

Nicolas Facincani / Dominic Wyss*

Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses

Besprechung des Urteils 4A_630/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. März 2013

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
 1. Einführung und Ausgangslage
 2. Generalversammlung vom 24. Juli 2010 und Anfechtung der Beschlüsse
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Anfechtungsklage
 2. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses
- III. Erläuterungen
 1. Minderheitenschutz
 2. Anfechtungsklage
 - 2.1 Anfechtungsgründe
 - 2.2 Rechtsschutzinteresse
 - a. Entlastungsbeschluss im Allgemeinen
 - b. Klage gemäss Art. 756 OR durch Generalversammlung
 - c. Klage gemäss Art. 756 OR durch Verwaltungsrat
 - 2.3 Fazit
 3. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses im Einzelnen
 - 3.1 Klagemöglichkeit der Aktionäre
 - 3.2 Klagemöglichkeit der Gläubiger
 - a. Grundlagen
 - b. Verfahren zum Erwerb der Klagelegitimation
 - c. Einreden im Konkurs
 4. Verhältnis von Verantwortlichkeitsklage und Anfechtungsklage
- IV. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Wer die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses einklagt, muss ein persönliches, rechtliches Interesse an der Aufhebung haben so, dass sich die Gutheissung des Klagebegehrens positiv auf die rechtliche Situation des Klägers auswirken würde. Dieses Interesse ist weit auszulegen, wobei das Ziel, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, genügt. Die rechtliche Situation des Klägers muss sich aber tatsächlich verändern, sollte seinem Ersuchen stattgegeben werden.

2. Aktionäre, die der Entlastung der Organe nicht zugestimmt haben, können eine Verantwortlichkeitsklage innerhalb von sechs Monaten erheben.
3. Der Entlastungsbeschluss hat keinen Einfluss auf die Möglichkeit der Gesellschaftsgläubiger, im Fall eines Konkurses die verantwortlichen Organe in Anspruch zu nehmen. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Erhebung der Verantwortlichkeitsklage, kann ein Gesellschaftsgläubiger diese erheben. In diesem Fall kann ihm der Entlastungsbeschluss nicht entgegengehalten werden.

I. Sachverhalt

1. Einführung und Ausgangslage

Streitigkeiten zwischen der X. AG und der Y. AG haben die Schweizer Gerichte verschiedentlich beschäftigt und führten bereits zu drei Entscheiden des Bundesgerichts.¹ Zudem war eine weitere gerichtliche Auseinandersetzung zwischen diesen Gesellschaften zum Zeitpunkt des Entscheides über den vorliegenden Fall vor dem erstinstanzlichen Gericht in Genf hängig.

Die X. AG besitzt 33,76 % des Aktienkapitals der Y. AG. Neben der X. AG sind insbesondere die A. AG, der B. Fund, die C. AG und die D. Limited an der Y. AG beteiligt und bilden mit dieser eine Aktionärsgruppe. Diese Aktionärsgruppe hält insgesamt 1'486'609 Aktien der Y. AG, entsprechend 56,22 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Y. AG.²

Am 24. Dezember 2009 erhob die X. AG gestützt auf Art. 754 ff. OR eine Schadenersatzklage gegen zwei der fünf Mitglieder des Verwaltungsrates der Y. AG, darunter den Präsidenten des Verwaltungsrates.³ Diese Schadenersatzklage war nicht Gegenstand des vorliegenden Entscheides.

* Lic. iur. Nicolas Facincani, Rechtsanwalt, LL.M. und Dominic Wyss, MLaw, beide VISCHER AG.

¹ BGer 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010, BGE 137 III 503 und BGE 138 III 252.

² BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 A.a.

³ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 A.a.

2. Generalversammlung vom 24. Juli 2010 und Anfechtung der Beschlüsse

Die Generalversammlung der Y. AG für das Geschäftsjahr 2009 fand am 24. Juli 2010 statt. Anlässlich dieser Generalversammlung wurde die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates für deren Tätigkeit während dem Geschäftsjahr 2009 durch die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen beschlossen. 1'456'289 Stimmen akzeptierten die Entlastung, 829'703 lehnten diese ab, 2'301 Stimmen enthielten sich der Stimme.⁴

Mit Klage vom 20. August 2010 focht die X. AG vor dem erstinstanzlichen Gericht in Genf u.a. diesen Beschluss an und forderte dessen Aufhebung.

Mit Entscheid vom 22. September 2011 trat das erstinstanzliche Gericht in Genf auf diese Klage nicht ein mit der Begründung, dass der X. AG ein genügendes rechtlich geschütztes Interesse fehle.

Gegen diesen Nichteintretensentscheid appellierte die X. AG bei der zivilrechtlichen Abteilung der oberen kantonalen Instanz des Kantons Genf (Cour de Justice). Dieses Gericht bestätigte mit Urteil vom 14. September 2012 den Nichteintretensentscheid der ersten Instanz mit der Begründung, die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR sei subsidiär zur Verantwortlichkeitsklage, falls sie sich auf den gleichen Sachverhalt stütze, der bereits Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sei.⁵ Des Weiteren fehle es an einem Rechtsschutzinteresse der X. AG an der Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses.⁶

Gegen diesen Entscheid erhob die X. AG beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und forderte grundsätzlich die Aufhebung des Beschlusses der Generalversammlung der Y. AG vom 24. Juni 2010 über die Entlastung des Verwaltungsrates.⁷ Die X. AG machte hierbei insbesondere geltend, dass ihr das für die Anfechtungsklage erforderliche Rechtsschutzinteresse zukomme, und behauptete zudem die Verletzung von Bestimmungen des Minderheitenschutzes.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Anfechtungsklage

