art. 958 und Art. 961c OR).<sup>10</sup> Erforderlich ist nach Art. 697 Abs. 2 Satz 1 OR einzig, dass die Information «für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich» ist, was sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs beurteilt.<sup>11</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass das legitime Informationsbedürfnis des Aktionärs, der mangels Treuepflicht keiner Geheimhaltungspflicht unterliegt, mit dem – ebenso legitimen – Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft kollidieren kann.<sup>12</sup> Diesen Zielkonflikt hat das Aktienrecht zugunsten der Gesellschaft aufgelöst, indem die Auskunft verweigert werden darf, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden (Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR). Die Verweigerung der Auskunft ist aber in jedem Fall zu begründen.

Das Einsichtsrecht bezieht sich demgegenüber auf «die Geschäftsbücher und Korrespondenzen», worunter sämtliche schriftlichen Unterlagen fallen, die sich bei der Gesellschaft befinden, an der der um Einsicht begehrende Aktionär selber direkt beteiligt ist.<sup>13</sup> Wenn der Aktionär an einer Konzernobergesellschaft beteiligt ist, sind auch Unterlagen über Tochtergesellschaften vom Einsichts- und Auskunftsrecht erfasst, sofern sich diese im Besitz der Konzernmuttergesellschaft befinden.<sup>14</sup> Die Gewährung des Einsichtsrechts steht ebenfalls unter dem materiellen Vorbehalt der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse und wird nur bei ausdrücklicher Ermächtigung durch die Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrats gewährt (Art. 697 Abs. 3 OR). Die Erteilung oder Verweigerung des Einsichtsrechts steht im freien Ermessen der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrats, weshalb die gerichtliche Kognition auf eine Willkürprüfung beschränkt ist.<sup>15</sup>

#### b. Prozessuales

Die «Informationsklage» nach Art. 697 Abs. 4 OR ist als Individualrecht ausgestaltet: Es ist somit jeder Aktionär, unabhängig von der Anzahl der von ihm gehaltenen Aktien, aktivlegitimiert. Die Klage unterliegt keiner Frist, sondern setzt einzig ein aktuelles Rechtsschutzinteresse

(Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht 11, Zürich 1997, 85–129, 86 f.

<sup>6</sup> BGE 133 III 453, E. 7.2; VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 65; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 146 f.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 109 II 47, E. 2.

<sup>8</sup> BGE 132 III 71, E. 2.1; LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006, 134 f. (= SSHW 248); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 40 N 167.

<sup>9</sup> BGE 140 III 610, E. 2.2; BGE 133 III 133, E. 3.3; VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 86; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 691. Vgl. zur Diskussion allfälliger Differenzierungsmöglichkeiten: DANIEL DAENIKER/EMANUEL DETTWILER, Selektive Information von Grossaktionären, in: Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Zürich 2011, 19–34, 25 ff.; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: SZW 2005, 101–112, 106 ff.

<sup>10</sup> BGE 109 II 47, E. 3a; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 12.

<sup>11</sup> BGE 132 III 71, E. 1.3. Im Streitfall hat jedoch der Aktionär den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die Einsichtsgewährung bzw. Auskunftserteilung für die Ausübung seiner Rechte erforderlich ist, wobei vorerst der Beweis genügt, «dass der entsprechende Bezug in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben ist»; BGE 132 III 71, E. 1.3.1.

<sup>12</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 68.

<sup>13</sup> BGE 132 III 71, E. 1.2; BGE 109 II 47, E. 3.

<sup>14</sup> BGE 132 III 71, E. 1.2.

<sup>15</sup> BGE 132 III 71, E. 1.1.

des Klägers voraus.<sup>16</sup> Passivlegitimiert ist in jedem Fall die Gesellschaft, unabhängig davon, ob vom Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle Auskunft bzw. Einsicht verlangt wird.<sup>17</sup> Örtlich zuständig ist – sowohl im nationalen wie internationalen Verhältnis – das Gericht am Sitz der Gesellschaft.<sup>18</sup> Die Klage beurteilt sich im summarischen Verfahren, wodurch das Schlichtungsverfahren entfällt.<sup>19</sup> Bei einem Streitwert<sup>20</sup> von mindestens CHF 30'000 ist im Kanton Zürich das Handelsgericht zuständig.<sup>21</sup> Wichtig ist, dass der klagende Aktionär – um seiner Substantiierungslast zu genügen – in seinem Rechtsbegehren genau umschreibt, über welche Fragen Auskunft zu erteilen ist bzw. in welche Unterlagen Einsicht gewährt werden soll; dies insbesondere auch im Hinblick auf die Vollstreckung des Entscheids.

## 1.2 Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR)

### a. Materielles

Die in den Art. 697a ff. OR geregelte Sonderprüfung bildet – nach dem Geschäfts-/Lagebericht und dem Recht auf Auskunft und Einsicht – die letzte Ebene im dreistufigen Informationskonzept des Aktienrechts.<sup>22</sup> Das Institut der Sonderprüfung soll den Konflikt zwischen dem Informationsbedürfnis der Aktionäre und dem Geheimhaltungsbedürfnis der Gesellschaft durch Zwischenschaltung eines Dritten auflösen:<sup>23</sup> Der Sonderprüfer untersucht den Sachverhalt unter Aufsicht des Richters und erstattet schliesslich – unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses – einen Prüfungsbericht (vgl. Art. 697e OR). Bereits aus dem Zweck der Sonderprüfung ergibt sich, dass es sich bei ihrem Gegenstand um Gesellschaftsinterna handeln muss – ausserhalb der Gesellschaft liegende Tatsachen können deshalb auch dann nicht Gegenstand

einer Sonderprüfung sein, wenn sie geeignet sind, den Geschäftsgang der Gesellschaft mitzubeeinflussen.<sup>24</sup>

Beim Antrag bzw. Gesuch um Sonderprüfung handelt es sich insoweit um einen subsidiären Rechtsbehelf, als der Aktionär sein Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt haben muss, wobei allerdings keine klageweise Durchsetzung nach Art. 697 Abs. 4 OR verlangt wird.<sup>25</sup> Der Verwaltungsrat soll zunächst die Möglichkeit haben, das Informationsbedürfnis der interessierten Aktionäre zu stillen, bevor – im Konfliktfall – das kostspielige (und den Geschäftsbetrieb behindernde) Verfahren der Sonderprüfung durchgeführt wird.<sup>26</sup> In jedem Fall muss die Information aber auch hier für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein (Art. 697a Abs. 1 OR).

Die Frage der Subsidiarität, welche sich insbesondere im Fall eines gerichtlichen Verfahrens stellt, bildet Gegenstand verschiedener Kontroversen. Der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind jedenfalls die folgenden Leitlinien zu entnehmen:

1. Die Sonderprüfung muss sich gemäss Wortlaut von Art. 697a Abs. 1 OR auf «bestimmte Sachverhalte» beziehen. Die Fragen, welche Gegenstand des subsidiären Sonderprüfungsbegehrens bilden, müssen somit thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein.<sup>27</sup> Massgebend ist dabei, wie der Verwaltungsrat das Informationsbedürfnis der Aktionäre nach Treu und Glauben einschätzen musste: «*Dabei darf sich der Verwaltungsrat zwar nicht hinter einer wortklauberschen Auslegung verschanzen und von vornherein nur ausdrücklich gestellte Fragen beantworten. Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen.*»<sup>28</sup>
2. Bei der Lektüre von Art. 697a und 697b OR könnte der Eindruck entstehen, es dürfe nur derjenige Aktionär, der selber um Auskunft oder Einsicht ersucht hat, in der Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung bzw. beim Gericht ein Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers stellen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht jedoch kein derartiges Erfordernis der «Personenidentität».<sup>29</sup> Da das Recht auf Auskunft und Einsicht ein individuelles

<sup>16</sup> Zur Frage des Rechtsschutzinteresses und eines allfälligen Rechtsmissbrauchs: Urteil des Bundesgerichts 4A\_36/2010 vom 20. April 2010, E. 3 ff.

<sup>17</sup> MAROLDA MARTINEZ (FN 8), 214 f.

<sup>18</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 151 Abs. 1 IPRG (ggf. i.V.m. Art. 2 Nr. 1 LugÜ).

<sup>19</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO und Art. 198 lit. a ZPO.

<sup>20</sup> Da ein solches Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, hat das Gericht den Streitwert festzusetzen, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen können oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dennoch hat der Kläger in seiner Klage einen Streitwert anzugeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO; Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO). Sofern sich die Beklagte abweichend äussert, ist nach der Botschaft zur ZPO (im Einklang mit einem Grossteil der bisherigen kantonalen Zivilprozessordnungen) sowie der h.L. grds. auf den höheren Wert abzustellen. Eingehend dazu MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 91 N 26 (m.w.H.).

<sup>21</sup> Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH.

<sup>22</sup> BGE 140 III 610, E. 2.2; BGE 133 III 453, E. 7.2.

<sup>23</sup> BGE 133 III 453, E. 7.2.

<sup>24</sup> BGE 123 III 261, E. 2a.

<sup>25</sup> BGE 133 III 133, E. 3.2.

<sup>26</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 110; BGE 123 III 261, E. 3a.

<sup>27</sup> BGE 140 III 610, E. 2.2; BGE 138 III 246, E. 3.3; BGE 133 III 133, E. 3.2; BGE 123 III 261, E. 3a.

<sup>28</sup> BGE 140 III 610, E. 2.2; BGE 123 III 261, E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_215/2010 vom 27. Juli 2010, E. 3.1 ff.

<sup>29</sup> BGE 133 III 133, E. 3.2.

Recht auf kollektive Information darstellt,<sup>30</sup> ist kein sachlicher Grund ersichtlich, wieso ein Aktionär, der aufgrund der Frage eines anderen Aktionärs Kenntnis von bestimmten Sachverhalten erlangt und «hellhörig» wird, dadurch nicht die Möglichkeit erhalten sollte, selber einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung zu stellen.<sup>31</sup> Nach Art. 700 Abs. 3 OR kann denn auch ohne entsprechende Traktandierung «überfallartig»<sup>32</sup> ein Antrag auf Sonderprüfung gestellt werden. Zu beachten ist einzig, dass der Antrag auf Sonderprüfung diesfalls durch den Gegenstand des Auskunftsbegehrens des anderen Aktionärs thematisch begrenzt ist (vgl. 1.). Will der Aktionär die Sonderprüfung auch auf andere Punkte ausdehnen, muss er diesbezüglich vorgängig noch von seinem Recht auf Auskunft und Einsicht Gebrauch machen, wofür aber (ebenfalls) keine Traktandierung notwendig ist.

Für ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers kann auch aus einem weiteren Grund keine Personenidentität erforderlich sein: Im Unterschied zum Antrag in der Generalversammlung hat der Gesetzgeber das Gesuch nach Art. 697b OR nicht als Individual- sondern als Minderheitenrecht ausgestaltet. Nach Ablehnung des Antrags in der Generalversammlung sollen die unterlegenen Aktionäre gerade die Möglichkeit haben, sich zu koordinieren, um gemeinsam die geforderte repräsentative Minderheit formieren zu können.<sup>33</sup> Da sich dabei auch Aktionäre anschliessen können, welche gar nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, kann auch auf dieser zweiten Stufe keine Personenidentität erforderlich sein.<sup>34</sup>

3. Ein Aktionär, der nach Art. 697a Abs. 1 OR einen Antrag auf Sonderprüfung stellt, muss darauf beharren, dass der Verwaltungsrat auch effektiv eine Abstimmung durchführt – insofern besteht eine «Abstimmungsverfolgungspflicht».<sup>35</sup> Wenn sich der Verwaltungsrat weigert die Abstimmung durchzuführen, wird dies einer Abstimmung mit ablehnendem Ergebnis gleichgesetzt, wodurch der Weg zum Gericht nach Art. 697b OR eröffnet wird.<sup>36</sup> Ein bloss

faktisches Unterbleiben ohne Weigerung des Verwaltungsrats genügt hingegen nicht.<sup>37</sup>

4. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs der Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 715a OR) besteht hingegen kein Subsidiaritätserfordernis. Aktionäre, die ebenfalls ein Mitglied des Verwaltungsrats stellen, sind somit nicht verpflichtet, zunächst zu versuchen, über dieses Mitglied an die begehrten Informationen zu gelangen.<sup>38</sup> Der Auskunftsanspruch nach Art. 715a OR dient als Instrument zur Wahrnehmung der Führungs- und Leitungsfunktion<sup>39</sup> und ist daher – im Gegensatz zum «Informationsrecht» der Aktionäre nach Art. 697 OR – umfassend ausgestaltet und erfasst auch Geschäftsgeheimnisse. Dies ist unproblematisch, da die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 717 Abs. 1 OR einer Treue- und damit Geheimhaltungspflicht unterliegen. Eine Weitergabe von Informationen kann deshalb aber sowohl strafrechtlich relevant sein und widerspräche überdies dem Grundsatz der informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre.

#### b. Prozessuales

Die gesuchstellenden Aktionäre sind verpflichtet, in ihren Rechtsbegehren den Gegenstand der Sonderprüfung möglichst genau zu skizzieren. Da die Sonderprüfung ein Mittel der Informationsbeschaffung ist, muss sie auf die Ermittlung konkreter Tatsachen (Art. 697a Abs. 1 OR spricht von der Abklärung «bestimmte[r] Sachverhalte») und nicht auf eine rechtliche Beurteilung (z.B. Vorliegen einer Pflichtverletzung) oder ein Werturteil abzielen.<sup>40</sup> Aufgrund der latenten Informationsasymmetrie sind allzu hohe Anforderungen an den Konkretisierungsgrad und die sprachliche Präzision aber verfehlt, da die Aktionäre regelmässig nur Vermutungen über die gesellschaftsinternen Vorgänge anstellen können.<sup>41</sup> Dementsprechend müssen auch eher offene Fragen zulässig sein, solange sie noch der Ermittlung für die Ausübung der Aktionärsinteressen relevanter Tatsachen dienen. Unzulässig sind demgegenüber *fishing expeditions*, d.h. Fragen zu reinen Ausforschungszwecken zu stellen, in der Hoffnung, dabei auf eine Rechtsverletzung zu stossen, von welcher der Gesuchsteller keine Kenntnis hatte.<sup>42</sup> Als Beispiel für als zulässig angesehene Fragen kann auf zwei jüngere Entscheide des Bundesgerichts verwiesen werden.<sup>43</sup>

<sup>30</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 84; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 2 (m.w.H.).

<sup>31</sup> Vgl. BGE 133 III 133, E. 3.2. Andernfalls müsste ein Aktionär stets sämtliche vorgängig von anderen Aktionären gestellten Fragen wiederholen, was keinerlei Mehrwert generieren, sondern vielmehr dem Charakter des Gesellschaftsspiels «Ich packe meinen Koffer» entsprechen würde.

<sup>32</sup> ROLF WATTER, Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 1993, 117–125, 123; BÖCKLI (FN 9), § 16 N 31; BGE 138 III 246, E. 3.3.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 133 III 133, E. 3.2.

<sup>34</sup> BGE 133 III 133, E. 3.2 (m.w.H.).

<sup>35</sup> BGE 138 III 246, E. 3.3.

<sup>36</sup> BÖCKLI (FN 9), § 16 N 38; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 31; BGE 138 III 246, E. 3.3.

<sup>37</sup> BGE 138 III 246, E. 3.3.

<sup>38</sup> BGE 133 III 133, E. 3.3.

<sup>39</sup> BGE 133 III 133, E. 3.3.

<sup>40</sup> BGE 138 III 252 (= Pra 101 (2012) Nr. 109), E. 3.1.

<sup>41</sup> BÖCKLI (FN 9), § 16 N 41.