Eingangs hielt das Bundesgericht in Bezug auf die Anfechtungsklage generell fest, dass gemäss Art. 706 OR jeder Aktionär die Beschlüsse der Generalversammlung anfechten könne, die gegen das Gesetz oder die Statuten

verstossen. Die Verwendung des Begriffs «insbesondere» in Art. 706 Abs. 2 OR weise darauf hin, dass die in dieser Bestimmung enthaltene Liste der Anfechtungsgründe nicht abschliessend sei. Die Gestaltungsklage nach Art. 706 OR strebe die rückwirkende Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Generalversammlung an und wirke gegen alle Aktionäre. Diese Klage stehe insbesondere den Aktionären der Gesellschaft zu und richte sich gegen die Gesellschaft. Der Kläger müsse nach der Rechtsprechung ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides haben. Dieses liege vor, wenn ihm die Guttheissung der Klage nützlich sei, indem sie sich positiv auf seine rechtliche Lage auswirkt. Es sei allerdings von einer weiten Definition eines solchen Interesses auszugehen, da die Rechtsprechung, mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs, die Absicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft als genügend ansehe. Erforderlich sei aber auch hier, dass durch ein das Begehren gutheissendes Urteil die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs effektiv geändert werde.⁸

Im Weiteren führte das Bundesgericht zum Entlastungsbeschluss aus, dass die Entlastung ein Beschluss der Generalversammlung sei, durch den die Gesellschaft auf die Geltendmachung von Schadenersatzklagen gegen ein Organ verzichte. Es sei somit unstrittig, dass falls der Entlastungsbeschluss vom 24. Juni 2010 aufgehoben würde, die Y. AG die Möglichkeit zur Geltendmachung einer Klage ausserhalb des Konkurses gemäss Art. 756 OR wiedererlangen würde. Die Entscheidung zur Geltendmachung der Klage durch die Gesellschaft könne dabei durch die Generalversammlung oder den Verwaltungsrat gefasst werden.⁹

Unter der Berücksichtigung der Enthaltungen hatten vorliegend 63,64 % des Aktionariats der Y. AG für die Entlastung des Verwaltungsrates gestimmt. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass solange weitere Kriterien fehlen würden, es nicht ersichtlich sei, dass die Generalversammlung nach einer Aufhebung des Entlastungsbeschlusses die Entlastung in einer neuen Abstimmung ablehnen würde. Die Möglichkeit hierzu könnte in Frage kommen, wenn die erste Abstimmung sehr knapp gewesen wäre.

Die X. AG behauptete zudem, dass die Gruppe von Mehrheitsaktionären ihre mit den Aktien verbundenen Rechte an Dritte übertragen könne, die eine andere Meinung anlässlich der Abstimmung über die Entlastung äussern könnten. Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass es sich dabei lediglich um hypothetische Ereignisse handle, deren Geltendmachung ipso facto unzulässig sei.¹⁰

⁴ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 A.c.

⁵ Wohl mit Verweis auf die in Ziff. I.1 hiervor erwähnte hängige Verantwortlichkeitsklage.

⁶ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 B.

⁷ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 C.

⁸ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.1.

⁹ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

¹⁰ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass ein Verwaltungsrat mit geringer Wahrscheinlichkeit eine Verantwortlichkeitsklage gegen alle oder Teile seiner Mitglieder erheben würde. Diesbezüglich hatte die X. AG behauptet, dass sich der Verwaltungsrat der Y. AG nicht mehr ausschliesslich aus Personen zusammensetze, die aus der Gruppe der Mehrheitsaktionäre kommen. Auch in Bezug auf dieses Argument führte das Bundesgericht aus, dass es sich um eine unzulässige neue Tatsache handle, die vom kantonalen Gericht nicht festgestellt worden sei. Aus diesem Grund sei der Kläger nicht in der Lage darzulegen, dass sich der Verwaltungsrat bei der Aufhebung des Entlastungsbeschlusses zur Erhebung der Klage gemäss Art. 756 OR entscheiden würde.¹¹

Daher sei es folglich nicht möglich anzunehmen, dass die Aufhebung des fraglichen Entlastungsbeschlusses der Generalversammlung der Y. AG die rechtliche Lage der X. AG ändern könne.¹²

2. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses

In Bezug auf den von der X. AG geltend gemachten Minderheitenschutz kam das Bundesgericht mit Verweis auf Art. 758 Abs. 2 OR zum Ergebnis, dass dieser vom Entlastungsbeschluss nicht tangiert sei. Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt hätten, könnten eine Verantwortlichkeitsklage innerhalb von sechs Monaten erheben.¹³

Das Bundesgericht führte zudem aus, dass die X. AG falsch liege, wenn sie behauptete, dass sich die Entlastung der Verwaltungsratsmitglieder auf die Möglichkeit der Gesellschaftsgläubiger auswirke, diese Verwaltungsratsmitglieder im Konkurs der Gesellschaft zur Verantwortlichkeit zu ziehen. Falle die Gesellschaft in Konkurs, so werde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Forderung, die sie gegen das verantwortliche Organ geltend machen konnte, durch eine Forderung der Gläubigergesamtheit ersetzt. Zunächst stehe es der Konkursverwaltung zu, diese Forderung geltend zu machen. Wenn die Konkursverwaltung darauf verzichte, könne ein Gesellschaftsgläubiger die Abtretung der Forderung verlangen und vor dem Gericht die Forderung der Gläubigergesamtheit geltend machen. Wenn nun die Klage durch einen Gesellschaftsgläubiger erhoben werde, der im Rahmen einer Prozessstandschaft handle, könne das beklagte Verwaltungsratsmitglied insbesondere die Einwände nicht geltend machen, die es der Gesellschaft entgegenhalten könnte, wie jene, die im Vorliegen eine Entlastungsbeschlusses begründet seien.¹⁴

¹¹ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

¹² BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

¹³ I.c. war diese Frist nicht gewahrt worden.

¹⁴ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

III. Erläuterungen

Der vorliegende Entscheid bot dem Bundesgericht die Gelegenheit, sich mit verschiedenen Aspekten des Minderheitenschutzes und der Anfechtungsklage, den Wirkungen des Entlastungsbeschlusses und Fragen der Geltendmachung von Ansprüchen im Konkurs der Gesellschaft durch die Gläubiger auseinanderzusetzen.¹⁵ Auch kann der Entscheid zum Anlass einiger Aussagen zum Verhältnis von der Anfechtungs- und der Verantwortlichkeitsklage genommen werden.

1. Minderheitenschutz

Die Beschlussfassung im Rahmen der Generalversammlung beruht auf dem Mehrheitsprinzip. Einerseits birgt die Anerkennung des Mehrheitsprinzips im Rahmen der Beschlussfassung der Generalversammlung grundsätzlich die Gefahr in sich, dass die Mehrheit ihre Macht missbraucht, indem sie ihre Stimmkraft zu ihren persönlichen Vorteilen oder zur Schädigung der Minderheit einsetzt.¹⁶

Auf der anderen Seite ist es aber möglich, dass die Minderheiten ihre gesetzlichen und statutarischen Rechte zu Verfolgung ihrer Sonderinteressen missbrauchen.

In diesem Spannungsfeld liegt der Minderheitenschutz, welcher unter anderem seinen Niederschlag im Grundsatz von Treu und Glauben und im Rechtsmissbrauchsverbot, dem Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre sowie den Informations- und Kontrollrechten¹⁷ findet.¹⁸ Auch die Anfechtungsklage richtet sich gegen den Willen der Mehrheit und ist somit ein Schutzinstrument für den Minderheitenschutz.¹⁹

¹⁵ Nachdem das Bundesgericht die aktienrechtliche Anfechtungsklage geprüft hatte, führte es aus, dass «La recourante revient à la charge en se référant en pure perte au concept de protection des actionnaires minoritaires». Diese Aussage ist etwas unpräzise, da es sich bereits bei der Anfechtungsklage um ein Instrument des Minderheitenschutzes handelt.

¹⁶ KUNO WALTER ROHRER, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Zürich 1979, S. 2.

¹⁷ Beinhaltend u.a. das Recht auf Auskunft und Einsicht, das Einberufungs- und Traktandierungsrecht, das Recht auf Sonderprüfung, das Recht, die ordentliche oder die eingeschränkte Revision zu verlangen, die Bezugsrechte, die Beschlussfassungsquoten, die Vinkulierung, das Dividendenrecht, das Recht der Vertretung von Aktionärsgruppen im Verwaltungsrat (sofern statutarisch vorgesehen) sowie die Klagerechte im Rahmen der Anfechtungsklage, der Verantwortlichkeitsklage und der Klage auf Auflösung der Gesellschaft.

¹⁸ Siehe zum Ganzen etwa ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP 2011, S. 587 ff.

¹⁹ PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im Schweizerischen Aktienrecht, Habil. Universität Bern 2001, § 11 Rz. 40.

2. Anfechtungsklage

Neben der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 752 ff. OR gehört die aktienrechtliche Anfechtungsklage gemäss Art. 706 OR zu den wichtigsten Klagen des Aktienrechts.²⁰ Der anfechtende Aktionär kann gestützt auf diese Klage vom Gericht verlangen, die Übereinstimmung des fraglichen Generalversammlungsbeschlusses mit dem Gesetz oder den Statuten zu prüfen.²¹ Dabei handelt es sich gemäss Literatur und Rechtsprechung um ein unentziehbares und unverzichtbares Recht der Aktionäre.²²

2.1 Anfechtungsgründe

Die Anfechtungsgründe werden in der Generalklausel von Art. 706 Abs. 1 OR definiert, indem allgemein die Verletzung von Gesetz oder Statuten als Anfechtungsgrund genannt wird. Art. 706 Abs. 2 OR enthält eine nicht abschliessende («insbesondere») Aufzählung anfechtbarer Beschlüsse,²³ wobei der Anfechtungsgrund von Abs. 2 Ziff. 1 (Entzug oder Beschränkung von Aktionärsrechten durch Verletzung von Gesetz oder Statuten) in der Generalklausel von Abs. 1 enthalten ist und keine eigenständige Bedeutung hat. Die Ziff. 2–4 kodifizieren dagegen Grundsätze des Aktienrechts und präzisieren Abs. 1 der Bestimmung.²⁴ Die weitere Konkretisierung der Anfechtungsgründe obliegt der Rechtsprechung und der Lehre.²⁵ Ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, so kann ein Aktionär auch Normverstösse geltend machen, die nicht im engeren Sinne Aktionärsrechte unerlaubt beschränken. Die Normverstösse können sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben, insbesondere auch aus den geschriebenen Normen der allgemeinen Bestimmungen über juristische Personen²⁶ (sofern diese nicht durch Sondernormen des Aktienrechts derogiert werden), den ungeschriebenen Normen des Aktienrechts sowie aus dem übrigen geschriebenen und ungeschriebenen Recht.²⁷ Insbesondere kann ein Beschluss der Generalversammlung auch wegen eines Verstosses gegen Treu und Glauben bzw. wegen Rechtsmissbrauch angefochten

werden.²⁸ Nicht anfechtbar sind aber Beschlüsse, die gegen dispositives Recht verstossen, von dem statutarisch abgewichen wurde oder wenn der betreffende Beschluss eine solche Abweichung beinhaltet.²⁹ Anfechtbar sind nur Rechtsverletzungen, die Angemessenheit bzw. die Zweckmässigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses ist nicht überprüfbar.³⁰

Aus dem vorliegenden Entscheid wird nicht ersichtlich, welchen Anfechtungsgrund die X. AG geltend gemacht hatte. Es wäre im Sinne einer Konkretisierung von Art. 706 OR wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht in diesem Zusammenhang die Gründe explizit genannt hätte.