<sup>42</sup> BGE 138 III 252 (= Pra 101 (2012) Nr. 109), E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013, E. 7.2.1.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013, SV B; Urteil des Bundesgerichts 4A\_260/2013 vom 6. August 2013, SV B.



Die Gesuchsteller müssen in ihrem Gesuch glaubhaft machen, dass die Organe (oder Gründer) «Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben» (Art. 697b Abs. 2 OR). Das Beweismass ist somit zugunsten der Gesuchsteller reduziert, um den Schwierigkeiten bei der Informationsbeschaffung Rechnung zu tragen: Das Gericht muss mithin nicht völlig überzeugt sein, dass eine die Gesellschaft schädigende Gesetzes-/Statutenverletzung erfolgt ist, sondern es genügt, dass zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht.<sup>44</sup> Trotz dieser Beweislastentlastung genügt es aber nicht, «*que l'actionnaire ne fasse qu'affirmer ou soupçonner, sans aucun indice sérieux, pour entraîner une mesure aussi lourde que le contrôle spécial qui instaure un climat de méfiance à l'intérieur de la société [...]. Le requérant doit rendre vraisemblable que le comportement ou l'omission des organes a violé une disposition légale ou statutaire précise en indiquant en quoi consiste cette violation*»<sup>45</sup>. Hinsichtlich der Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht an der Generalversammlung gelangt das Regelbeweismass zur Anwendung.<sup>46</sup>

Wie erwähnt ist das Recht auf gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers als Minderheitenrecht ausgestaltet: Nur Aktionäre, die (alleine oder zusammen) mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens CHF 2 Mio. vertreten, sind berechtigt, ein Gesuch zu stellen (Art. 697b Abs. 2 OR). Dieses Quorum umschreibt die Aktivlegitimation und muss nicht nur bei Einreichung des Gesuchs, sondern auch im Zeitpunkt des gerichtlichen Entscheids über die Einsetzung des Sonderprüfers gegeben sein.<sup>47</sup> Sofern somit ein Teil der gesuchstellenden Aktionäre den Antrag während des Verfahrens zurückzieht, führt dies zur Abweisung des Gesuchs,<sup>48</sup> wodurch die Gesuchsteller kostenpflichtig werden (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers muss schliesslich innert dreier Monate nach der Generalversammlung rechtshängig gemacht werden.<sup>49</sup> Zuständig ist auch hier das Gericht am Sitz der Gesellschaft, wobei das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt und damit das Schlichtungsverfahren entfällt.<sup>50</sup> Im Kanton Zürich ist – streitwertunabhängig – der Einzelrichter des Handelsgerichts zuständig.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> BGer 4A\_129/2013, E. 8.1.

<sup>45</sup> BGE 138 III 252 (= Pra 101 (2012), Nr. 109), E. 3.1.

<sup>46</sup> BGE 140 III 610, E. 4.3.3.

<sup>47</sup> BGE 133 III 180, E. 3.1 ff.; BSK OR II-WEBER, Art. 697b N 2.

<sup>48</sup> Siehe dazu etwa DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 20), Art. 236 N 11.

<sup>49</sup> Bei der dreimonatigen Frist nach Art. 697b Abs. 1 OR handelt es sich um eine Verwirklichungsfrist (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE120283-O vom 27. Dezember 2012, in: ZR 112/2013 Nr. 2, E. 5.4.5), weshalb für die Fristberechnung die gleichen Grundsätze wie bei Art. 706a Abs. 1 OR gelten.

<sup>50</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO und Art. 198 lit. a ZPO.

<sup>51</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG ZH.

## 2. Gesuch auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR)

### 2.1 Materielles

Art. 699 Abs. 3 OR gibt Aktionären, die (zusammen) mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten, das Recht, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen; Aktionäre, die Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Mio. vertreten, haben das Recht, die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands zu verlangen. Statutarisch können diese Schwellenwerte herabgesetzt, nicht aber erhöht werden.<sup>52</sup>

Die mit der Aktienrechtsrevision 1992 eingeführte Regelung der Einberufung und Traktandierung erfreute sich in der Literatur besonderer Beliebtheit; entsprechend zahlreich sind die Publikationen zu den Auslegungsvarianten dieser Bestimmung. Zunächst wird vorgebracht, das Einberufungsrecht müsse das Traktandierungsrecht sachlogisch miteinschliessen, da ein Einberufungsbegehren ohne Nennung eines konkreten Verhandlungsgegenstands (mit Beschlussantrag) sinnbefreit – und überdies rechtsungültig – wäre.<sup>53</sup> Dementsprechend stünde Aktionären, die 10 % des Aktienkapitals vertreten, sowohl das Einberufungs- wie das Traktandierungsrecht zu. Dieser Auffassung hat sich das Bundesgericht jüngst explizit angeschlossen.<sup>54</sup> Ein Teil der Lehre will umgekehrt auch das Einberufungsrecht in das Traktandierungsrecht einschliessen, womit einem Aktionär bei Überschreiten eines Schwellenwerts beide Rechte zustünden.<sup>55</sup> Diese Auffassung lässt sich jedoch weder auf den Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte von Art. 699 Abs. 3 OR abstützen.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hat klar zwischen Einberufungs- und Traktandierungsrecht unterschieden. Dies unter Berücksichtigung, dass die Traktandierung eines zusätzlichen Verhandlungsgegenstands für eine geplante Generalversammlung weniger Kosten verursacht als die Einberufung einer – i.d.R. ausserordentlichen – Generalversammlung. Da das Einberufungsrecht logisch die Traktandierung zumindest eines Verhandlungsgegen-

<sup>52</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 22 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 35 N 46.

<sup>53</sup> Vgl. BRIGITTE TANNER, Neuerungen für die Beschlussfassung in der Generalversammlung, AJP 1992, 765–773, 767; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 73; VON DER CRONE (FN 4), § 5 N 101; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 23 N 26 f.; FORSTMOSER (FN 5), 117 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 23.

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 2.3; vgl. auch die Besprechung des Urteils von CHRISTIAN LEISINGER, Einberufung einer GV auf Verlangen von Minderheitsaktionären: Berechtigte und gerichtlicher Prüfungsumfang, GesKR 2016, 116–119.

<sup>55</sup> BÖCKLI (FN 9), § 12 N 61 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; URS BERTSCHINGER, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 2001, 901–907, 902.

<sup>56</sup> Vgl. dazu etwa STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 432 (insb. Fn. 1852).

stands einschliessen muss, ist das Traktandierungsrecht als im Einberufungsrecht enthalten anzusehen, nicht aber umgekehrt. Das Einberufungs- wie das Traktandierungsrecht ist schriftlich gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen, wobei bezüglich der traktandierten Verhandlungsgegenstände jeweils ein Antrag zu stellen ist (Art. 699 Abs. 3 OR).<sup>57</sup>

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, wie sich bei börsenkotierten Namenaktien eine allfällige Prozentvinkulierung nach Art. 685d Abs. 1 OR auf das Einberufungsrecht auswirkt.<sup>58</sup> Sofern ein Aktionär bei börsenkotierten Aktien den für die Prozentvinkulierung massgeblichen Grenzwert überschreitet, ist er mit den über dem Schwellenwert liegenden Aktien als «Aktionär ohne Stimmrecht» ins Aktienbuch einzutragen (Art. 685f Abs. 3 Satz 1 OR). Die entsprechenden Aktien gelten in der Generalversammlung als «nicht vertreten» (Art. 685f Abs. 3 Satz 2 OR). Da der Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR von vertretenem Aktienkapital spricht, schliesst ein grösserer Teil der Lehre daraus, dass bei der Ermittlung des Schwellenwerts für die Einberufung nur die «Aktien mit Stimmrecht» mitzuzählen sind.<sup>59</sup> Demgegenüber vertritt die Minderheitsmeinung die Auffassung, dass gemäss dem Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR einzig auf die Kapitalbeteiligung abzustellen ist, weshalb es keine Rolle spielen kann, ob den Aktien in der Generalversammlung ein Stimmrecht zukomme.<sup>60</sup> Letztere Auffassung verdient aus folgenden Gründen Zustimmung: Der Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR besteht unverändert seit 1936 und damit lange vor Einführung des heute geltenden, differenzierten Vinkulierungssystems, welches erst mit der Aktienrechtsrevision von 1992 eingeführt wurde.<sup>61</sup> Die Wendung «vertreten» ist deshalb als Synonym für «repräsentieren» zu verstehen.<sup>62</sup> Zudem will Art. 699 Abs. 3 OR offensichtlich auf die Kapitalbeteiligung abstellen, weshalb die Frage, ob den Aktien (an der Generalversammlung) auch das Stimmrecht zukommt, nicht

entscheidend sein kann. Der Zweck der Vinkulierung ist gerade nicht, dass Minderheitenrechte eingeschränkt werden, sondern dass eine gewisse Streuung der Stimmkraft erhalten bleibt.<sup>63</sup> Diesem Zweck ist genüge getan, wenn der einberufende Aktionär in der anschliessenden Generalversammlung in Einklang mit Art. 685f Abs. 3 OR nur mit den «Aktien mit Stimmrecht» stimmen kann. Schliesslich bringt die Prozentvinkulierung eine Ausnahme vom System der Bemessung der Stimmkraft nach Kapitalbeteiligung (Art. 692 Abs. 1 OR) mit sich und ist somit – als Ausnahmebestimmung – im Zweifel nicht extensiv zu verstehen.<sup>64</sup>

Sofern der Verwaltungsrat einem Begehren um Einberufung einer Generalversammlung «nicht binnen angemessener Frist» entspricht, kann der Aktionär beim zuständigen Gericht um Anordnung der Einberufung ersuchen (Art. 699 Abs. 4 OR). Die Beurteilung, ob eine Frist als «angemessen» erscheint, ist eine Ermessensfrage und wird vom Gericht nur mit eingeschränkter Kognition (Willkür) überprüft.<sup>65</sup> Das Gericht wird letztlich nur dann einschreiten, wenn sich der Verwaltungsrat komplett weigert oder sich von sachfremden Argumenten leiten lässt. Bei der Beurteilung wird im Einzelfall zu prüfen sein, welcher Zeitraum für die Vorbereitung der Generalversammlung erforderlich ist, was insbesondere von der Grösse der Gesellschaft bzw. des Aktionärskreises und der Komplexität des Traktandums abhängt. Generell wird in der Lehre ein Zeitraum von vier bis sechs bzw. fünf bis acht Wochen als angemessen erachtet.<sup>66</sup> Bei der Berücksichtigung der konkreten Umstände sollte der Verwaltungsrat auch in die Abwägung einbeziehen dürfen, ob eine Generalversammlung ungefähr innerhalb des genannten Zeitraums stattfindet.<sup>67</sup> Sofern der Verhandlungsgegenstand nicht aufgrund Dringlichkeit keinen Aufschub duldet, ist es deshalb als zulässig anzusehen, das Einberufungsbegehren dadurch umzusetzen, dass der Verhandlungsgegenstand auf die Traktandenliste der bereits geplanten Generalversammlung gesetzt wird.

Der Vorentwurf sieht vor, dass die Gesuchsteller vom Gericht die Einberufung verlangen können, sofern der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innerhalb von 60 Tagen entspricht (Art. 699 Abs. 5 VE-OR 2014). Diese absolute Frist dürfte zwar eine gewisse Rechtssicherheit mit sich bringen, ist u.E. aber nicht restlos geglückt: Zunächst ist nicht klar, ob innerhalb dieser Frist von

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser Voraussetzung des Beschlussantrags auch das vor kurzem publizierte Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE150143-O vom 6. August 2015, in: ZR 115/2016 Nr. 1, E. 4.4.

<sup>58</sup> In der Praxis wurde diese Frage im Fall der Valora Holding AG aktuell, welche ein Einberufungsgesuch der GoldenPeaks Capital mit dem Argument ablehnte, dass die Gruppe um diese zwar über gut 11 % des Aktienkapitals verfüge, zufolge der Prozentvinkulierung als Gruppe aber nur im Umfang von 5 % als Aktionär mit Stimmrecht eingetragen sei/würde; vgl. Schattenboxen der Valora mit Investoren, NZZ vom 1. November 2007, 23.

<sup>59</sup> Vgl. PETER NOBEL, Formelle Aspekte der Generalversammlung: Einberufung, Zulassung, Abstimmung, in: Druey/Forstmoser (FN 5), 19–45, 25; BÖCKLI (FN 9), § 12 N 72 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 44 N 217 f.; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 51.

<sup>60</sup> BERTSCHINGER (FN 55), 902; DIETER DUBS, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2008, N 62; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 13.

<sup>61</sup> Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, 823 ff.

<sup>62</sup> So wohl auch DUBS (FN 60), N 61. Vgl. sodann BERTSCHINGER (FN 55), 902, der zwischen «vertretenen» und «vertretbaren» Aktienstimmen differenzieren will.

<sup>63</sup> GL.M. BERTSCHINGER (FN 55), 902.

<sup>64</sup> Vgl. statt vieler: BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 15.

<sup>65</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.1.

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.2 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 16; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 23 N 24.

<sup>67</sup> So wohl auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 23 N 24. BÖCKLI (FN 9), § 12 N 72 ff., hält aufgrund des Aufwands für die Vorbereitung einer Generalversammlung gerade bei grösseren Gesellschaften eine Sperrfrist von 40 bis 50 Tagen für angebracht.

60 Tagen die Generalversammlung effektiv stattfinden muss, oder ob es genügt, dass der Verwaltungsrat lediglich erklärt, dem Ersuchen nachkommen zu wollen. Bei der ersten Auslegungsvariante wäre die 60-Tage-Frist bei kotierten Gesellschaften (aufgrund der erheblichen Vorbereitungszeit für eine Generalversammlung<sup>68</sup>) jedenfalls zu kurz bemessen. Die zweite Auslegungsvariante würde dem Verwaltungsrat – wie soeben skizziert – sachgerechterweise ermöglichen, das Einberufungsbegehren angemessen umzusetzen, dabei aber die wohl problematischen Konstellationen nicht ausreichend adressieren: Kritisch erscheinen u.E. nämlich nicht die Fälle, in welchen der Verwaltungsrat sich entscheidet, die Einberufung als Traktandierung für die ordentliche Generalversammlung zu behandeln, sondern vielmehr die Gesellschaften, welche über Jahre keine ordentliche Generalversammlung durchführen.

Obwohl gemäss Wortlaut von Art. 699 Abs. 4 OR genau besehen nur die Einberufung gerichtlich durchgesetzt werden könnte, will die Lehre neben der «Einberufungsklage» auch eine «Traktandierungsklage» zulassen.<sup>69</sup> Es ergibt sich jedoch bereits aus dem Grundsatz des Anspruchs auf Realerfüllung (Art. 98 OR), dass eine solche Durchsetzung des Anspruchs auf Traktandierung möglich sein muss.