2.2 Rechtsschutzinteresse

Jede Anfechtungsklage setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in diesem Zusammenhang dahingehend konsistent, dass sich die Gutheissung der Klage positiv auf die Situation des Klägers auswirken muss. Dabei wird im Bereich der aktienrechtlichen Anfechtungsklage von einem weiten Interessenbegriff ausgegangen und grundsätzlich die Absicht zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen als genügend erachtet.³¹ Nach der wohl herrschenden Lehre ist dies, u.E. richtigerweise, ausreichend, um ein Rechtsschutzinteresse anzunehmen.^{32, 33}

Das Bundesgericht hat diese weite Definition des Rechtsschutzinteresses in seinen Urteilen mit einem Nachsatz teilweise relativiert.³⁴ Die hierzu verwendeten Formulierungen weichen jedoch, wie sogleich aufgezeigt wird, zumindest im Wortlaut voneinander ab. In BGE 122 III 279 führte das Bundesgericht aus, es sei auch erforderlich, «dass durch ein die Begehren gutheissendes

²⁰ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 1; siehe zur Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage III.4.

²¹ Beschlüsse des Verwaltungsrates sind demgegenüber nicht anfechtbar. Siehe hierzu etwa CHK OR-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, Art. 714 N 1.

²² PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 Rz. 11.

²³ Vgl. II.1.

²⁴ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 8 f.

²⁵ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 8 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 16 Rz. 122; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 115.

²⁶ Art. 52 - 59 ZGB.

²⁷ HANS MICHAEL RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, Rz. 89 ff.; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 117 ff. Es wird u.E. in der Literatur richtigerweise die Ansicht vertreten, dass eine Erweiterung des Anfechtungsrechts, indem weitere statutarische Anfechtungsgründe geschaffen werden, zulässig sein muss (ROHRER [Fn. 16], S. 4).

²⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (Fn. 22), § 25 Rz. 17; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 123.

²⁹ RIEMER (Fn. 27), Rz. 93.

³⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 22), § 25 Rz. 15; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 129 f.; so auch BGE 117 II 290 E. 6.a.

³¹ Grundlegend BGE 122 III 279 E. 3.a; BGE 133 III 453 E. 7; BGER 4A_97/2010 vom 21. März 2011; so auch der vorliegende Entscheid BGER 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.1.

³² BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 4a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 22), § 25 Rz. 15; CHK OR-TANNER, Art. 706 N 4; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 50; MARTIN WALDBURGER, Aktienrechtliche Anfechtung und widersprüchliches Verhalten, GesKR 2011, S. 416 ff., S. 420; siehe aber PETER BÖCKLI (Fn. 25), § 16 Rz. 107, wonach der Streitgegenstand die Rechtsstellung des Klägers wenigstens berühren muss.

³³ Klarerweise kein Rechtsschutzinteresse ist nach PETER BÖCKLI gegeben, wenn die behauptete Rechtsverletzung auf den Bestand des Beschlusses gar keine Auswirkung hat; wenn die Klage gegenstandslos ist oder wird; wenn der Kläger der Gesellschaft schaden will; wenn er die Anfechtungsklage als Druckmittel für die Erreichung von mit dem Rechtsbegehren inkongruenten und persönlichen Zielen verwendet; oder wenn sich der Kläger mit der Klage in Widerspruch zu seinem eigenen relevanten Verhalten stellt (BÖCKLI [Fn. 25], § 16 Rz. 107a).

³⁴ In BGE 133 III 453 findet sich jedoch nur die Grundsatzaussage, wonach sich die Gutheissung des Klagebegehrens positiv auf die rechtliche Situation des Klägers auswirken muss.

Urteil die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs berührt» werde.³⁵ Diese Formulierung wurde in der Lehre verschiedentlich kritisiert.³⁶ Im vorliegenden Entscheid fordert das Bundesgericht gar, dass durch ein die Begehren gutheissendes Urteil die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs effektiv geändert («effectivement modifiée») werde.³⁷ Dieselbe Formulierung wurde auch in weiteren Bundesgerichtsentscheiden neuerer Zeit verwendet.³⁸ Somit ist nach neuester Rechtsprechung zumindest gemäss dem vom Bundesgericht gewählten Wortlaut von im Vergleich zu BGE 122 III 279 verschärften Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse auszugehen.³⁹ Ob und in welchen Fällen wirklich von einer effektiven Änderung der Rechtsstellung des Aktionärs auszugehen ist, lässt sich dem vorliegenden Entscheid nicht entnehmen. Zu prüfen ist, ob sich eine Präzisierung durch die nachfolgenden Erwägungen herleiten lässt. Erst danach kann entschieden werden, ob auch eine inhaltliche Verschärfung der Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse vorliegt.

Methodisch unterstellt der Richter bei der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses, dass die Klage gutgeheissen würde, und prüft, ob sich dies auch auf die rechtliche Situation des Klägers auswirkt.⁴⁰ Zunächst müssen somit die Wirkungen des Entlastungsbeschlusses und die Folgen von dessen Aufhebung beurteilt werden.

a. Entlastungsbeschluss im Allgemeinen

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR steht der Generalversammlung die unübertragbare Kompetenz zu, über die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates zu beschliessen. Der Beschluss zur Entlastung ist grundsätzlich ein Verzicht der Gesellschaft, Schadenersatzansprüche aufgrund bekanntgegebener Tatsachen gegen die mit der Geschäftsführung betrauten Personen geltend zu machen. Obwohl das Gesetz in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR nur die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates erwähnt, gehören zum Kreis der entlastungsfähigen Personen sämtliche materiellen Organe, inklusive der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle.⁴¹ Auch fakti-

sche Organe können sodann in diesen Kreis einbezogen werden.⁴² Die Verweigerung der Entlastung aller oder einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates verpflichtet den Verwaltungsrat nicht, eine Verantwortlichkeitsklage gegen die entsprechenden Mitglieder des Verwaltungsrates zu erheben.⁴³ Es steht dem Verwaltungsrat auf jeden Fall offen, im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens selbst zu beurteilen, ob er eine Verantwortlichkeitsklage erheben will oder nicht. Hingegen beinhaltet die Verweigerung der Entlastung klarerweise ein Werturteil der Aktionäre über die Arbeit der entsprechenden Mitglieder des Verwaltungsrates.⁴⁴

Die Berechtigung der Gesellschaft zur Geltendmachung der Forderung geht durch die Erteilung der Entlastung unter. Das Gleiche gilt gemäss Art. 758 Abs. 1 OR für Aktionäre, welche der Erteilung der Entlastung zugestimmt haben.⁴⁵

Die Anfechtungsklage bewirkt die Ungültigkeit desjenigen Teils des Beschlusses der Generalversammlung, der als rechtswidrig qualifiziert wird.⁴⁶

Das Bundesgericht führte vor diesem Hintergrund richtigerweise aus, dass der Entlastungsbeschluss durch Gutheissung der Anfechtungsklage aufgehoben und die Y. AG die Möglichkeit zur Geltendmachung der Verantwortlichkeitsklage wiedererlangt.⁴⁷

Strukturiert wurde die Prüfung des Rechtsschutzinteresses im Folgenden anhand der zur Geltendmachung dieser Klage befugten Organe (Generalversammlung und Verwaltungsrat).

b. Klage gemäss Art. 756 OR durch Generalversammlung

Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse liegt nach dem vorliegenden Entscheid vor, wenn die Generalversammlung die Entlastung in einer neuen Abstimmung ablehnen würde. Diese Möglichkeit besteht nach der Ansicht des Bundesgerichts insbesondere dann, wenn die erste Abstimmung sehr knapp gewesen ist.⁴⁸

³⁵ BGE 122 III 279 E. 3.a; kritisch hierzu BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 4a.

³⁶ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 4a; WALDBURGER (Fn. 32), S. 420.

³⁷ BGER 4A_630/2012 vom 19. März 2012 E. 3.1.

³⁸ BGER 4A_404/2011 vom 7. November 2011 E. 5.1; BGER 4A_97/2010 vom 21. März 2011 E. 2.1; so bereits BGER 4C.7/2003 vom 26. Mai 2003 E. 5.

³⁹ Siehe WALDBURGER (Fn. 32), S. 420, wonach die Aussagen des Bundesgerichts in BGE 122 III 279 durch diese Formulierung verschärft wurde; vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage, wonach das Bundesgericht mit dem vorliegenden Urteil die bisheriger Rechtsprechung (BGE 122 III 279) bestätigt, u.E. als zu pauschal (siehe KATIA ZIEGLER, ius.focus 2013/5, Nr. 122).

⁴⁰ BGE 133 III 453 E. 7; BÖCKLI (Fn. 25), § 16 Rz. 107.

⁴¹ BsK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 24 und Art. 758 N 2; PETER R. ISLER/BERTRAND G. SCHOTT, Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 197 ff.,

S. 200 ff.; DIETER DUBS/ROLF WATTER, Der Déchargebeschluss, AJP 2001, S. 908 ff., S. 909.

⁴² BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758 N 2; ISLER/SCHOTT (Fn. 41), S. 201, jedoch nur soweit die Tätigkeit den Aktionären offengelegt wurde.

⁴³ DANIEL LEU/HANS CASPAR VON DER CRONE, Stimmrechtsvertreter beim Déchargebeschluss, SZW 2002, S. 205 ff., S. 209; ISLER/SCHOTT (Fn. 41), S. 212; DUBS/WATTER (Fn. 41), S. 913.

⁴⁴ LEU/VON DER CRONE (Fn. 43), S. 209; vgl. BÖCKLI (Fn. 25), § 15 Rz. 141; vgl. ISLER/SCHOTT (Fn. 41), S. 200 ff.

⁴⁵ BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758 N 2 ff.; LEU/VON DER CRONE (Fn. 43), S. 208 f.

⁴⁶ BÖCKLI (Fn. 25), § 26 Rz. 131.

⁴⁷ BGER 4A_630/2012 vom 19. März 2012 E. 3.1; BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 OR N 24 f.; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 198; siehe zum Ganzen auch RIEMER (Fn. 27), Rz. 206 ff.

⁴⁸ BGER 4A_630/2012 vom 19. März 2012 E. 3.2.

Fraglich ist zunächst, ob das Bundesgericht methodisch richtig vorgegangen ist. Unterstellt wird bei einer Prüfung des Rechtsschutzinteresses, dass die Klage gutgeheissen wird.⁴⁹ Es ist somit von der Situation auszugehen, dass kein Entlastungsbeschluss vorliegt. Das Bundesgericht prüfte nun, ob die Generalversammlung die Entlastung in einer neuen Abstimmung ablehnen würde. Dies scheint in einem gewissen Widerspruch zu der Strukturierung der Prüfung des Rechtsschutzinteresses nach der Legitimation zur Geltendmachung der Verantwortlichkeitsklage im Rahmen von Art. 756 OR zu stehen. Naheliegender wäre es u.E. gewesen, danach zu fragen, ob die Generalversammlung in dieser Situation eine entsprechende Klage erheben würde.⁵⁰ Da i.c. eine klare Mehrheit der Aktionäre für die Entlastung gestimmt hat, unterscheiden sich die Fragen im Ergebnis u.E. jedoch nicht.

Auch lässt das Bundesgericht mit der Formulierung «[à] défaut d'autres éléments» trotz klaren Abstimmungsergebnisses das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses offen. Zu denken ist hierbei insbesondere an Fälle, in denen sich die Zusammensetzung des Aktionariats zwischenzeitlich geändert hat. Die blosse Möglichkeit, dass die Aktien an anders gesinnte Käufer veräussert werden können, genügt jedoch nicht.⁵¹

c. Klage gemäss Art. 756 OR durch Verwaltungsrat

Das Bundesgericht hält zutreffend fest, dass ein Verwaltungsrat im Allgemeinen nur mit geringer Wahrscheinlichkeit gegen alle oder einige seiner Mitglieder Klage erheben wird.⁵² Es sind Ausnahmefälle denkbar. Dies wird vom Bundesgericht bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses durch die Formulierung «de manière générale» beachtet.