## 2.2 Prozessuales

Die Zuständigkeit zur Beurteilung eines Gesuchs um Einberufung einer Generalversammlung liegt beim Gericht am Sitz der Gesellschaft, wobei das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt und damit das Schlichtungsverfahren entfällt.<sup>70</sup> Bei einem Streitwert<sup>71</sup> von mindestens CHF 30'000 ist im Kanton Zürich das Handelsgericht zuständig.<sup>72</sup>

Hinsichtlich der Kognition ist zu bemerken, dass das Gericht bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs i.S.v. Art. 699 Abs. 4 OR dieses nur auf formelle Fragen hin untersucht: Der Richter hat nur zu prüfen, ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt worden ist, dem innert angemessener Frist nicht nachgekommen wurde.<sup>73</sup> Das Einberufungsgesuch wird keiner materiellen Prüfung unterzogen, da dieses eine rein formelle Massnahme darstellt.<sup>74</sup> Der Entscheid des Gerichts bindet denn auch weder die Generalversammlung noch

ein Gericht, bei welchem ein an der auf richterliche Anordnung hin einberufenen Generalversammlung gefasster Beschluss anschliessend angefochten wird.<sup>75</sup> Ob an der Generalversammlung überhaupt gültige Beschlüsse gefasst werden (können), ist somit vom «Einberufungsrichter» nicht zu prüfen. Einzig bei Fällen offenbaren Rechtsmissbrauchs ist die Einberufung zu verweigern.<sup>76</sup> Hinsichtlich der Aktionärsstellung ist sodann die materielle Berechtigung an den Aktien entscheidend, welche allenfalls von der formellen Legitimation (Vorlage der Aktienzertifikate bzw. Eintrag im Aktienbuch) abweichen kann.<sup>77</sup>

Bezüglich des Einberufungsverfahrens lassen sich dem Wortlaut von Art. 699 Abs. 4 OR, wonach «der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen» hat, keine klaren Anhaltspunkte entnehmen. Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, der Richter dürfe nur den Verwaltungsrat zur Einberufung verpflichten, nicht aber selbst die Einberufung vornehmen.<sup>78</sup> Wenngleich sachliche Gründe (Kenntnis der Aktionäre bzw. deren Adressen) dafür sprechen können, dass das Gericht die Einberufung nicht direkt vornimmt, sondern den Verwaltungsrat dazu anhält, sollte – gemäss dem offenen Wortlaut von Art. 699 Abs. 4 OR – dem Gericht ein gewisser Spielraum zuerkannt werden, welches Vorgehen sachlich gerechtfertigt bzw. verhältnismässig erscheint. Entsprechend hat es das Bundesgericht bereits als zulässig angesehen, einen unabhängigen Dritten (z.B. Notar oder eine Revisionsstelle) mit der Einberufung zu betrauen,<sup>79</sup> oder die Generalversammlung direkt durch das Gericht einzuberufen.<sup>80</sup> Bei der Formulierung des Rechtsbegehrens ist deshalb insbesondere zu berücksichtigen, ob eine Kooperationsbereitschaft der einberufenden Person besteht. Wenn dies nicht der Fall ist, empfiehlt sich, die Vornahme der Einberufung durch einen unabhängigen Dritten zu beantragen. Diese Aufgabe kann – unabhängig davon, ob eine notarielle Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse notwendig

<sup>68</sup> Vgl. die Nachweise in FN 67.

<sup>69</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 33 f.

<sup>70</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO und Art. 198 lit. a ZPO.

<sup>71</sup> Vgl. zur Frage der Bestimmung des Streitwerts einer solchen Klage die Ausführungen in FN 20.

<sup>72</sup> Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH.

<sup>73</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 3.1 (m.w.H.); BGE 112 II 145, E. 2a.

<sup>74</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 3.1.

<sup>75</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 3.1.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 3.1.

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_507/2014 und 4D\_73/2014 vom 15. April 2015, E. 5.3 ff.

<sup>78</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 23 N 35; so wohl auch ZK-TANNER, Art. 699 OR N 65.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_507/2014 und 4D\_73/2014 vom 15. April 2015, E. 5.10; sowie, ohne diese Frage letztlich materiell zu behandeln, Urteil des Bundesgerichts 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, E. 7.

<sup>80</sup> BGE 132 III 555 (= Pra 96 (2007) Nr. 44), E. 3.4.3.2 f.

ist – von einem Notar<sup>81</sup> oder auch einer unabhängigen Revisionsstelle übernommen werden.<sup>82</sup>

### 3. Klagemöglichkeiten und -risiken

Der VE-OR 2014 sieht beim Auskunftsrecht der Aktionäre eine Anpassung vor, indem Aktionäre nichtkotierter Gesellschaften dem Verwaltungsrat zweimal pro Jahr schriftlich Fragen stellen können (Art. 697 Abs. 2 VE-OR 2014). Sodann sollen die Schwellenwerte, welche zur Anordnung einer Sonderprüfung (neu «Sonderuntersuchung») bzw. Einberufung einer Generalversammlung berechtigen, angepasst werden: Bei kotierten Gesellschaften sollen dafür neu 3 % des Aktienkapitals oder der Stimmen erforderlich sein, bei nicht-kotierten Gesellschaften 10 % des Aktienkapitals und der Stimmen (Art. 697d Abs. 1 und Art. 699 Abs. 3 VE-OR 2014). Die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen zu verlangen soll bei kotierten Gesellschaften mit 0,25 % des Aktienkapitals oder der Stimmen, bei nicht-kotierten Gesellschaften mit 2,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen möglich sein.

Da die dargestellten Mitwirkungsrechte in der Praxis ihren Zweck zu erfüllen vermögen, ist es positiv, dass sich der Vorentwurf auf die Änderung von Nuancen beschränkte. Freilich werden in der Praxis Auskunftsbegehren häufig nicht detailliert beantwortet, was letztlich eine Konsequenz der fehlenden Treuepflicht des Aktionärs ist. Da die Aktionäre aber die Möglichkeit haben, eine Sonderprüfung zu veranlassen, stellt die bestehende gesetzliche Konzeption die wohl bestmögliche Lösung des Dilemmas der Kollision des Informationsbedürfnisses der Aktionäre mit dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft dar.

Die skizzierte Herabsetzung der Schwellenwerte, welche zur Anordnung einer Sonderprüfung, Einberufung einer Generalversammlung bzw. Traktandierung von Verhandlungsgegenständen berechtigen, ist ebenfalls begrüssenswert. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Abschaffung des absoluten Grenzwerts von CHF 1 Mio., der bei Gesellschaften mit einem Aktienkapital von weniger als CHF 1 Mio., welche die überwiegende Mehrheit ausmachen,<sup>83</sup> nie erreicht werden konnte. Erfreulicherweise stellt der vorgeschlagene Wortlaut

von Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 und Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR 2014 sodann klar, dass die Überschreitung der Schwellenwerte entweder durch die Kapital- oder Stimmrechtsbeteiligung erreicht werden kann, womit der unter II.2.1 skizzierte Lehrstreit über die Auswirkung einer Prozentvinkulierung auf das Recht zur Einberufung einer Generalversammlung bzw. Durchführung einer Sonderprüfung entschieden wird. Diesbezüglich sind unseres Erachtens aber gewisse Zweifel bezüglich der Schwellenwerte bei kotierten Gesellschaften am Platz. Aufgrund der Grösse derartiger Gesellschaften ist die Durchführung einer Sonderprüfung wie die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden. Unter Berücksichtigung der Regelung in der EU<sup>84</sup> scheint deshalb überlegenswert, die Schwellenwerte nach Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 und Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR 2014 von 3 % auf 5 % anzuheben.

## III. Klassische Trias der materiellen Aktienrechtsklagen

### 1. Vorgehen gegen Gesellschaftsbeschlüsse

#### 1.1 Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 f. OR)

##### a. Sachlegitimation

Zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung aktivlegitimiert ist (i) jeder Aktionär (Art. 706 Abs. 1 OR), (ii) der Verwaltungsrat als Organ (Art. 706 Abs. 1 OR), sowie (iii) der Partizipant (Art. 656a Abs. 2 i.V.m. Art. 706 Abs. 1 OR). Passivlegitimiert ist die Gesellschaft (Art. 706 Abs. 1 OR), welche durch den Verwaltungsrat vertreten wird, sofern dieser nicht selbst klagt (Art. 706a Abs. 2 OR *e contrario*).

Die Aktivlegitimation kommt dem Aktionär unabhängig davon zu, ob er an der GV teilgenommen hat.<sup>85</sup> Sie muss aber in jedem Fall im Zeitpunkt der Klageeinleitung (sowie des Urteils) vorliegen, weshalb ein Aktionär, der seine Aktien nach der GV verkauft, mit dem Verkauf auch seine Anfechtungsberechtigung verliert, währenddem der Erwerber mit den Beteiligungsrechten zugleich auch

<sup>81</sup> Gemäss § 1 lit. a Ziff. 1 des Zürcher Notariatsgesetzes vom 9. Juni 1985 (LS 242), wonach die Errichtung öffentlicher Urkunden möglich ist, sofern dies «von den Parteien gewünscht wird», kann ein Generalversammlungsbeschluss auch dann beurkundet werden, wenn keine Formvorschriften gelten.

<sup>82</sup> Hinsichtlich einer Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Vornahme der Einberufung (bzw. der Abhaltung der Generalversammlung) ist zu berücksichtigen, dass diesem gegenüber, bei Weigerung, nur indirekter Zwang (Strafandrohung nach Art. 292 StGB bzw. Ordnungsbusse; vgl. Art. 343 Abs. 1 lit. a–c ZPO) ausgeübt werden könnte.

<sup>83</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 9), § 12 N 66.

<sup>84</sup> So sieht Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften vor, dass der Schwellenwert für das Traktandierungsrecht max. 5 % des Aktienkapitals betragen darf. Da die Traktandierung zusätzlicher Verhandlungsgegenstände mit weniger Aufwand verbunden ist, scheint es angezeigt, den Schwellenwert für mit grösserem Aufwand verbundene Angelegenheiten, wie etwa die Einberufung einer Generalversammlung oder die Durchführung einer Sonderprüfung, nicht darunter anzusetzen.

<sup>85</sup> BGE 99 II 55, E. 1; BGE 74 II 41, E. 4a.



das Anfechtungsrecht bezüglich bereits ergangener Beschlüsse erwirbt.<sup>86</sup>

### b. Anfechtungsgrund

Die Anfechtungsgründe sind beispielhaft in Art. 706 Abs. 2 OR aufgezählt. Offensichtliche Fälle sind dabei die Verletzung von Gesetz und/oder Statuten, wobei sich diese Rechtsmängel auf den Inhalt sowie das Zustandekommen der Beschlüsse der Generalversammlung beziehen können.<sup>87</sup> In jedem Fall muss es sich um eine effektive und eindeutige Gesetzes- oder Statutenverletzung handeln,<sup>88</sup> weshalb beispielsweise bedeutungslose Ordnungswidrigkeiten (z.B. der falsch geschriebene Name des Verwaltungsratspräsidenten) keine Anfechtbarkeit begründen.<sup>89</sup> Bezieht sich die Gesetzesverletzung auf Verfahrensfehler, kommt die Anfechtbarkeit nur in Betracht, wenn diese Mängel für den Beschluss kausal waren.<sup>90</sup> Immerhin ist die Kausalität in Analogie zu Art. 691 Abs. 3 OR zu vermuten, womit die Beweislast für das Fehlen der Kausalität bei der Gesellschaft liegt.<sup>91</sup> Dass nicht jeder Verfahrensfehler zur Anfechtung führen kann, zeigt folgendes Beispiel:

*A, B, C und D haben die X. AG gegründet, wobei sie je 25 % der Aktien halten. Alsdann haben sie ihre Aktien in ein Aktionärskonsortium (einfache Gesellschaft) eingebracht. Das Verhältnis zwischen A und den übrigen Konsortialen verschlechterte sich mit der Zeit zusehends. Für eine Generalversammlung bestellten B, C und D einen gemeinsamen Vertreter i.S.v. Art. 690 Abs. 1 OR. Im GV-Protokoll wurde jedoch festgehalten, dass nur 75 von 100 Aktien anwesend waren. A, welcher an der Generalversammlung nicht teilgenommen hatte, ficht die GV-Beschlüsse nun an und verlangt Feststellung der Nichtigkeit bzw. Ungültigkeitserklärung mittels Anfechtungsklage. Da sich die «Aktionäre» offenbar selbst für Gesellschafter hielten, gleichzeitig aber ein gemeinsamer Vertreter i.S.v. Art. 690 Abs. 1 OR bestellt wurde, leidet die Beschlussfassung an einem formellen Mangel. Weil B, C und D jedoch ohne Weiteres korrekt einen gemeinsamen Vertreter hätten bestellen können, welcher alsdann 100 % des Aktienkapitals vertreten hätte, war der Mangel nicht kausal für den Beschluss.<sup>92</sup>*

Neben den Fällen der Rechtsverletzung ergibt sich der Hauptanwendungsbereich der Anfechtungsklage jedoch erst bei genauer Berücksichtigung ihres Zwecks. Die Generalversammlung ist, zufolge des Unmittelbarkeitsprinzips, der einzige Ort der Willensbildung und Entscheidungsfindung der Aktionäre.<sup>93</sup> Dementsprechend prallen dort die Interessen der verschiedenen Aktionärsgruppen aufeinander, woraus aufgrund der kapitalbezogenen Struktur der Aktiengesellschaft und des geltenden Mehrheitsprinzips der (potenzielle) Konflikt zwischen den Mehrheitsaktionären und den Minderheitsaktionären resultiert. Das Schweizer Aktienrecht versucht diesen Konflikt auszugleichen, indem die Mehrheit zwar über die generellen Fragen der Ausgestaltung der Gesellschaft entscheiden kann, der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung bei der Geschäftsführung aber die Minderheitsaktionäre nicht ohne sachlichen Grund benachteiligen dürfen (relatives Gleichbehandlungsgebot; Art. 717 Abs. 2 OR). Der Konflikt Mehrheit vs. Minderheit und damit die Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen reduziert sich somit – neben den offensichtlichen Fällen der Gesetzes-/Statutenverletzung – auf die Frage, ob die Mehrheit ihre Stimmenmacht missbräuchlich verwendet. Dies umschreibt das Aktienrecht in den Ziff. 2 und 3 von Art. 706 Abs. 2 OR mit dem «in unsachlicher Weise» erfolgenden Entzug oder Beschränkung von Aktionärsrechten bzw. «einer durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte[n] Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre».

Wie das Bundesgericht bereits verschiedentlich ausgeführt hat, ist die Frage der Zweckmässigkeit oder Angemessenheit eines Beschlusses kein Anfechtungsgrund. Besonders prägnant ist diesbezüglich der Weltwoche-Entscheid:

*«[...] der Richter [hat] nicht frei zu entscheiden [...], was der Aktiengesellschaft und den Aktionären nützt. Wie er in den Fällen, in denen das Gesetz oder die Statuten gewisse Beschlüsse dem Ermessen der Generalversammlung anheimstellen, nicht berufen ist, sie auf Angemessenheit hin zu überprüfen, sondern sie nur aufheben darf, wenn sie willkürlich sind [...], hat er auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 ZGB nicht weitergehende Befugnisse; insbesondere darf er das Gesetz nicht auf dem Umweg über diese Bestimmung ändern. Auf eine solche Änderung laufen die Begehren der Klägerin aber hinaus, da damit ein vom Gesetz nicht vorgesehener Schutz der Minderheit verlangt wird. Beschlüsse, die im Sinne der erwähnten Rechtsprechung «den Rahmen vernünftiger Überlegungen nicht willkürlich sprengen», können inhaltlich nicht offenbar rechtsmissbräuchlich sein.*

*Das Gebot schonender Rechtsausübung, das die Klägerin und ihre Rechtsberater aus Art. 2 und 737 Abs. 2 ZGB ableiten, ändert nichts. [...] Mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft der Aktionär sich bewusst dem Wil-*

<sup>86</sup> BÖCKLI (FN 9), § 16 N 104; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 5.

<sup>87</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 25 N 2; BÖCKLI (FN 9), § 16 N 110.

<sup>88</sup> BGE 117 II 290, E. 6a.

<sup>89</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 188.

<sup>90</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 191; BÖCKLI (FN 9), § 12 N 506; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 25 N 18; a.M.: URS SCHENKER, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 17–48, 38 f.

<sup>91</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 25 N 18; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 9b; zweifelnd: KNOBLOCH (FN 56), 130 f.

<sup>92</sup> Beispiel in Anlehnung an das Urteil des Bundesgerichts 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, besprochen bei: ALEX DOMENICONI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 2009, 223–233.