Eine mögliche Ausnahmesituation wurde von der X. AG vor Bundesgericht vorgebracht. Vorliegend setzte sich nämlich der Verwaltungsrat nicht mehr ausschliesslich aus Personen zusammen, die aus der Gruppe der Mehrheitsaktionäre kamen. Bei der Änderung der personellen Zusammensetzung des Verwaltungsrates ist es u.E. denkbar, dass sich dieser in der neuen Konstellation zu einer Klage entscheiden könnte. Ein Rechtsschutzinteresse wäre in diesem Fall zu bejahen.⁵³

2.3 Fazit

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich durch die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses die rechtliche Lage der X. AG nicht ändern würde, und hat somit im Ergebnis geprüft, ob die Gutheissung der Klage dem Kläger einen Nutzen in Bezug auf seine rechtliche Situation bringen würde. So ist das Bundesgericht bereits in BGE 122 III 279 vorgegangen.⁵⁴ Es ist folglich nicht davon auszugehen, dass durch den vorliegenden Entscheid eine tatsächliche Verschärfung der bundesgerichtlichen Praxis beabsichtigt ist. Dies unabhängig vom Umstand, dass die Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse nach dem Wortlaut verschärft erscheinen. Immerhin hat es das Bundesgericht bisher unterlassen, sich ausführlich mit der Lehre auseinanderzusetzen. Die durch das Bundesgericht eingefügten Nebensätze stellen u.E. vor diesem Hintergrund keine inhaltliche Verschärfung gegenüber der Rechtsprechung aus BGE 122 III 279 dar.

3. Wirkungen des Entlastungsbeschlusses im Einzelnen

Im Weiteren stellten sich Fragen bezüglich der Wirkungen des Entlastungsbeschlusses. Die X. AG argumentierte mit der Einschränkung sowohl der Aktionärs- als auch der Gläubigerrechte.

3.1 Klagemöglichkeit der Aktionäre

Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt haben, können gemäss Art. 758 Abs. 2 OR innerhalb von sechs Monaten Klage erheben. Dasselbe gilt für diejenigen Aktionäre, welche ihre Aktien erst nach der Beschlussfassung betreffend die Entlastung erworben haben.⁵⁵ Die Klagfrist für Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt haben, verkürzt sich somit gegenüber Art. 760 OR auf sechs Monate, beginnend ab dem Entlastungsbeschluss. Bei dieser Frist handelt es sich um eine nicht unterbrechbare und nicht erstreckbare Verwirkungsfrist, innert derer die entsprechende Klage rechtshängig gemacht werden muss.⁵⁶

Den nicht zustimmenden Aktionären kommt somit ein verkürztes Klagerecht zu.⁵⁷ Hieraus ergibt sich auf keinen Fall, dass die Rechte der Minderheitenaktionäre durch die Erteilung der Entlastung ausgeschlossen

⁴⁹ Siehe III.2.2.

⁵⁰ Wie dies das Bundesgericht im Zusammenhang mit der möglichen Geltendmachung der Klage gemäss Art. 756 OR durch den Verwaltungsrat getan hat.

⁵¹ Vgl. BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2012 E. 3.2.

⁵² So auch ROLAND BACHMANN, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, AJP 2009, S. 499 ff., S. 502, der diesen Umstand mit der Solidarität der Mitglieder des Verwaltungsrates untereinander begründet.

⁵³ Die Argumentation der X. AG wurde vom Bundesgericht als unzulässige neue Tatsache gewertet und fand daher keine Berücksichtigung. Eine abschliessende Beurteilung steht somit aus.

⁵⁴ BGE 122 III 279 E. 3.b.

⁵⁵ Die sechsmonatige Klagfrist kann sich aber als kurz erweisen, sofern gleichzeitig die Sonderprüfung durch ein Gericht oder die Generalversammlung angeordnet wird, welche dazu dient, tatsächliche Gegebenheiten zu klären. Ist dies der Fall, empfiehlt es sich, die Verantwortlichkeitsklage anhängig zu machen und deren Sistierung zu verlangen, bis die Erkenntnisse der Sonderprüfung vorliegen.

⁵⁶ LEU/VON DER CRONE (Fn. 43), S. 209; DUBS/WATTER (Fn. 41), S. 910; vgl. BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 453.

⁵⁷ Siehe auch BACHMANN (Fn. 52), S. 502.

werden. Aus diesem Grund geht das Bundesgericht u.E. richtigerweise davon aus, dass der Minderheitenschutz im Zusammenhang mit einem Entlastungsbeschluss durch die gesetzliche Konzeption gewährleistet ist.⁵⁸

Durch die Zustimmung zur Entlastung verzichtet der Aktionär zudem nur auf die Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft. Somit bleibt das Recht der Aktionäre zur Geltendmachung des unmittelbaren Schadens vom Entlastungsbeschluss unberührt, selbst wenn der betreffende Aktionär dem Entlastungsbeschluss zugestimmt hat.⁵⁹

3.2 Klagemöglichkeit der Gläubiger

a. Grundlagen

Im Konkurs einer Gesellschaft sind nach Art. 757 OR auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit geltend zu machen. Nur wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet, sind die Aktionäre oder die Gläubiger zur Geltendmachung berechtigt. Die Forderung der Gesellschaft wird im Fall der Geltendmachung durch die Gläubiger durch eine Forderung der Gläubiger Gesamtheit ersetzt. Ein Gesellschaftsgläubiger kann in diesem Fall den Ersatz des von der Gesellschaft direkt erlittenen Schadens geltend machen, indem er die Klage der Gläubiger Gesamtheit erhebt.⁶⁰ Fragen bestehen dabei insbesondere in Bezug auf das Verfahren, durch welches die Gläubiger ihre Prozessführungsrechte erhalten.

Das Bundesgericht führte im vorliegenden Fall aus «*un créancier social peut exiger la cession du droit d'agir et invoquer devant les tribunaux la créance de la communauté des créanciers.*»⁶¹ Im Weiteren wurde angefügt: «*Or, quand l'action est exercée par un créancier social, lequel agit alors sur la base d'un mandat procédural (ATF 132 III 342 consid. 2.2), l'administrateur défendeur ne peut pas faire valoir notamment les objections qu'il pourrait opposer à la société, telles celles qui sont liées à l'existence d'une décharge.*»⁶²

Nach einer Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG steht der fragliche Anspruch immer noch der Konkursmasse zu. Erfolgt eine Abtretung an mehrere Gläubiger, bilden diese bei der Prozessführung eine uneigentliche notwen-

dige Streitgenossenschaft. Dies gilt auch bei einer Prozessführung mehrerer Gläubiger nach Art. 757 OR. Eine Abtretung nach Art. 260 SchKG setzt den Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger voraus. Demgegenüber verlangt Art. 757 Abs. 2 OR einen Verzicht der Konkursverwaltung, wobei eine Abtretung nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorausgesetzt ist.⁶³ Das Bundesgericht hat bis anhin offengelassen, ob ein Gläubiger aufgrund von Art. 757 Abs. 1 und 2 OR auch ohne eine Abtretung nach Art. 260 SchKG klagen kann.⁶⁴ Im Einzelnen ist das Nachfolgende anzumerken.

b. Verfahren zum Erwerb der Klagelegitimation

Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es bezüglich des Verfahrens für den Erwerb der Klagelegitimation im Rahmen von Art. 757 OR zumindest fraglich, ob es hierzu u.a. aufgrund der Rechtssicherheit nicht einer Ermächtigung oder zumindest einer förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung bedarf.⁶⁵ In der Literatur ist die Frage umstritten. Nach der überwiegenden Lehre wird die Zulässigkeit eines selbständigen Vorgehens einzelner Gläubiger ohne Abtretung nach Art. 260 SchKG vertreten.⁶⁶ In Bezug auf das konkrete Verfahren herrscht aber auch hier Uneinigkeit. Nach HANS-UELI VOGT/MARCEL SCHÖNBÄCHLER ist eine Ermächtigung oder förmliche Mitteilung der Konkursverwaltung erforderlich, aber auch genügend.⁶⁷ Nach PETER BÖCKLI ist ein Begehren um Abtretung zwar hoch erwünscht, eine Unterlassung soll aber dem Gläubiger nicht entgegenstehen.⁶⁸ Nach ROLAND BACHMANN bedarf es keiner Verfügung der Konkursbehörde.⁶⁹

Vorliegend führt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 757 Abs. 2 OR explizit aus, dass der Gläubiger die Abtretung der Forderung verlangen könne («*un créancier social peut exiger la cession du droit d'agir et invoquer devant les tribunaux la créance de la communauté des créanciers.*»)⁷⁰ Diese Formulierung weist darauf hin, dass sich der Gläubiger an die Konkursverwaltung richten muss, äussert sich aber nicht weiter zum Verfahren, insbesondere nicht zur Frage, ob die Voraus-

⁵⁸ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

⁵⁹ BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758 N 4.

⁶⁰ BGE 132 III 564 E. 3.2.2; BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 23; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 22), § 36 Rz. 136; BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 347 ff.; vgl. BACHMANN (Fn. 52), S. 504.

⁶¹ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2013 E. 3.2.

⁶² In BGE 132 III 342, auf den das Bundesgericht verweist, ging es u.a. um die Aktivlegitimation eines Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG (siehe E. 2.2).

⁶³ HANS-UELI VOGT/MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft, GesKR 2010, S. 246 ff., S. 250 ff.

⁶⁴ BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4 (nicht in BGE 136 III 107 publizierte Erwägung); BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 1.2.

⁶⁵ BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 1.2.

⁶⁶ VOGT/SCHÖNBÄCHLER (Fn. 63), S. 252; BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 348; BACHMANN (Fn. 52), S. 504; so wohl auch BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 35; a.M. DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005, S. 157 ff., S. 162, der in jedem Fall eine Abtretung nach Art. 260 SchKG voraussetzt.

⁶⁷ VOGT/SCHÖNBÄCHLER (Fn. 63), S. 252.

⁶⁸ BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 348.

⁶⁹ BACHMANN (Fn. 52), S. 504.

⁷⁰ Siehe auch schon BGE 127 III 374 E. 3.e.

setzungen von Art. 260 SchKG erfüllt sein müssen.⁷¹ Da sich das Bundesgericht weder mit der relevanten Literatur noch mit den entsprechenden Entscheiden, in denen diese Frage offengelassen wurde, auseinandergesetzt hat, kann u.E. nicht von einer abschliessenden Klärung dieser umstrittenen Frage ausgegangen werden. Aufgrund des vorliegenden Entscheides besteht aber das erhebliche Risiko, dass einem Gläubiger, der sich nicht an die Konkursverwaltung gewendet hat, keine Klagelegitimation zukommt.