<sup>93</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 5 N 1; BGE 67 I 342, E. 3.

len der Mehrheit und anerkennt, dass diese auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft und ihre eigenen Interessen unter Umständen denjenigen der Gesellschaft und einer Minderheit vorgehen lässt [...]. Inwieweit die Mehrheitsaktionäre die Minderheit schonen können, ohne gegen die eigenen Interessen und jene der Gesellschaft zu handeln, ist zudem eine Frage des Ermessens. Der Richter darf nur einschreiten, wenn die Mehrheitsaktionäre die Macht, die ihnen Art. 703 OR einräumt, im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheitsaktionäre offensichtlich missbraucht haben.»<sup>94</sup>

Abgesehen von Fällen der Gesetzes-/Statutenverletzung kann eine bloss wirtschaftliche Ungleichbehandlung – als Folge einer an sich legitimen, d.h. im Rahmen des zulässigen Ermessens befindlichen, Stimmrechtsausübung – somit keine Anfechtbarkeit begründen. Das Mehrheitsprinzip (Art. 703 OR) geht diesbezüglich vor. Der gesetz- und statutenkonform zustande gekommene Generalversammlungsbeschluss wird denn auch grundsätzlich abschliessend durch das Verfahren legitimiert.<sup>95</sup> Eine Schranke besteht einzig dort, wo in rechtlich geschützte Positionen eingegriffen wird. Diesen «Schutzmechanismen» – auch als «aktienrechtliche Grundprinzipien» bezeichnet –, kommt der Charakter von (ungeschriebenen) Rechtsnormen zu, deren Verletzung somit ebenfalls einen Rechtsmangel darstellt.<sup>96</sup>

Im Einklang mit diesen Ausführungen ergibt eine Konsultation der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Anfechtungsklagen einzig bei Vorliegen einer Rechtsverletzung gutgeheissen wurden: In BGE 132 III 707 lag eine Verletzung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR vor, da diese Bestimmung gemäss Bundesgericht nicht nur bei der Beschlussfassung der Generalversammlung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, sondern auch bei der Wahl des Vertreters der Gesellschaft zu beachten ist. In BGE 138 III 204 hielt das Bundesgericht fest, Art. 732a Abs. 1 OR sei verletzt, wenn durch eine «Harmonika» die Überschuldung nicht vollständig beseitigt werden kann und den Aktionären in diesem Zusammenhang unvollständige Informationen über weitere Sanierungsmassnahmen präsentiert werden.

### c. Prozessuales

#### ca. Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist – im internationalen Verhältnis sogar zwingend – das Gericht am Sitz der Gesellschaft.<sup>97</sup> Bei einem Streitwert von über CHF 30'000 kommt das ordentliche Verfahren zu Anwendung, wobei im Kan-

ton Zürich diesfalls das Handelsgericht zuständig ist.<sup>98</sup> Bei Streitwerten bis CHF 30'000 liegt die Zuständigkeit beim Einzelrichter des Bezirksgericht und es gilt das vereinfachte Verfahren.<sup>99</sup> Aus dem Charakter der Gestaltungsklage folgt, dass selbst die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ausnahmsweise aufschiebende Wirkung hat.<sup>100</sup>

Die Streitwertbemessung richtet sich bei Gestaltungsklagen entweder nach dem Wert des Vermögensvorteils des Klägers oder dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, das mit der durch die Klage beantragten Rechtsgestaltung betroffen wird.<sup>101</sup> Die Anfechtung von Kapitalerhöhungsbeschlüssen kann dementsprechend einen erheblichen Streitwert haben, was sich auch auf die Kautionspflicht<sup>102</sup> des Klägers auswirkt.<sup>103</sup>

#### cb. Frist

Die Anfechtungsklage unterliegt einer Verwirklichungsfrist<sup>104</sup> von zwei Monaten nach der Generalversammlung (Art. 706a Abs. 1 OR). Das Aktienrecht wählt somit einen prozeduralen Ansatz, als nach Ablauf der Anfechtungsfrist – abgesehen von Fällen der Nichtigkeit – auch an Mängeln leidende Beschlüsse *de facto* geheilt werden.<sup>105</sup>

#### cc. Rechtsschutzinteresse

Das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ist eine allgemeine Prozessvoraussetzung.<sup>106</sup> Bei der Anfechtungsklage besteht insofern eine Besonderheit, als dass der Aktionär nicht zwingend eigene Interessen wahren muss, sondern es vielmehr genügt, wenn er die Interessen der Gesellschaft oder anderer Aktionäre wahren will.<sup>107</sup>

<sup>94</sup> BGE 99 II 55, E. 4.b.

<sup>95</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 197 und N 174.

<sup>96</sup> Vgl. VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 189; BÖCKLI (FN 9), § 16 N 117.

<sup>97</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 22 Nr. 2 LugÜ i.V.m. Art. 151 Abs. 1 IPRG.

<sup>98</sup> Art. 219 i.V.m. Art. 243 ZPO und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH. Diesbezüglich ist zu vermerken, dass bis zu einem Streitwert von (bis und mit) CHF 30'000 das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 1 ZPO; vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [FN 20], Art. 243 N 4 f. [m.w.H.]). Da ein vereinfachtes Verfahren vor Handelsgericht ausgeschlossen ist (Art. 243 Abs. 3 ZPO) und die Regeln über die Verfahrensart der sachlichen Zuständigkeit vorgehen (BGE 139 III 457, E. 4.4.3.3), ist § 44 lit. b. GOG ZH insofern bundesrechtswidrig, als – ausserhalb des Anwendungsbereichs der summarischen Verfahren – das Handelsgericht bereits bei einem Streitwert von (exakt) CHF 30'000 zuständig wäre. Dementsprechend ist § 44 lit. b GOG ZH in diesen Fällen bundesrechtskonform auszulegen und so zu lesen, dass das Handelsgericht erst ab einem CHF 30'000 übersteigenden Streitwert zuständig ist.

<sup>99</sup> Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. a GOG ZH.

<sup>100</sup> Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG.

<sup>101</sup> STEIN-WIGGER (FN 20), Art. 91 N 16 (m.w.H.).

<sup>102</sup> Vgl. Art. 98 ZPO.

<sup>103</sup> Auf das Problem der Kostenrisiken wird unter III.4.1 separat eingegangen.

<sup>104</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2011 vom 7. November 2011, E. 5.1 (m.w.H.).

<sup>105</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 185.

<sup>106</sup> Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.

<sup>107</sup> BGE 122 III 279 (= Pra 86 (1997) Nr. 72), E. 3a (m.w.H.).

cd. Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage?

Zu Kontroversen Anlass gibt demgegenüber das Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage. Das Bundesgericht geht diesbezüglich in den meisten Entscheiden von einer Subsidiarität der Anfechtungsklage aus.<sup>108</sup> Dieser Grundsatz ist zu hinterfragen: Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage haben unterschiedliche Parteien, Prozessvoraussetzungen und Streitgegenstände.<sup>109</sup> Ob im Einzelfall nun Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage erhoben werden soll, ist somit unter Berücksichtigung des Klageziels abzuwägen.

## 1.2 Nichtigkeitsklage

### a. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von GV-Beschlüssen (Art. 706b OR)

Das Aktienrecht zählt die Fälle der Nichtigkeit von GV-Beschlüssen in Art. 706b Ziff. 1–3 OR beispielhaft auf, wobei im Wesentlichen die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz übernommen wurde.<sup>110</sup> Im Schrifttum herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass die Bestimmung «verunglückt» ist, weshalb drei Kategorien entwickelt wurden, in welchen die Nichtigkeit von GV-Beschlüssen bejaht wird:<sup>111</sup>

1. *Rechtsetzung in Verstoß zu zwingendem Gesellschaftsrecht*: Diese Fallgruppe wird vom Gesetzeswortlaut in Ziff. 1 («andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken») bzw. Ziff. 3 («Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten») nur undeutlich wiedergegeben. Die Begründung der Nichtigkeit ergibt sich letztlich aus dem Charakter der zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts und – damit verbunden – dem Grundsatz des *numerus clausus*: Ein Generalversammlungsbeschluss, der gesellschaftsinternes Recht setzen will, welches die zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts verletzt, kann nicht durch Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist *de facto* geheilt werden.<sup>112</sup>
2. *Verstoß gegen Kapitalschutzbestimmungen im Einzelfall*: Dieser in Ziff. 3 wiedergegebene Nichtigkeitsgrund erschliesst sich ebenfalls aus der Konzeption von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage. Da die Bestimmungen zum Kapitalschutz auch die nicht-anfechtungsberechtigten Gläubiger schützen, muss diesen im konkreten Einzelfall die Geltendmachung

entsprechender Verstöße mittels Nichtigkeitsklage offenstehen.<sup>113</sup>

3. *Nicht-Beschlüsse*: In diese Fallgruppe fallen einerseits Beschlüsse der Generalversammlung, die nicht in ihren Kompetenzbereich fallen (Missachtung der «Grundstrukturen der Aktiengesellschaft» i.S.v. Ziff. 3), sondern beispielsweise zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats i.S.v. Art. 716a OR gehören. Andererseits sind Beschlüsse hierunter zu subsumieren, die Verfahrensvorschriften in derart krasser Weise verletzen, dass gar kein Generalversammlungsbeschluss im eigentlichen Sinn vorliegt;<sup>114</sup> z.B. Durchführung einer Universalversammlung, an der nicht alle Aktionäre anwesend waren, oder Nichteinladung eines Teils der Aktionäre.<sup>115</sup> Diesbezüglich sollte die Abgrenzung von Anfechtbar- und Nichtigkeit danach vorgenommen werden, ob der formelle Fehler die fristgerechte Anfechtung gerade verunmöglicht. Wenn dies der Fall ist, begründet dies die Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse.

Ganz allgemein ist jedoch im Zweifelsfall – insbesondere aus Rechtsicherheitsüberlegungen – auf blosse Anfechtbarkeit zu entscheiden.<sup>116</sup>

### b. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von VR-Beschlüssen (Art. 714 i.V.m. Art. 706b OR)

Art. 714 OR hält fest, dass für Beschlüsse des Verwaltungsrats «sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung» gelten. Es kann somit *mutatis mutandis* auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Gleichzeitig erschliesst sich aus dem Wortlaut von Art. 714 OR, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nicht angefochten werden können. Neben den Fällen der Nichtigkeit steht dem Aktionär somit einzig die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage nach den Art. 752 ff. OR offen.

In der Praxis findet die Nichtigkeitsklage nach Art. 714 i.V.m. Art. 706b OR vornehmlich in zwei Konstellationen Anwendung: (i) Kompetenzüberschreitung (z.B. faktische Zweckänderung oder Übertragung der Befugnisse nach Art. 716a OR auf einen Ausschuss) sowie (ii) Ausführungsbeschlüsse zu ungültigen oder nichtigen

<sup>108</sup> Rechtsprechung begründet in BGE 81 II 462, sowie jüngst bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A\_630/2012 vom 19. März 2013; differenzierend hingegen BGE 133 III 453, E. 7.4.

<sup>109</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 9), § 18 N 456.

<sup>110</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 225.

<sup>111</sup> Vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8.

<sup>112</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 216; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 25 N 109.

<sup>113</sup> Vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 16a.

<sup>114</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 217; BÖCKLI (FN 9), § 16 N 174 f.

<sup>115</sup> BGE 137 III 460, E. 3.3.2. Diesbezüglich muss u.E. jedoch – gerade bei kotierten Gesellschaften – die Kausalitätsfrage im Auge behalten werden: Wenn bloss einzelne Aktionäre, deren Teilnahme an der Beschlussfassung nichts geändert hätte, versehentlich nicht eingeladen wurden, vermag dieser Umstand keine Nichtigkeit zu begründen. Aus Rechtssicherheitsüberlegungen kann es beispielsweise nicht sein, dass der Beschluss der Generalversammlung einer kotierten Gesellschaft mit zig Tausenden von Aktionären nichtig ist, weil einem einzigen Aktionär, der nur wenige Aktien hält, die Einladung zur Generalversammlung an die falsche Adresse zugestellt wurde.

<sup>116</sup> BÖCKLI (FN 9), § 16 N 157 f.



Generalversammlungsbeschlüssen.<sup>117</sup> Das Fehlen einer formellen Sitzung des aus einem Mitglied bestehenden Verwaltungsrats oder die fehlender Protokollierung von Verwaltungsratsbeschlüssen vermag jedoch keine Nichtigkeit zu begründen.<sup>118</sup>

### c. Prozessuales

Die Aktivlegitimation steht jedermann zu, der ein Feststellungsinteresse an der Nichtigkeit geltend machen kann; neben den Aktionären somit insbesondere auch den Gläubigern.<sup>119</sup> Passivlegitimiert ist in jedem Fall die Gesellschaft (Art. 706 Abs. 1 OR analog).

Bezüglich der Zuständigkeitsfrage kann *mutatis mutandis* auf die Ausführungen zur Anfechtungsklage verwiesen werden. Einziger Unterschied ist, dass die «Nichtigkeitsklage» eine Feststellungs- und keine Gestaltungs- und keine Beschwerde in Zivilsachen keine aufschiebende Wirkung hätte.<sup>120</sup>

Die Nichtigkeitsklage ist an keine (Verwirkungs-)Frist gebunden. Eine zeitliche Begrenzung kann sich allenfalls aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ergeben. Die Nichtigkeit kann schliesslich – aufgrund der absoluten Geltung – statt durch selbständige Klage auch inzident, mittels Einwendung, geltend gemacht werden.<sup>121</sup>

## 2. Verantwortlichkeitsklage

### 2.1 Rechtsgrundlage

Wenngleich mit dem Begriff «Verantwortlichkeitsklage» i.d.R. die Klage nach Art. 754 OR gemeint ist, existiert eine Vielzahl von Rechtsgrundlagen, welche die Haftung der Organe für fahrlässige oder absichtliche Schädigung der Gesellschaft regeln:

- Haftung für den Emissionsprospekt nach Art. 752 bzw. Art. 1156 Abs. 3 OR (neu: Art. 72 E-FIDLEG)
- Gründungshaftung nach Art. 753 OR
- Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation nach Art. 754 OR
- Revisionshaftung nach Art. 755 OR
- Haftung nach Art. 106 FusG
- Haftung nach Art. 52 AHVG (sowie Art. 52 BVG)

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich jedoch grundsätzlich auf die allgemeine Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 754 OR, sofern sich aus dem Text nicht explizit etwas anderes ergibt.

### 2.2 Anspruchsvoraussetzungen

#### a. Abgrenzung Gesellschaftsschaden vs. direkter Aktionärs-/Gläubigerschaden

Die Abgrenzung zwischen einem direkten und indirekten Schaden eines Aktionärs bzw. Gläubigers ist gemäss geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach der betroffenen Vermögensmasse vorzunehmen:<sup>122</sup> Sofern ein Gläubiger (oder Aktionär) unter Ausschluss jeglichen Schadens der Gesellschaft geschädigt wird, liegt ein direkter Schaden vor; demgegenüber ist ein Gläubiger (oder Aktionär) indirekt geschädigt, wenn er nur deshalb einen Verlust erleidet, weil in erster Linie der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, der sich reflexweise auf die Einbringlichkeit seiner Forderung bzw. den Wert seiner Beteiligung auswirkt.<sup>123</sup>

Wie das Bundesgericht in einem jüngst publizierten Entscheid festgehalten hat, wird für die Frage des Vorliegens eines indirekten Schadens (der Gläubiger bzw. Aktionäre) auf eine Bilanzbetrachtung der (potenziell) direkt geschädigten Gesellschaft abgestellt.<sup>124</sup> Ein «Schaden der Gesellschaft» i.S.v. Art. 756 ff. OR liegt demnach vor, wenn sich eine Handlung negativ auf das Eigenkapital der Gesellschaft auswirkt.<sup>125</sup> Sofern sich – wie bei der Begleichung einer Forderung – durch einen Geschäftsvorgang Aktiven und Verbindlichkeiten im gleichen Umfang reduzieren, das Eigenkapital also nicht tangiert wird, liegt somit kein Gesellschaftsschaden i.S.v. Art. 756 ff. OR vor.

#### b. Geltendmachung eines Gesellschaftsschadens (indirekter Gläubiger-/Aktionärschaden)

Bei einem Gesellschaftsschaden (bzw. einem dadurch bewirkten indirekten Schaden der Gläubiger bzw. Aktionäre) liegt die Anspruchszuständigkeit immer bei der Gesellschaft, die Klageberechtigung kann hingegen variieren:

- Ausserhalb des Konkurses können – neben der geschädigten Gesellschaft selbst – die Aktionäre den Anspruch der Gesellschaft prozessstandschaftlich geltend machen und auf Leistung an die Gesellschaft klagen (Art. 756 Abs. 1 OR).
- Im Konkurs steht die Klageberechtigung für Ansprüche aus einer Schädigung der Gesellschaft primär der Konkursverwaltung zu (Art. 757 Abs. 1 OR). Bei einem Verzicht der Konkursverwaltung sind aber auch

<sup>117</sup> Vgl. BGE 138 III 204, E. 4.2.

<sup>118</sup> Vgl. BGE 133 III 77 (= Pra 96 (2007) Nr. 92), E. 5.

<sup>119</sup> VON DER CRONE (FN 4), § 8 N 215.

<sup>120</sup> Vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG.

<sup>121</sup> BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 5 (m.w.H.); BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 714 N 7 (m.w.H.).

<sup>122</sup> Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung etwa: OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232–249, 235 f.

<sup>123</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.1 f.; BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.1.1 ff.; BGE 141 III 112 (= Pra 104 (2015) Nr. 96), E. 5.2.1 ff.

<sup>124</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>125</sup> BAUM/VON DER CRONE (FN 122), 236 f.



die Aktionäre und Gläubiger zur prozessstandschaftlichen Geltendmachung der Ansprüche berechtigt (Art. 757 Abs. 2 OR). Art. 757 Abs. 2 OR erweist sich somit genau besehen als Anwendungsfall von Art. 260 SchKG,<sup>126</sup> wobei die Bestimmung insofern erforderlich ist, als Aktionäre keine Kollokation ihrer «Forderung» im Konkurs und dementsprechend auch keine Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen können.

Der Umstand, dass es in dieser Konstellation immer um Ansprüche der geschädigten Gesellschaft handelt, wirkt sich in doppelter Hinsicht aus: Einerseits besteht zwischen der Gesellschaft und dem Organ eine vertragliche Beziehung, weshalb nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen jede Verletzung von aktienrechtlichen Bestimmungen (die dieses Rechtsverhältnis konkretisieren) haftungsbegründend ist.<sup>127</sup> Zudem müssen sich u.E. Aktionäre, welche den Organen Décharge erteilt haben, diese Décharge – im gesetzlichen Umfang (vgl. Art. 758 OR) – entgegen halten lassen.<sup>128</sup>

### c. Direkter Gläubiger-/Aktionärsschaden

Die Geltendmachung direkter Gläubiger- bzw. Aktionärsschäden, d.h. Schädigungen im persönlichen Vermögen der genannten Personen, die nicht auf einen Gesellschaftsschaden zurückzuführen sind, unterstehen hingegen folgenden Regeln: Ausser Konkurs unterliegt dieser Anspruch den gewöhnlichen Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung und kann nach den diesbezüglich geltenden Regeln von der geschädigten Person durchgesetzt werden.<sup>129</sup>

Dies gilt grundsätzlich auch im Konkurs, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber nur, solange durch die pflichtwidrige Handlung des Organs nicht auch die Gesellschaft geschädigt wurde.<sup>130</sup> In diesem letzteren Fall

beschränkt das Bundesgericht die Klagemöglichkeit des direkt geschädigten Gläubigers bzw. Aktionärs zugunsten des Anspruchs der Konkursmasse aus Schädigung der konkursiten Gesellschaft: Eine Durchsetzung des direkten Schadens des Gläubigers bzw. Aktionärs ist in dieser Konstellation nur noch möglich, wenn der Kläger seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger bzw. Aktionäre konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann.<sup>131</sup> Das Bundesgericht nimmt hinsichtlich der Schutznormqualität in dieser Konstellation somit eine Triage vor und spricht aktienrechtlichen Normen nur unter qualifizierten Kriterien eine Schutznormqualität zu.<sup>132</sup>

### 2.3 Praxisrelevanz

In der anwaltlichen Praxis zeigen sich bei der Beurteilung von Verantwortlichkeitsfällen namentlich die folgenden Problemkreise bzw. Klagerisiken:<sup>133</sup>

#### a. Problemkreise

##### aa. Starke Zurückhaltung des Verwaltungsrats

Nach der allgemeinen Kompetenzvermutung von Art. 716 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat berechtigt, über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage aus einer Schädigung der Gesellschaft zu entscheiden. Erfahrungsgemäss zeigen Verwaltungsräte jedoch wenig Interesse, gegenwärtige oder frühere Kollegen aus dem Gremium einzuklagen. Einerseits ist mit Prozessen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit regelmässig eine «negative Publicity» verbunden; überdies könnte ein solcher Prozess Gesellschaftsinterna zu Tage fördern, die für den zukünftigen Geschäftsgang negative Folgen haben könnten.<sup>134</sup> Andererseits ist bei der Klage gegen einen bestehenden Verwaltungsrat zu berücksichtigen, dass der – durch den Richter festzusetzende (Art. 759 Abs. 3 OR) – Regressumfang, dem die übrigen, die Gesellschaft vertretenden Verwaltungsräte ausgesetzt wären, nur schwer abschätzbar ist. Sofern die Generalversammlung die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage beschliesst, ist deshalb regelmässig ein Sachwalter (nach altem Erwachsenenschutz- bzw. Vormundschaftsrecht «Prozessbeistand») zu bestellen.<sup>135</sup> Bezüglich Unternehmensverkäufen ist schliesslich zu vermerken, dass regelmässig eine Klausel in Aktienkaufverträge aufge-

<sup>126</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 13.

<sup>127</sup> BGE 110 II 390, E. 2; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 25.

<sup>128</sup> Dies ergibt sich aus der Gesetzessystematik von Art. 756–758 OR, ist aber stark umstritten. Das Bundesgericht geht davon aus, dass es sich beim Anspruch der Gesellschaft im Konkurs um einen «einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit» (vgl. BGE 117 II 432, E. 1.b/ee) handelt, welchem die Décharge nicht entgegen gehalten werden kann (vgl. BGE 132 III 342, E. 4.1). Nach hier vertretener Auffassung können die Aktionäre, welche gemäss Art. 757 Abs. 1 OR ausdrücklich auch im Gesellschaftskonkurs zur Erhebung einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit berechtigt sind (BAUM/VON DER CRONE [FN 122], 238 [Fn. 61]), zwar wie die Gläubiger eine Verantwortlichkeitsklage erheben, müssen sich dabei aber – im Gegensatz zu den Gläubigern – eine erteilte Décharge entgegenhalten lassen. Es kann nicht sein, dass die Aktionäre, welche dem Verwaltungsrat die Décharge erteilt haben, im Konkurs plötzlich besser gestellt werden, indem sie doch wieder Klage erheben können: Art. 758 gilt zufolge der Gesetzessystematik denn auch für die Geltendmachung von Ansprüchen nach Art. 756 wie 757 OR.

<sup>129</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.2; BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.2.1; BGE 141 III 112 (= Pra 104 (2015) Nr. 96), E. 5.2.1.

<sup>130</sup> Vgl. zur Auslegung dieser Einschränkung: BAUM/VON DER CRONE (FN 122), 241 f.

<sup>131</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.2.3; BGE 141 III 112 (= Pra 104 (2015) Nr. 96), E. 5.2.3.

<sup>132</sup> BAUM/VON DER CRONE (FN 122), 239.

<sup>133</sup> Auf das Problem der Kostenrisiken wird unter III.4.1 separat eingegangen.

<sup>134</sup> Siehe dazu etwa: Warum Klagen gegen ehemalige UBS-Manager ausbleiben, NZZ vom 15. Oktober 2010, 23, sowie Klageverzicht trotz Erfolgchancen, NZZ vom 15. Oktober 2010, 25 («Unter dem Strich war [...] der Entscheid gegen eine Klage im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre zwingend»).

<sup>135</sup> Vgl. BGE 132 III 707, E. 1.2.

nommen wird, worin sich die Käufer verpflichten, auf die Inanspruchnahme der vormaligen Verwaltungsräte zu verzichten.

#### ab. Informationsasymmetrie

Aktionäre, die sich überlegen, gegen den Verwaltungsrat einer aufrecht stehenden Gesellschaft eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben, sehen sich – neben den Prozesskosten bzw. der Kautionsleistung – regelmässig mit dem Problem konfrontiert, dass ihnen die für die Substantiierung der Klage erforderlichen Informationen fehlen. Theoretisch könnten derartige, für das Klagefundament notwendige Informationen über tatsächliche Vorgänge mittels der unter II.1. skizzierten Informationsrechte der Aktionäre erhältlich gemacht werden. Da sich derartige Tatsachen aber regelmässig auf den Geschäftsgang beziehen, wird sich die Gesellschaft i.d.R. darauf berufen, dass es sich dabei um dem Geschäftsgeheimnis unterliegende Informationen handelt, bezüglich der die Auskunft verweigert und die überdies auch mittels Sonderprüfung nicht ausfindig gemacht werden können.<sup>136</sup>

#### ac. Umdeutung indirekter in direkte Schäden

Schliesslich sieht man in der Praxis regelmässig, dass Aktionäre oder Gläubiger versucht sind, einen durch den Konkurs der Gesellschaft eingetretenen Reflexschaden als direkten Schaden darzustellen, um diesen direkt einzuklagen zu können.<sup>137</sup> Das Ziel solcher Vorgehensweisen ist offensichtlich: Da bei einer Klage aus direkter Schädigung keine Gleichbehandlung der übrigen Aktionäre/Gläubiger erfolgt, können die Vorteile aus solchen Klagen vollständig «privatisiert» werden. Derartige Vorgehensweisen können jedoch durch korrekte Qualifikation des eingetretenen Schadens und dadurch Bestimmung der anwendbaren Durchsetzungsordnung unterbunden werden.<sup>138</sup>

### b. Beurteilung der Klagerisiken

#### ba. Erhebung praktisch ausschliesslich in Konkursituation

In der Praxis ist festzustellen, dass Verantwortlichkeitsklagen fast ausschliesslich im Konkurs der Gesellschaft erhoben werden. In dieser Situation haben die Aktiven zufolge des Wechsels von der *going-concern*- zur *gone-concern*-Bewertung (Art. 958a Abs. 2 OR) regelmässig nur noch einen Bruchteil ihres Werts, wodurch die Kurrentgläubiger i.d.R. nur noch eine Konkursdividende von wenigen Prozent der ursprünglichen Forderungshö-

he erhalten.<sup>139</sup> Dementsprechend «begehrt» sind in der Konkursituation einbringliche Forderungen wozu – neben einer allfällig noch bestehenden Liberierungsschuld eines Aktionärs – auch allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegen Verwaltungsräte mit «deep pockets» gehören. Zudem fällt die bis zum Konkurs bestehende Informationsasymmetrie insofern weg, als die Konkursverwaltung Einsicht in die Geschäftsbücher/-unterlagen nehmen kann.

Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass die Verantwortlichkeitsklage ausserhalb des Konkurses «bedeutungslos» sei. Das Damoklesschwert, im Konkursfall gegebenenfalls persönlich haftbar zu werden, hat eine verhaltenssteuernde Wirkung auf die Entscheidungsfindung des Verwaltungsrats in der aufrecht stehenden Gesellschaft: Der Verwaltungsrat hat aufgrund des mit dem Eintreten eines Konkurses verbundenen Haftungsrisikos einen erheblichen Anreiz, eine entsprechende Situation zu verhindern. Sodann können im Konkurs auch die Gläubiger auf das Vermögen des Verwaltungsrats greifen, um sich daraus Befriedigung für ihre Forderung zu verschaffen. Dabei besteht eine gewisse Tendenz zur Überinterpretation des Zwecks der Verantwortlichkeitsklage, indem diese als «Korrektiv» zur beschränkten Haftung nach Art. 620 Abs. 2 OR gesehen wird.<sup>140</sup> Dies gilt insbesondere, da die prozessstandschaftlich klagenden Gläubiger von einem allfälligen Verwertungserlös vorgängig profitieren (Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR).

#### bb. Allgemeine Betrachtung der Erfolgchancen

Die Abschätzung der Erfolgchancen einer Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen hängt dabei namentlich von folgenden Faktoren ab:

- *Verletzung von Strafnormen*: Sofern die Pflichtverletzung gleichzeitig den Tatbestand einer Strafnorm erfüllt, ist die adhäsionsweise Geltendmachung entsprechender Ansprüche selbstredend erfolgsversprechend, da die strafrechtliche Verurteilung das Vorliegen einer Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft indiziert.<sup>141</sup> Gleichzeitig zeigt sich, dass die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen nur noch selten erfolgreich ist, wenn in einem strafrechtlichen Verfahren ein Freispruch erfolgt, obwohl nicht jede Pflichtverletzung i.S.d. Verantwortlichkeitsrechts mit einem strafbaren Verhalten gleichzu-

<sup>136</sup> Vgl. Art. 697 Abs. 2 Satz 2 und Art. 697e Abs. 1 Satz 1 OR.

<sup>137</sup> BAUM/VON DER CRONE (FN 122), 246.

<sup>138</sup> Vgl. BAUM/VON DER CRONE (FN 122), 248 f.

<sup>139</sup> Eingehend zu diesem Problem: LUKAS GLANZMANN, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 247–286, 256 ff.

<sup>140</sup> Praktisch routinemässig sehen sich Mitglieder des Verwaltungsrats und Revisionsstellen im Gesellschaftskonkurs denn auch mit Verantwortlichkeitsklagen konfrontiert; vgl. PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht – Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005, Rz. 318.

<sup>141</sup> Vgl. dazu etwa BÖCKLI (FN 9), § 18 N 156g.

setzen ist und insofern rechtlich keine Bindung des Zivilrichters an den Entscheid des Strafrichters besteht.

- *Verletzung von Spezialnormen:* Gerade die Haftung nach Art. 52 AHVG ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung faktisch zu einer Kausalhaftung für die Nichtbezahlung von Arbeitnehmerbeiträgen an die Sozialversicherungen weiter entwickelt worden.<sup>142</sup> Eine (teilweise) Haftungsbefreiung ist nur noch in seltenen Fällen möglich: So etwa wenn in einer finanziellen Krise bei realistischen Sanierungschancen Zahlungen vorübergehend zur Überbrückung eines kurzfristigen Liquiditätsengpasses eingestellt wurden (sog. *business defense*)<sup>143</sup>, oder etwa die zuständige Ausgleichskasse die ausstehenden Beiträge über längere Zeit nicht eingetrieben hat.<sup>144</sup>
- *Bestehen einer D&O-Insurance:* Wenngleich die Vergleichsquote bei Verantwortlichkeitsansprüchen generell hoch ist, wird dies insbesondere begünstigt, wenn eine Organhaftpflichtversicherung (*directors & officers liability insurance*)<sup>145</sup> abgeschlossen wurde und sich die potenziellen Ansprüche auf die Höhe der Versicherungssumme beschränken. Da die Verwaltungsräte in solchen Fällen – ausser eines allfälligen Selbstbehalts – nicht von ihrem eigenen Vermögen zehren müssen, sondern vielmehr eine Versicherung, für die die Prämien bereits entrichtet wurde, die entsprechende Schadenersatzleistung erbringt, ist ein Vergleichsabschluss in solchen Fällen deutlich einfacher (und öfter festzustellen).