c. Einreden im Konkurs

In materiell-rechtlicher Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und dem Anspruch, den ein Gläubiger direkt gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erhebt.⁷² Die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit hat grundsätzlich den Ausschluss der Einreden zur Folge. Die verantwortlichen Organe können den Ansprüchen der Gläubiger im Konkurs keine Einrede der Entlastung entgegenhalten.⁷³ Der Ausschluss der Möglichkeit zur Berufung auf den Entlastungsbeschluss den Gläubigern gegenüber ergibt sich dabei bereits aus Art. 758 OR. Die verantwortlichen Organe können den entsprechenden Gläubigern aber nicht sämtliche Einreden entgegenhalten, sondern nur jene, die ihnen gegenüber der Gläubigergesamtheit zustehen. Die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit im Konkurs bezweckt nicht, den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft zuvor hatte. Einreden, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft bereits vor der Konkurseröffnung bestanden haben, können somit zulässig bleiben.⁷⁴

Vorliegend kam das Bundesgericht daher zu Recht zum Ergebnis, dass insbesondere diejenigen Einreden nicht erhoben werden können, die im Vorliegen eines Entlastungsbeschlusses begründet sind.⁷⁵

4. Verhältnis von Verantwortlichkeitsklage und Anfechtungsklage

Die obere kantonale Instanz des Kantons Genf (Cour de Justice) begründete ihren Nichteintretensentscheid unter anderem damit, dass die Anfechtungsklage subsidiär zur

Verantwortlichkeitsklage sei, falls der Anfechtungsklage ein Sachverhalt zugrunde liege, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein kann.

Diese Argumentation entspricht der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung,⁷⁶ die in der Lehre kritisiert wird.⁷⁷ Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid zwar auf die Relativierung dieser Rechtsprechung hingewiesen,⁷⁸ hat dabei diese Praxis aber nicht völlig aufgegeben.⁷⁹

Gemäss der herrschenden Lehre stehen die beiden Klagen grundsätzlich in Konkurrenz zueinander. Dies wird u.a. mit Unterschieden bezüglich der Beklagten, des Prozessgegenstands, den Prozessvoraussetzungen und der Rechtsnatur begründet.⁸⁰

Der herrschenden Lehre ist aus den nachfolgenden Gründen zuzustimmen. Es ist u.E. notwendig, dass im Fall eines fehlerhaften Beschlusses dieser unabhängig von möglichen Verantwortlichkeitsklagen korrigiert werden kann. Durch die Anfechtung des Beschlusses kann gegebenenfalls weiterer Schaden verhindert werden. Sodann ist die Anfechtungsklage insofern erforderlich, als nach Ablauf der Anfechtungsfrist ein Generalversammlungsbeschluss in volle Rechtskraft erwächst und der Verwaltungsrat, welcher diesen Beschluss ausführt, sich nicht pflichtwidrig verhält.

Im vorliegenden Entscheid hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage nicht geäußert und somit eine Möglichkeit verpasst, sich gänzlich von der Subsidiaritätstheorie zu lösen.

Soweit ersichtlich ist zumindest unbestritten, dass die auch den Gläubigern zustehende Nichtigkeitsklage grundsätzlich in Konkurrenz zur Verantwortlichkeitsklage steht.⁸¹ Hier ist jedoch zu beachten, dass die Nichtigkeitsklage mangels Feststellungsinteresses dann nicht zugelassen wird, wenn sie nur als Grundlage für einen späteren Verantwortlichkeitsprozess dienen soll.

IV. Bedeutung für die Praxis

Die Bedeutung des vorliegenden Entscheides für die Praxis ergibt sich aus Formulierungen des Bundesgerichts, die als solche nicht entscheiderelevant sind.

⁷¹ Es lässt sich als Argument ausführen, dass wenn nach der Ansicht des Bundesgerichts eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG erforderlich wäre, das Bundesgericht in diesem Fall «en application de l'art. 260 LP» hätte anfügen müssen. U.E. setzt Art. 757 Abs. 2 OR somit kein Vorgehen nach Art. 260 SchKG voraus.

⁷² BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4; BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 35.

⁷³ BGE 132 III 342 E. 4.1; BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 28.

⁷⁴ BGE 136 III 107 E. 2.5.1; BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 277; BsK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 28.

⁷⁵ BGer 4A_630/2012 vom 19. März 2012 E. 3.2.

⁷⁶ BGE 100 II 384 E. 2a; BGE 92 II 243 E. 2.

⁷⁷ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 1 mit weiteren Hinweisen.

⁷⁸ BGE 133 III 453 E. 7.4 mit Verweis auf BGE 121 III 219 E. 1.d.cc und BGE 117 II 290 E. 4.e.bb.

⁷⁹ So auch BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 456.

⁸⁰ BsK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 1; CHK OR-TANNER, Art. 706 N 1; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 30 ff.; BÖCKLI (Fn. 25), § 18 Rz. 456; RIEMER (Fn. 27), Rz. 330 ff.

⁸¹ Siehe ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL; ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Auflage, Zürich 2011, Rz. 1126.

Zunächst bestehen in Bezug auf das für die Geltendmachung der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR erforderliche Rechtsschutzinteresse Unsicherheiten. Zwar liegt u.E. vorliegend inhaltlich keine Verschärfung der Anforderungen gegenüber der Praxis nach BGE 122 III 279 vor. Eine solche ist aber aufgrund der im Wortlaut verschärften Formulierung, die bereits in einigen Urteilen verwendet wurde, durchaus möglich. Jedenfalls ist bei der Geltendmachung entsprechender Ansprüche dem Rechtsschutzinteresse besondere Beachtung zu schenken.

Weiter ist das Verfahren zur Erlangung der Klagelegitimation im Zusammenhang mit Art. 757 OR weiterhin unklar. Nach der im vorliegenden Entscheid verwendeten Formulierung sollte sich der Gläubiger oder dessen Vertreter in jedem Fall an die Konkursverwaltung richten. Ob dabei ein Vorgehen nach Art. 260 SchKG angezeigt ist, lässt sich nicht pauschal beantworten und muss im Einzelfall abgeklärt werden. Abzuraten ist von einem Vorgehen ohne Einbezug der Konkursverwaltung, da hierbei ein erhebliches Risiko besteht, dass ein Gericht die Klagelegitimation verneint.