Bei Durchsicht der bundesgerichtlichen Praxis zeigt sich, dass ein Grossteil der Verantwortlichkeitsklagen – sei es aus prozessualen oder materiellen Gründen – abgewiesen wird. Dies sollte jedoch nicht zum Schluss verleiten, Verantwortlichkeitsansprüche seien unbedeutend. Vielmehr zeigt sich in der anwaltlichen Praxis, dass eine grosse Zahl der Verantwortlichkeitsfälle vergleichsweise erledigt wird.<sup>146</sup> Die «Dunkelziffer» von Verantwortlichkeitsfällen, welche gar nicht zu einem gerichtlichen Verfahren führen, oder nach dem Schriftenwechsel verglichen werden, dürfte somit erheblich sein.

<sup>142</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 140), Rz. 284; PETER FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 185–233, 230.

<sup>143</sup> Vgl. etwa: BGE 108 V 183, E. 2; BGE 121 V 243, E. 5; Urteil des Bundesgerichts H 195/04 vom 18. Mai 2005, E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts H 92/01 vom 25. September 2002, E. 5.3.3; Urteil des Bundesgerichts 9C\_311/2015 vom 9. Juli 2015, E. 4.2.2.

<sup>144</sup> Vgl. etwa: BGE 122 V 185, E. 3c; Urteil des Bundesgerichts H 200/01 vom 13. November 2001, E. 3b; Urteil des Bundesgerichts H 235/03 vom 2. März 2004, E. 7.

<sup>145</sup> Vgl. dazu HANS CASPAR VON DER CRONE/BENJAMIN BLOCH, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 83–119, 107 ff; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 140), Rz. 249 ff.

<sup>146</sup> Ebenso: FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 140), Rz. 318.

bc. Schutz des Geschäftermessens im Besonderen

Der Schutz des Geschäftermessens durch Gerichte wird regelmässig mit dem Schlagwort der «*business judgment rule*» bezeichnet. Bei dieser *business judgment rule* handelt es sich um ein Institut, welches von den Gerichten des US-Bundesstaates Delaware entwickelt wurde.<sup>147</sup> Sie begründet «*a presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*»<sup>148</sup>. Wie aus dem wohl bekanntesten Entscheid *Smith v. Van Gorkom* deutlich hervorgeht, handelt es sich dabei um eine Beweislastregel.<sup>149</sup> Die *business judgment rule* basiert mithin auf der Erkenntnis der beschränkten Justiziabilität eines unternehmerischen Entscheids<sup>150</sup> und berücksichtigt insbesondere die Problematik der sog. Rückschaufehler (*hindsight bias*).<sup>151</sup> Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein der Schweizer Rechtsordnung völlig unbekanntes Rechtsinstitut: So hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung wiederholt festgehalten, dass dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen<sup>152</sup> und «bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden grundsätzlich Zurückhaltung zu üben ist»<sup>153</sup>.

Im Schweizer Recht werden die Geschäftsführungsent-scheide des Verwaltungsrats – sofern keine besonders normierte Pflicht (z.B. Art. 725 Abs. 2 OR) einschlägig ist – am abstrakten Sorgfaltsmassstab von Art. 717 Abs. 1 OR gemessen. Mangels konkreter Anhaltspunkte gestaltet sich die Beurteilung der Handlungen der Organe regelmässig schwierig, weshalb die *business judgment rule*

<sup>147</sup> Vgl. die beiden durch den Supreme Court of Delaware entschiedenen *leading cases*: *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (1984), und *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>148</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (1984); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985).

<sup>149</sup> «*The rule itself «is a presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company.» [...] Thus, the party attacking a board decision as uninformed must rebut the presumption that its business judgment was an informed one.*»; *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985).

<sup>150</sup> Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass zwischen dem von den Organmitgliedern einzuhaltenden Verhaltensstandard (*prudence or reasonability standard*) und dem durch die Gerichte anzuwendenden Überprüfungsstandard (*rationality standard of review*) ein Unterschied besteht; vgl. MELVIN ARON EISENBERG, The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, *Fordham Law Review* 62 (1993), 437–468, 442 f.

<sup>151</sup> Vgl. VITO ROBERTO/KRISTOFFEL GRECHENIG, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, *ZSR* 2011, 5–26, *passim*; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31c.

<sup>152</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 1981 i.S. X. c. J. Berberat et Henauer SA (in *SemJud* 104 (1982), 221–227), E. 3a: «*Les personnes chargées de la gestion conservent néanmoins un large pouvoir d'appréciation dans l'examen de l'opportunité d'une affaire ou de sa conformité au but statutaire de la société.*»

<sup>153</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.



bisweilen als Allheilmittel gepriesen wird. Die helvetische Rezeption dieses dem Recht des US-Bundesstaates Delaware entliehenen Instituts fokussiert die Überprüfung auf die Korrektheit des Entscheidungsverfahrens, indem sie eine Vielzahl formeller Voraussetzungen aufstellt,<sup>154</sup> deren Vorliegen vom Verwaltungsrat bewiesen werden muss. Diese «Formalisierung» ist – wie auch das Bundesgericht festhält – grundsätzlich positiv zu werten: «[...] in der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Praxis immer wieder zeige, dass formal korrektes Vorgehen eine disziplinierende Wirkung auf die materiellen Aspekte des Entscheidvorgangs habe, was sich positiv auf die Ergebnisqualität auswirke»<sup>155</sup>. Der Grundgedanke ist somit, dass ein sorgfältig durchgeführtes Entscheidungsverfahren vermutungsweise auch zu einem sorgfältigen Entscheid in der Sache führt, womit das Vorgehen der Organe nach dem Massstab von Art. 717 Abs. 1 OR als pflichtgemäss zu erachten ist.

Daraus resultiert jedoch die latente Gefahr, dass Entscheidfindungsprozesse überformalisiert werden, wobei die Entscheidungsfindung – aus einer idealistischen Warte – eher nach dem Prinzip *substance over form* erfolgen sollte. Die gerichtliche Überprüfung des Geschäftsermessens sollte deshalb nicht als rein formelles, sondern vielmehr prozessorientiertes Konzept verstanden werden.<sup>156</sup> Unter Anwälten scheint jedoch bisweilen die Auffassung vorzuherrschen, dass aus der Nichteinhaltung einer formellen Voraussetzung auf die generelle Pflichtwidrigkeit des Entscheids geschlossen werden könne. Dies ginge jedoch klar zu weit.<sup>157</sup> Die Einhaltung der formellen Voraussetzungen muss immer *cum grano salis* geprüft werden. Gerade in Krisensituationen können sich gutgemeinte Bestimmungen des Organisationsreglements, z.B. dass eine Verwaltungsratssitzung mindestens drei Tage im Voraus einberufen werden muss

oder dass nur der Verwaltungsratspräsident eine Sitzung einberufen darf, als problematisch erweisen. Es kann in diesen Fällen offensichtlich nicht sein, dass eine Sitzung, an der schliesslich alle Verwaltungsräte anwesend sind, als form- und damit pflichtwidrig angesehen wird, weil beispielsweise die Einberufung – aufgrund einer akuten Krisensituation – erst einen Tag vor der Sitzung erfolgte, oder weil der Vizepräsident des Verwaltungsrats anstelle des Verwaltungsratspräsidenten die Sitzung einberufen hat, da letzterer in einem Flugzeug sass. Dies gilt in besonderem Masse, da eine derartige Rechtsauffassung den Verwaltungsrat dazu verleiten würde, allfällige Absicherungsstrategien (vollständige Dokumentation) überzugewichten, anstatt dem materiellen Entscheid die volle Aufmerksamkeit zu schenken.<sup>158</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsrat – um die von den Aktionären gewünschte Rendite zu erreichen – stets ein gewisses Risiko eingehen muss.<sup>159</sup> Die Realisation desselben macht ihn aber selbstredend noch nicht *per se* verantwortlich – eine Haftung, weil dem Entscheid das notwendige «Glück» fehlte, ist nicht Sinn und Zweck des Verantwortlichkeitsrechts.<sup>160</sup> Die (eingeschränkte) gerichtliche Überprüfung des Geschäftsermessens bezweckt dementsprechend, dem Verwaltungsrat einen gewissen *safe harbor* einzuräumen, um die Gefahr eines defensiven bzw. risikoaversen Entscheidungsverhaltens zu mindern.<sup>161</sup>

Strittig ist in der Literatur jedoch, ob der Entscheid in der gerichtlichen Beurteilung auch einer inhaltlichen Kontrolle unterzogen werden soll.<sup>162</sup> Dass dies in einem gewissen Umfang der Fall sein muss, ergibt sich aus der Sache selbst: Der Verwaltungsrat kann sich nicht auf das

<sup>154</sup> Dabei ist umstritten, welche Voraussetzungen der Entscheid im Einzelnen erfüllen muss, um als «sound business judgment» zu gelten. Siehe dazu etwa: ANDREA R. GRASS, *Business Judgment Rule*, Diss. Zürich 1998, 108 ff.; ALEXANDER NIKITINE, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide*, Diss. Zürich 2007, 162 ff. (= SSHW 226); BÖCKLI (FN 9), § 13 N 584; KLAUS J. HOPT, *Die business judgment rule – Ein sicherer Hafen für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und der Schweiz*, in: Waldburger et al. (Hrsg.), *Law & Economics*, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 217–234, 223 ff.; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 140), Rz. 146 ff.; ROLF SETHE, *Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich/Basel/Genf 2014, 165–201, 171; HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*, GesKR 2012, 607–627, 616 ff.

<sup>155</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2 *in fine*. So bereits: HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick*, ZSR Beiheft 43 (2006), 47.

<sup>156</sup> VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 155), 47; BÖCKLI (FN 9), § 18 N 403; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a.

<sup>157</sup> Gl.M.: BÖCKLI (FN 9), § 18 N 403.

<sup>158</sup> Vgl. etwa: BÖCKLI (FN 9), § 13 N 593a, und FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 140), Rz. 151, welche beide die Gefahr eines *box ticking* hervorheben.

<sup>159</sup> Prägnant: «Shareholders can diversify the risks of their corporate investments. Thus, it is in their economic interest for the corporation to accept in rank order all positive net present value investment projects available to the corporation, starting with the highest risk adjusted rate of return first. Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse. Shareholders' investment interests, across the full range of their diversifiable equity investments, will be maximized if corporate directors and managers honestly assess risk and reward and accept for the corporation the highest risk adjusted returns available that are above the firm's cost of capital.»; Gagliardi v. Trifoods International, Inc., 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996).

<sup>160</sup> BÖCKLI (FN 9), § 13 N 586.

<sup>161</sup> HOPT (FN 154), 221.

<sup>162</sup> Dafür etwa: BÖCKLI (FN 9), § 13 N 591a; GRASS (FN 154), 129 f.; NIKITINE (FN 154), 145 ff.; DANIEL BRUGGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden*, SZW 2013, 178–189, 185 ff. Deziert dagegen etwa: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, *Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts*, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, 287–318, 309 ff.; JOACHIM FRICK, *Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts*, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 509–521, 517 ff.



Verfahren der Entscheidungsfindung fokussieren und den materiellen Entscheid dann willkürlich treffen. So erwähnt der bereits eingangs erwähnte *leading case Smith v. Van Gorkom* denn auch, dass «*under the business judgment rule there is no protection for directors who have made an unintelligent or unadvised judgment*»<sup>163</sup>. Die inhaltliche Überprüfung des Entscheids darf jedoch nicht auf eine Beurteilung des Entscheids *ex post* hinauslaufen, da dadurch die Problematik der Rückschaufehler, welche durch die (eingeschränkte) gerichtliche Überprüfung des Geschäftsmessens gerade möglichst ausgeschlossen werden sollte, wieder hervorgerufen und das Ziel, dem Verwaltungsrat einen gewissen *safe harbor* einzuräumen, unterlaufen würde. Vielmehr muss sich die inhaltliche Überprüfung darauf beschränken, dass die Frage gestellt wird, ob der Geschäftsentscheid gestützt auf die im Entscheidungszeitpunkt – unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (Druck-/Krisensituation)<sup>164</sup> – verfügbaren Informationen nicht als unvertretbar zu qualifizieren ist.<sup>165</sup> Der Überprüfungsstandard läuft somit nicht auf eine umfassende Verhaltens- bzw. Ermessenskontrolle hinaus. Vielmehr hat sich das Gericht auf eine Vertretbarkeitsprüfung zu beschränken und – abgesehen von Fällen der Gesetzesverletzung – einzig bei nicht mehr vertretbaren bzw. offensichtlich unvernünftigen<sup>166</sup> Entscheiden einzugreifen.

Der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist denn auch zu entnehmen, dass in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob der zu beurteilende Geschäftsentscheid «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess»<sup>167</sup> zustande gekommen ist. Hinsichtlich des Prüfungsumfanges ist dabei zu unterscheiden: Die Fragen, ob der Entscheid im Gesellschaftsinteresse und frei von Interessenkonflikten getroffen – mithin die Treuepflicht i.S.v. Art. 717 Abs. 1 OR eingehalten – wurde, können die Gerichte frei prüfen.<sup>168</sup> Hinsichtlich der Frage, ob der Entscheid auf einer angemessenen Informationsgrundlage gefällt bzw. alle zumutbaren Abklärungen unternommen wurden, scheint das Bundesgericht demgegenüber bereits einen eingeschränkten Überprüfungsmaßstab anlegen zu wollen. So setzte es in einem Entscheid, welcher das Handeln des Verwaltungsrats beim Kauf von Dieselöl in Russland betraf,

hohe Anforderungen an die Hypothese, es hätten potenziell zusätzliche Abklärungsmöglichkeiten bestanden.<sup>169</sup> Daraus ist zu schliessen, dass Gerichte nicht leichthin annehmen dürfen, es hätten weitere Informationen beschafft werden können. Vielmehr müssen dafür klare Indizien vorliegen bzw. von den Parteien dargetan werden, dass die Informationsbasis nicht angemessen war und zumutbarerweise hätte erweitert werden können. In der Entscheidungssituation muss der Verwaltungsrat somit nur – aber immerhin – diejenigen (zusätzlichen) Abklärungen vornehmen, welche aufgrund der sich bietenden Informationslage naheliegend sind.

Sofern das Gericht bei der Prüfung des Entscheidungsprozesses zum Schluss kommt, dass dieser korrekt abgelaufen ist, hat es bei der Prüfung des fraglichen Entscheids alsdann Zurückhaltung zu üben: Eine Pflichtverletzung liegt dann, wie vorstehend skizziert, nur vor, wenn es sich bei dieser Informationslage um einen nicht mehr vertretbaren Geschäftsentscheid handelt.<sup>170</sup> Es ist somit nicht danach zu fragen, ob der Entscheid unter mehreren Alternativen als beste Handlungsoption erscheint, sondern lediglich, ob der Entscheid im Rahmen des noch Vertretbaren liegt. Sofern die Anforderungen an den Entscheidungsprozess hingegen nicht erfüllt werden, mithin dieser nicht uneingeschränkt als sorgfältig erachtet werden kann, ist der Entscheid frei bzw. umfassend zu überprüfen. Als dann reicht es aus, «*dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation [...] als fehlerbehaftet erscheint, ohne dass etwa zu prüfen wäre, ob er bei einer Abwägung von Chancen und Risiken aus damaliger Sicht dennoch als richtig erscheint*»<sup>171</sup>.

## 2.4 Prozessuales

Beweisrechtlich gilt grundsätzlich das Regelbeweismass: Der Kläger hat mithin den vollen Beweis für das Vorliegen der die Verantwortlichkeit auslösenden Tatbestandselemente zu erbringen (Art. 8 ZGB). Verschiedene Punkte können jedoch faktisch zu einer Beweislasteichterung führen: so etwa die Schätzung des nicht bezifferbaren Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR, der Beweis der sorgfältigen Vorbereitung des Entscheids (Herstellung der Vermutungsbasis der *business judgment rule*) durch die Organe, oder der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Kausalität.<sup>172</sup>

Hinsichtlich der Zuständigkeit ist folgendes zu bemerken: Im nationalen Verhältnis ist alternativ das Gericht am Wohnsitz des beklagten Organs oder am Sitz der Gesellschaft zuständig (Art. 40 ZPO). Da es sich dabei nicht

<sup>163</sup> Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985).

<sup>164</sup> Dies scheint auch das Bundesgericht berücksichtigen zu wollen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2011, E. 3.3.

<sup>165</sup> BGE 139 III 24, E. 3.2; BÖCKLI (FN 9), § 18 N 591b; FORSTMOSE (FN 142), 225.

<sup>166</sup> Vgl. den Hinweis in Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2.

<sup>167</sup> BGE 139 III 24, E. 3.2; Bestätigt etwa in Urteil des Bundesgerichts 4A\_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>168</sup> Vgl. etwa BGE 139 III 24, E. 3.2 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.1 ff.

<sup>169</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_626/2013 vom 8. April 2014, E. 6.3 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_626/2013 vom 8. April 2014, E. 7.

<sup>171</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1.

<sup>172</sup> VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 155), 58 ff.

um einen zwingenden Gerichtsstand handelt, ist eine Gerichtsstandsvereinbarung (z.B. in den Statuten) zulässig (Art. 17 ZPO). Im internationalen Verhältnis ist zu differenzieren: Während unter dem IPRG dasselbe Konzept wie im Binnenverhältnis gilt (Art. 151 IPRG), ist im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens umstritten, ob der Vertrags- oder Deliktgerichtsstand zur Anwendung kommt. Ursprünglich wurde in Lehre und Rechtsprechung von einer durch die Verwaltungsräte «freiwillig eingegangenen Verpflichtung» und damit einem vertraglichen Anspruch i.S.v. Art. 5 Nr. 1 LugÜ ausgegangen.<sup>173</sup> Diesbezüglich ist nach der neusten Rechtsprechung des EuGH – der die Schweiz gemäss Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ «gebührend Rechnung» zu tragen hat – aber auf den Schwerpunkt der Pflichtverletzung abzustellen: Verantwortlichkeitsansprüche zufolge Weiterführung einer überschuldeten/unterkapitalisierten Gesellschaft stellen danach Ansprüche aus «einer unerlaubten Handlung oder einer Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder Ansprüche aus einer solchen Handlung» i.S.v. Art. 5 Nr. 3 LugÜ dar.<sup>174</sup>

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist im Kanton Zürich bei einem Streitwert über CHF 30'000 das Handelsgericht (im ordentlichen Verfahren) zuständig;<sup>175</sup> bei Streitwerten bis CHF 30'000 liegt die Zuständigkeit beim Bezirksgericht im vereinfachten Verfahren i.S.v. Art. 243 ff. ZPO.<sup>176</sup>

### 3. Durchsetzung der Kapitalschutzbestimmungen

Die Trias der materiellen Aktionärsklagen wird komplettiert durch zwei Instrumente, welche die Durchsetzung der Kapitalschutzbestimmungen des Aktienrechts bezwecken: die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR und das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR. Da die Rückerstattungsklage bereits Gegenstand einer unlängst an unserem Lehrstuhl entstandenen Publikation<sup>177</sup> war, in welcher insbesondere auch das Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage, zur Anfechtungsklage und zum Verbot der Einlagerückgewähr beleuchtet wurde, sei an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

## 4. Beurteilung der Kosten- bzw. Klagerisiken

### 4.1 Kostenrisiken

Eine Anfechtungs-, Nichtigkeits-, Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsklage kann in der Praxis schnell einen enormen Streitwert aufweisen. Da die Gutheissung der Anfechtungsklage *erga omnes* wirkt (Art. 706 Abs. 5 OR), ist gemäss Praxis des Bundesgerichts das Gesamtinteresse massgeblich,<sup>178</sup> d.h. das Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Beschlüsse.<sup>179</sup> So kann etwa die Anfechtung einer Kapitalerhöhung einer kotierten Gesellschaft ohne Weiteres einen Streitwert von über CHF 100 Mio. haben. Auch bei Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsklagen liegt der Streitwert rasch einmal im Millionenbereich. Für den Kläger ergeben sich somit erhebliche Kostenrisiken, insbesondere da er bei einem Klageerfolg diesen regelmässig nicht für sich behalten kann: Bei der Anfechtungsklage sowie bei Klagen, welche auf Leistung an die Gesellschaft lauten (vgl. Art. 678 Abs. 3 und Art. 756 Abs. 1 OR), profitiert der Kläger nur im Umfang seiner prozentualen Beteiligung an der Gesellschaft von seinen Anstrengungen. Dementsprechend sah das Aktienrecht bis zum Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung vor, dass der Richter die Verfahrenskosten bei einer Klageabweisung «nach Ermessen» auf den Kläger und die Gesellschaft verteilen kann (vgl. Art. 706a Abs. 3 aOR und Art. 756 Abs. 2 aOR).

Mit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurden diese Bestimmungen – gemäss Botschaft – als «überflüssig» erachtet, da der heutige Art. 107 ZPO eine Kostenverteilung «nach Ermessen» zulässt.<sup>180</sup> In der Lehre wurde dies – trotz klarem Wortlaut der Botschaft – jedoch abgelehnt, da Art. 107 Abs. 1 ZPO nur die Kostenverteilung «unter den Parteien» regle.<sup>181</sup> Dieser Auffassung hat sich jüngst das Bundesgericht angeschlossen, wengleich der Wille des Gesetzgebers etwas gar schnell zur Seite geschoben wurde.<sup>182</sup> *De lege lata* bestehen so-

<sup>173</sup> Vgl. von der Crone (FN 4), § 8 N 207.

<sup>174</sup> BGE 133 III 368 (= Pra 97 (2008) Nr. 5), E. 1.3.2.

<sup>175</sup> Botschaft ZPO (BBl 2006 7221, 7298): «Die Billigkeitsnorm von Artikel 105 [heutiger Art. 107 ZPO] erlaubt es, im materiellen Bundesrecht verstreute Einzelregelungen aufzuheben, so betreffend die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft (Art. 706a Abs. 3 OR) oder die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 756 Abs. 2 OR).»

<sup>176</sup> Vgl. etwa: David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 20), Art. 107 N 24; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 15a; sowie Böckli (FN 9), § 18 N 232a, der von einer «Fehlleistung der Gesetzgebung» spricht.

<sup>177</sup> BGE 141 III 426, E. 2.3: «Weder der Wortlaut von Art. 107 ZPO noch seine systematische Stellung im Gesetz als Ausnahmebestimmung im Anschluss an den in Art. 106 ZPO statuierten Grundsatz, dass die Kosten unter den Verfahrensparteien nach dem Erfolgsprinzip verteilt werden, erlauben den Schluss, dass diese Ausnahmebestimmung auch als Grundlage für eine Kostenaufgabe an einen Dritten herangezogen werden kann. Anhaltspunkte dafür lassen sich ebenso wenig den Gesetzesmaterialien entnehmen.» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>173</sup> Vgl. statt vieler: Paul Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2011, Art. 5 N 26.

<sup>174</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juli 2013 i.S. Östergötlands Fastigheter AB vs. Frank Koot/Evergreen Investments BV, Rechtssache C-147/12, Rz. 60.

<sup>175</sup> Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH (vgl. zur Auslegung dieser Bestimmung die Ausführungen in FN 98).

<sup>176</sup> Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. a GOG ZH.

<sup>177</sup> Hans Caspar von der Crone/Yves Mauchle, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW2015, 199–208.

mit für einen Aktionär, der eine der skizzierten Klagen der «klassischen Trias» erheben will, erhebliche Kostenrisiken, welche prohibitiv wirken: Ein Kläger wird sich nur in sehr aussichtsreichen Fällen überlegen, eine Klage anzustrengen, da in den übrigen Fällen das Kostenrisiko der Option «voice» gegenüber der Option «exit» nicht vertretbar ist.<sup>183</sup> Es ist deshalb zu hoffen, dass trotz des Umstands, dass der Bundesrat die Klage auf Kosten der Gesellschaft nicht weiterverfolgen will, die Bestimmung von Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> ZPO gemäss VE-OR 2014<sup>184</sup> – in angepasster Form – ins positive Recht aufgenommen wird.

Nach hier vertretener Auffassung sollte eine derartige spezifische Kostenverteilungsregel, wonach die Verfahrenskosten von der Gesellschaft zu übernehmen sind, sowohl für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen, wie auch für sämtliche Klagen, welche auf Leistung an die Gesellschaft lauten, zur Anwendung gelangen. Bei der Anfechtungs- wie Nichtigkeitsklage erschliesst sich dies daraus, dass beide vom Interesse an der Integrität der gesellschaftsinternen Beschlussfassung getragen sind.<sup>185</sup> Bei den auf Leistung an die Gesellschaft lautenden Klagen ist dies sehr ähnlich, da der klagende Aktionär in diesen Fällen eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Handlungen der Gesellschaftsorgane bezweckt. Zwar vermag der Aktionär durch diese Leistungsklagen zumindest indirekt einen Vermögensvorteil zu erzielen, da bei einer Leistung an die Gesellschaft auch der Wert seiner Beteiligung zunimmt. Sofern der Aktionär jedoch nicht über eine erhebliche Beteiligung an der Gesellschaft verfügt, vermögen diese potenziellen finanziellen Vorteile das Kostenrisiko nicht aufzuwiegen.<sup>186</sup> Sodann werden Aktionäre, welche über eine Beteiligung verfügen, welche eine Klagerhebung nicht bereits aufgrund des Missverhältnisses zwischen Risiko und Ertrag ausschliesst, regelmässig selbst oder durch Vertreter an der Geschäftsführung beteiligt sein und dementsprechend kein Interesse an einer solchen Klage haben. Sowohl die Anfech-

tungs- wie Nichtigkeitsklage, als auch die auf Leistung an die Gesellschaft lautenden Klagen weisen deshalb Ähnlichkeit zur Produktion eines öffentlichen Guts auf. Dementsprechend scheint es angezeigt, die Kosten bzw. die Finanzierung derartiger Verfahren der Gesellschaft zuzuweisen, da sämtliche Aktionäre letztlich von derartigen Anstrengungen profitieren können.<sup>187</sup> Selbstverständlich muss dabei eine Art Schutzmechanismus vorgesehen werden, um nicht querulatorischem Vorgehen Vorschub zu leisten.<sup>188</sup> Es scheint jedoch wichtig, dass die Kosten standardmässig (*default rule*) von der Gesellschaft übernommen werden, der Richter davon aber – mit entsprechender Begründung – zulasten des Klägers abweichen kann. Gleichzeitig sollte für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen bzw. gesellschaftsrechtlichen Klagen, welche auf Leistung an die Gesellschaft lauten, die Pflicht zur Kautionsleistung (Art. 98 und 99 ZPO) aufgehoben werden. Eine entsprechende Regelung der Prozesskostenverteilung könnte etwa folgendermassen lauten:<sup>189</sup>

*Art. 107a ZPO Verteilung bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten*

*<sup>1</sup> Bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen (Art. 706 und 706b OR) sowie bei gesellschaftsrechtlichen Klagen, welche auf Leistung an die Gesellschaft lauten, hat die Gesellschaft die Prozesskosten zu tragen, auch wenn sie nicht als Partei am Verfahren beteiligt war.*

*<sup>2</sup> Sofern die klagende Partei aufgrund der Sach- und Rechtslage keinen begründeten Anlass zur Klage hatte, kann das Gericht die Prozesskosten, soweit sie nicht zufolge anderer Umstände durch die Gesellschaft zu tragen sind, nach Ermessen ganz oder teilweise der klagenden Partei auferlegen.*

Wie bereits vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung soll diese spezifische Kostenverteilungsregel jedoch nicht auf im Konkurs der Gesellschaft erhobene Klagen zur Anwendung gelangen.<sup>190</sup> Im Konkurs rechtfertigt sich nämlich eine Privilegierung des Klägers, wie sie vorstehend skizziert wurde, nicht: Nach Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR ist im Konkurs primär die Konkursverwaltung zur Geltendmachung von Verantwortlichkeits-

<sup>183</sup> Grundlegend zu den Handlungsalternativen «exit» und «voice»: ALBERT O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge MA/London 1970, *passim*. Spezifisch zum aktienrechtlichen Kontext sodann: MARKUS RUFFNER, *Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft*, Zürich/Basel/Genf 2000, 358; PETER FORSTMOSER, *Exit oder Voice? – Das Dilemma institutioneller Investoren*, in: Bucher et al. (Hrsg.), *Norm und Wirkung*, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 785–822, 786.

<sup>184</sup> Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> ZPO gemäss VE-OR-2014 lautet: «Das Gericht kann die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten und nicht auf Kosten der Gesellschaft zugelassen wurden (Art. 697k OR), nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen.»

<sup>185</sup> Dies wird namentlich beim Rechtsschutzinteresse der Anfechtungsklage deutlich, da es genügt, dass der anfechtende Aktionär Interessen der Gesellschaft wahren will (vgl. III.1.1cc).

<sup>186</sup> So weist auch RUFFNER (FN 183), 175, darauf hin, dass selbst grössere Aktionäre nicht über optimale Anreize zur Ausübung ihrer mit den Aktien verbundenen Rechte verfügen.

<sup>187</sup> Siehe zur Frage der Finanzierung öffentlicher Güter etwa HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., Berlin 2012, 600.

<sup>188</sup> Wie etwa bei Art. 105 Abs. 3 FusG, wo eine Abweichung von der Kostentragung durch die Gesellschaft möglich ist, «wenn besondere Umstände es rechtfertigen». Zu dieser Bestimmung sind denn auch bereits verschiedene Entscheide ergangen (vgl. etwa BGE 135 III 603 sowie BGE 137 III 577), weshalb an die entsprechende Rechtsprechung angeknüpft werden könnte.

<sup>189</sup> Ähnlich bereits: PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts: mit einem ausgearbeiteten Gesetzesentwurf für eine Revision des 26. Titels des Obligationenrechtes «Die Aktiengesellschaft» und Erläuterungen*, Zürich/Basel/Genf 2004, 215 f. und 233.

<sup>190</sup> So sah Art. 756 Abs. 2 OR die Möglichkeit zur Überwälzung der Kosten eines Verantwortlichkeitsprozesses nur bei aufrecht stehender Gesellschaft vor.



ansprüchen aufgrund einer Schädigung der Gesellschaft berechtigt. Auf die Geltendmachung dieser Ansprüche darf die Konkursverwaltung nur verzichten, wenn sie die Erfolgchancen einer entsprechenden Klage als gering erachtet – beurteilt sie die Aussichten als gut, muss sie grundsätzlich den Anspruch geltend machen, damit alle Gläubiger am Prozesslös gleichermaßen partizipieren können. Sofern sich Aktionäre bzw. Gläubiger das Klagerecht nach Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 260 SchKG abtreten lassen, erhalten sie für ihren Effort die Aussicht, sich vorab aus dem Erlös einer allfälligen Klage Befriedigung verschaffen zu dürfen. Die Eingehung des Klage-/Prozessrisikos wird demzufolge mit der Aussicht auf eine Prämie vergütet. Eine Tragung der Prozesskosten durch die Konkursmasse im Falle des Unterliegens wäre mit dem gewährten Privileg der vorgängigen Befriedigung aus dem Erlös einer Klage nicht vereinbar: Diesfalls war die Annahme der Konkursverwaltung über den Verfahrensausgang (und damit der Entscheid nicht zu klagen) richtig.

#### 4.2 Klagerisiken

Wie ausgeführt zeigt sich in der Praxis, dass Anfechtungsklagen einzig bei einer Rechtsverletzung Erfolgchancen haben. Bei Nichtigkeitsklagen bedarf es sodann eklatanter Rechtsverletzungen, da der Anwendungsbezug der Klage nach Art. 706b OR zufolge der Tendenz zur Vermutung blosser Anfechtbarkeit eingeschränkt ist. Beides erscheint jedoch unproblematisch und ist im Gegenteil positiv hervorzuheben: Gesellschaftsstatuten haben einen vertragsähnlichen Charakter,<sup>191</sup> weshalb den Aktionären bei der Ausgestaltung der gesellschaftsinternen Ordnung – abgesehen von zwingenden Bestimmungen – möglichst weitgehende Freiheit zukommen soll.<sup>192</sup> Der Richter soll deshalb nur bei offensichtlichen Gesetzesverletzungen in die gesellschaftsinterne Beschlussfassung eingreifen.

Die gleichen Überlegungen gelten *mutatis mutandis* auch für die Verantwortlichkeitsklage. Es ist zwar zutreffend, dass Verantwortlichkeitsklagen aus einer Schädigung der Gesellschaft ausserhalb des Konkurses nur sehr selten erhoben werden. Da die Aktionäre diese Organe aber selbst gewählt haben (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), ist zu berücksichtigen, dass diese somit grundsätzlich die Möglichkeit hatten, vorgängig zu bestimmen, wie sich die strategische Unternehmensführung zusammensetzt. Sodann ist Sinn und Zweck des Verantwort-

lichkeitsrechts nicht, unternehmerischen Misserfolg zu sanktionieren, sondern vielmehr dort einzugreifen, wo die Verhaltensstandards bei der Entscheidungsfindung nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen haben. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder gerade dazu eingestellt werden, in gewissem Umfang Risiken einzugehen,<sup>193</sup> ist die in der Praxis zu beobachtende Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen bei aufrecht stehender Gesellschaft somit nicht als «Systemfehler» des Verantwortlichkeitsrechts anzusehen. Vielmehr sollten die unter III.4.1 skizzierten Kostenrisiken derartiger Klagen möglichst beseitigt werden, damit sich die Kläger einzig unter Berücksichtigung der konkreten Umstände für oder gegen die Anhebung einer Klage entscheiden.

## IV. Organisationsmängel

### 1. Konstellation eines Organisationsmangels

Die mit der Revision des GmbH-Rechts eingeführte Bestimmung von Art. 731b OR mit dem unscheinbaren Titel «Mängel in der Organisation der Gesellschaft» entwickelte sich innert kürzester Zeit zu einem wahren Tummelfeld für Schrifttum<sup>194</sup> und Rechtsprechung.<sup>195</sup> Der Wortlaut von Art. 731b OR nennt dabei zwei Konstellationen eines Organisationsmangels: das Fehlen sowie die unrechtmässige Zusammensetzung eines gesetzlich vorgeschriebenen Organs.<sup>196</sup> In seiner Rechtsprechung hielt das Bundesgericht sodann fest, dass auch bei Handlungs- bzw. Funktionsunfähigkeit eines gesetzlich vorgeschriebenen Organs ein Organisationsmangel vorliege, so z.B. bei einer andauernden Pattsituation im Verwaltungsrat sowie bei der Verunmöglichung interessensgerechter Vertretung im Einzelfall.<sup>197</sup>

<sup>193</sup> Der Umfang, wie risikoreich die Geschäftstätigkeit betrieben werden kann bzw. soll, ergibt sich letztlich aus dem von den Aktionären statutarisch festgelegten Zweck der Gesellschaft.

<sup>194</sup> Vgl. etwa: FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378–1395; MARTIN BAUER, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2–3/2008, 89–99; STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, SJZ 2009, 157–166; LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1–28; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, 1ff. (= SSHW 316).

<sup>195</sup> Seit Erlass der Bestimmung hatte sich das Bundesgericht bereits in 70 Entscheiden mit der Bestimmung von Art. 731b OR zu befassen.

<sup>196</sup> Nicht zur Anwendung gelangt Art. 731b OR somit bei Fehlen bzw. inkorrektur Zusammensetzung eines statutarisch vorgesehenen Organs; VON DER CRONE (FN 4), § 14 N 15; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 5.

<sup>197</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.2 f.; besprochen bei: ALEXANDER WHERLOCK/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 2015, 542–552.

<sup>191</sup> Vgl. etwa FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge MA/London 1991, 16 ff.; JOHN ARMOUR/HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, *What is Corporate Law?*, in: Kraakman et al. (Hrsg.) (FN 3), 1–34, 19 ff.

<sup>192</sup> Siehe dazu etwa DANIEL M. HÄUSERMANN, *Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft*, Habil. St. Gallen 2014, Zürich/St. Gallen 2015, 37 ff.



## 2. Massnahmen

Zur Behebung des Organisationsmangels sieht Art. 731b OR eine breite Palette möglicher Massnahmen vor, welche, wie sich aus der Wendung «insbesondere» erschliesst, aber keinen abschliessenden Katalog zulässiger Massnahmen darstellen: (i) Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Auflösung, (ii) Ernennung des fehlenden Organs bzw. eines Sachwalters,<sup>198</sup> sowie (iii) Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.<sup>199</sup> Das Gericht hat somit einen erheblichen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR «erforderlichen» Massnahmen. Da im Organisationsmängelverfahren die *Offizialmaxime* gilt,<sup>200</sup> ist das Gericht beim Entscheid, welche Massnahme vorliegend zur Beseitigung des Organisationsmangels am geeignetsten erscheint, nicht an die Parteienträge gebunden. Vielmehr hat es unter Berücksichtigung der Interessen Dritter – namentlich der von einem Konkurs betroffenen Arbeitnehmer – und der Öffentlichkeit die sachlich gebotenen Massnahmen zu treffen.<sup>201</sup>

Da das Gericht bei Organisationsmängelverfahren somit in eine atypische Rolle gedrängt wird (vgl. Art. 55 ZPO), ist diesen aus Sicht der gesuchstellenden Partei bisweilen auch ein aleatorisches Element inhärent – insbesondere wenn es um die Behebung von Pattsituationen (*deadlock*) geht. Oft ist in der Praxis zu beobachten, dass Aktionäre bei Pattsituationen in einer Zweimann-AG vorschnell versucht sind, die Auflösung der Gesellschaft zu erwirken. Der Entscheid, eine mit einem Organisationsmangel behaftete Gesellschaft aufzulösen, kommt jedoch nur als *ultima ratio* in Frage.<sup>202</sup> Aus ökonomischer Perspektive sollte der Entscheid, ein Unternehmen zu zerschlagen, nur dann getroffen werden, wenn die unternehmenseigenen Ressourcen in den Händen Dritter einen höheren Wert hätten, als im Unternehmen selbst.<sup>203</sup> Andernfalls führt eine Unternehmensliquidation nur zu einer Wertvernichtung.

Sofern sich die Pattsituation in derartigen Konstellationen nicht anderweitig beseitigen lässt, sollte die Gesellschaft deshalb nach Möglichkeit nicht liquidiert, sondern

vielmehr versteigert werden.<sup>204</sup> Eine öffentliche Auktion scheidet u.E. aus, da Dritte ohne vorgängige *due diligence* (mangels ausreichender Information) nur einen Preis bieten werden, welcher deutlich unter dem inneren Wert der Aktien, der nur den beiden Aktionären bekannt sein dürfte, liegen wird.<sup>205</sup> Vielmehr ist nach Möglichkeit eine Auktion der Gesellschaft<sup>206</sup> unter den beteiligten Aktionären durchzuführen. Hinsichtlich des Auktionsverfahrens bestehen sodann verschiedene Möglichkeiten; darunter etwa:

- *Single-round sealed-bid auction*: Beide Aktionäre haben die Möglichkeit, verdeckt einen Preis für den Kauf der Aktien des jeweils anderen Aktionärs zu nennen, wobei alsdann derjenige das Recht hat, die Aktien des anderen Aktionärs zu erwerben, der den höheren Preis geboten hat.
- *Auktion analog einer shotgun-clause*: Der eine Aktionär nennt dem anderen einen bestimmten Preis pro Aktie, woraufhin dieser entscheiden kann, ob er (i) zu diesem Preis seine Aktien dem anderen Aktionär verkaufen, oder (ii) die Aktien des anderen Aktionärs zu diesem Preis kaufen will.<sup>207</sup> Aus spieltheoretischen Überlegungen sollte dabei demjenigen Aktionär, der das *deadlock* verursacht bzw. den Antrag auf Auflösung i.S.v. Art. 731b OR gestellt hat, die Preisstellung zukommen, woraufhin dann der andere Aktionär entscheiden kann, ob er zu diesem Preis kaufen oder verkaufen will (für beides sollte vom Gericht eine bestimmte Frist festgelegt werden)<sup>208</sup>.

<sup>204</sup> So schon HANS CASPAR VON DER CRONE, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 37–44, 41 ff.

<sup>205</sup> Vgl. dazu etwa auch Art. 10 Abs. 3 Satz 1 VVAG.

<sup>206</sup> Die Versteigerung nur einer Aktie erscheint dabei nicht zielführend, da dies nur weitere rechtliche Probleme aufwerfen würde. So erscheint es fragwürdig, nur einem Aktionär eine Aktie wegzunehmen, vielmehr müsste man wohl von jedem Aktionär je eine Aktie nehmen und alsdann unter beiden Aktionären versteigern. Als dann erscheint aber sehr fraglich, ob die daraus resultierende Situation (50,1 % vs. 49,9 %) das Problem effektiv löst und der Minderheitsaktionär dann nicht versucht sein wird, die Gesellschaft durch exzessive Ausübung von Minderheitenrechten faktisch lahmzulegen.

<sup>207</sup> Vgl. zu derartigen *shotgun-clauses* bzw. *buy/sell-options*: RONALD C. WOLF, The Law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses, Alphen aan den Rijn 2014, 385 f.; DIETER GERICKE/LUCA DALLA TORRE, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 21–77, 63 ff.; STEFAN KNOBLOCH, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR 2013, 551–569, 565 f.

<sup>208</sup> Eine solche Anordnung könnte etwa folgendermassen lauten: *Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner innert [30 Tagen] mittels eingeschriebenem Brief einen Preis zu nennen, zu dem er bereit ist, sämtliche von ihm gehaltenen Aktien dem Gesuchsgegner zu verkaufen oder sämtliche Aktien des Gesuchsgegners zu kaufen. Der Gesuchsgegner ist alsdann verpflichtet, dem Gesuchsteller innert [30 Tagen] ab Zustellung des Schreibens des Gesuchstellers mittels eingeschriebenem Brief mitzuteilen, ob er sämtliche Aktien des Gesuchstellers zu diesem Preis erwerben oder sämtliche von ihm gehaltenen Aktien dem Gesuchsteller zu diesem Preis verkaufen wolle. Der Vollzug des auf diesem Weg zustande kommenden Aktienkaufvertrags hat innerhalb von [14 Tagen] zu erfolgen, nach-*

<sup>198</sup> Diesfalls müssen auch Dauer und Umfang des Mandats im Urteil umschrieben werden, wobei dem Gericht aber ein gewisser Ermessensspielraum zukommt; Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2.

<sup>199</sup> Dabei handelt es sich nicht um einen Konkurs im eigentlichen Sinn, vielmehr geht es um die Modalitäten des Auflösungsverfahrens; vgl. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, (FN 194), 20 (m.w.H.). Da die Auflösung nach Art. 731b OR somit keine materiellen Konkurswirkungen hat, ist bei einem rechtskräftigen Auflösungsentscheid nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR kein Konkurswiderruf nach Art. 195 SchKG möglich; BGE 141 III 43, E. 2.3 ff.

<sup>200</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_321/2008 vom 5. August 2010, E. 5.2.

<sup>201</sup> BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 17 (m.w.H.).

<sup>202</sup> BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, (FN 194), 17 (m.w.H.).

<sup>203</sup> YVES MAUCHLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2014, 227–239, 236.

### 3. Prozessuales und Zuständigkeit

Gesuchsberechtigt sind Aktionäre, Gläubiger sowie der Handelsregisterführer.<sup>209</sup> Die örtliche Zuständigkeit liegt – national wie international – am Sitz der Gesellschaft.<sup>210</sup> Im Kanton Zürich ist sachlich immer das Handelsgericht zuständig, da es sich beim Organisationsmängelverfahren gemäss einem Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt und sich der Streitwert nach dem Aktienkapital der Gesellschaft richtet.<sup>211</sup> Das Verfahren wird schliesslich im summarischen Verfahren durchgeführt.<sup>212</sup>

### V. Schlussbemerkungen

Die Analyse der verschiedenen aktienrechtlichen Rechtsbehelfe führt zu einem grundsätzlich positiven Ergebnis. Die Durchsetzung der Informations- und Mitwirkungsrechte ist ohne Einschränkung und mit einer sachgerechten Verteilung der Klagerisiken gewährleistet. Ein Vorbehalt ist einzig für einige Schwellenwerte zu machen, die vor allem bei kotierten Gesellschaften in der Praxis nur schwer zu erreichen sind. Die im Vorentwurf 2014 vorgesehene Herabsetzung der Schwellenwerte ist deshalb grundsätzlich zu begrüssen, sollte aber gerade bei der Sonderprüfung nicht unter 5 % herabgesetzt werden.<sup>213</sup> Differenziert fällt die Beurteilung beim Verfahren auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen aus. Unter Vorbehalt von Sachverhalten, bei denen der Kläger keinen begründeten Anlass zur Klage hatte, sollte für solche Klagen die Kostentragung durch die Gesellschaft die Regel darstellen. Mit einer Anfechtungsklage wird, sofern sie nicht grundlos eingereicht wurde, ein gesellschaftsinternes öffentliches Gut geschaffen. Haben die klagenden Aktionäre dafür das gesamte Prozessrisiko zu tragen, so führt dies aus ökonomischen Gründen dazu, dass Anfechtungsklagen weniger häufig eingereicht werden, als dies aus Effizienzgesichtspunkten wünschenswert wäre. Differenziert fällt die Beurteilung für die Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklage aus. Im Konkurs der Gesellschaft werden solche Ansprüche – soweit sie zu einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse der Gesellschaft geführt haben – auf einer ersten Ebene einheitlich durch die Konkursverwaltung geltend gemacht. Fehlanreize aufgrund des Problems des kollektiven Handelns entfallen hier. Die Konkursver-

waltung wird die Ansprüche durchsetzen, wenn sie zum Schluss kommt, dies sei aus ökonomischer Sicht geboten. Allfällige Abtretungsgläubiger bzw. Aktionäre, welche die Ansprüche der (konkursiten) Gesellschaft geltend machen, profitieren sodann von der im Konkursrecht typischen Privilegierung klagender Gläubiger, welche das Problem des kollektiven Handelns übersteuert. Demgegenüber kann das Problem des kollektiven Handelns der Geltendmachung von Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsansprüchen ausserhalb des Konkurses entgegenstehen. Handlungsbedarf im Sinne einer Änderung der Regeln über die Tragung der Prozesskosten besteht mithin in den Fällen der Anfechtungsklage und der ausser Konkurs erhobenen Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklagen, soweit dabei Aktionäre als Kläger auftreten.

*dem die Erklärung des Gesuchsgegners dem Gesuchsteller zugestellt wurde.*

<sup>209</sup> Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR.

<sup>210</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 22 Nr. 2 LugÜ i.V.m. Art. 151 Abs. 1 IPRG.

<sup>211</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF110011-O vom 14. Februar 2011, in: ZR 110/2011 Nr. 30, E. 3.3.1 f.

<sup>212</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 6 bzw. Ziff. 11 ZPO.

<sup>213</sup> Vgl. FN 84.