AJP/PJA 11/2016

«Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR

Markus M. Vischer*

Die Einwilligung des Geschädigten ist auch bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR ein Rechtfertigungsgrund. Sie eröffnet dem ins Recht gefassten Organ die Einrede «volenti non fit iniuria». Umstritten ist, wessen Einwilligung bei welcher Verantwortlichkeitsklage massgebend ist. Nach der Meinung des Autors ist es bei den Klagen der AG, der Konkursverwaltung, eines Aktionärs und eines Gläubigers gemäss Art. 756 f. OR immer die Einwilligung der AG, nicht aber die Einwilligung der Aktionäre oder der Gläubiger. Damit folgt der Autor der sog. Raschein-Praxis des Bundesgerichts nicht. Er hält diese Praxis vielmehr für unnötig: Die Einwilligung der AG ist im Grundsatz zwar relevant. In vielen Fällen ist sie aber – infolge eines Interessenkonflikts oder weil sie nicht im formell korrekten Verfahren gegeben wurde – trotzdem nicht zu berücksichtigen.

Le consentement du lésé constitue un motif justificatif également dans le domaine de la responsabilité des organes de la SA selon l'art. 754 CO. Il permet à l'organe tombant sous le coup de la loi d'invoquer l'exception « volenti non fit iniuria ». Le point controversé est de savoir de qui le consentement est déterminant dans les différentes actions en responsabilité. De l'avis de l'auteur, en cas d'action de la SA, de l'administration de la faillite, d'un actionnaire et d'un créancier au sens de l'art. 756 s. CO, le consentement déterminant sera toujours celui de la SA, mais pas celui des actionnaires ni des créanciers. L'auteur se distancie ainsi de la jurisprudence « Raschein » du Tribunal fédéral. Au contraire, il la juge plutôt inutile : le consentement de la SA est certes déterminant en principe. Dans de nombreux cas cependant (à cause d'un conflit d'intérêts ou parce qu'il n'a pas été donné de manière formellement correcte au regard de la procédure), on ne saurait en tenir compte.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Einwilligung der AG bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR
  A. Ausser Konkurs
  B. Im Konkurs
  C. Exkurs
III. Anforderungen an die Einwilligung der AG
  A. Einwilligung der AG als rechtsgeschäftliches Handeln der AG
  B. Rolle von Interessenkonflikten bei der Einwilligung
  C. Anforderungen an den Verwaltungsrats- bzw. Generalversammlungsbeschluss bezüglich Einwilligung
  D. Schriftlichkeit der Einwilligung
  E. Einwilligung durch die Generalversammlung?
  F. Einwilligung des Aktionärs nicht gleich Einwilligung der AG
IV. Einwilligung der AG bei der Einmannaktiengesellschaft im Besonderen
V. Einwilligung bei Klagen von Aktionären und Gläubigern ausserhalb von Art. 754 OR
VI. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR ist ein Anwendungsfall der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht.[1] Bei der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht lässt die in einem Teilbereich positiv verankerte[2] und sonst übergesetzlich geltende[3] Einwilligung des Geschädigten das Unrecht der Tat aus. Ob diese Einwilligung die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst oder ob es sich um einen Rechtfertigungsgrund handelt, ist umstritten.[4] Auch bei der aktienrechtlichen

---

* Markus M. Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

1 Olivier Baum/Hans Caspar von der Crone, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, Bundesgerichtsurteil 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015 (BGE 142 III 23), SZW 2016, 232 ff., 234; Hans Caspar von der Crone/Felix Buff, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?, SZW 2015, 444 ff., 445; zur umstrittenen Rechtsnatur der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit und insbesondere der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR z.B. Oliver Kälin, Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2016, 135 ff. und insb. 138 f.

2 Art. 28 Abs. 2 ZGB.

3 Z.B. Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 255; s. aber auch Roland Brehm, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41–61 OR, 3. A., Bern 2006, Art. 41 OR N 63a, und Karl Oftinger/Emil Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung für Gewässerverschmutzung, 4. A., Zürich 1987, § 16 N 239, zu Art. 44 Abs. 1 OR als gesetzliche Grundlage der Einwilligung.

4 Z.B. BSK StGB I-Seelmann, vor Art. 14 N 6 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-Verfasser); BSK OR I-Kessler, Art. 52 N 18 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); s. zur Identität von zivil- und strafrechtlichem Begriff der Einwilligung des

Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR schliesst die Einwilligung des Geschädigten das Unrecht der Tat aus, wobei diese Einwilligung in der überwiegenden Lehre als Rechtfertigungsgrund gesehen wird, der die Pflichtverletzung ausschliesst.[5] Die Einwilligung hindert so das Entstehen von Verantwortlichkeitsansprüchen.[6] Das in Recht gefasste Organ kann entsprechend die Einrede *volenti non fit iniuria* erheben,[7] wobei hier der Begriff der Einrede im weiten Sinne verstanden wird.[8] Welche Einwilligung allerdings bei welcher Verantwortlichkeitsklage relevant ist, ist umstritten und hängt u.a. davon ab, welche Meinung bezüglich Rechtsnatur der jeweiligen Verantwortlichkeitsklage vertreten wird. Das wird nachstehend vertieft ausgeführt.

Keine Einwilligung ist die *mutmassliche Einwilligung*.[9] Sie richtet sich nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).[10] Die mutmassliche Einwilligung hat aber eine ähnliche Wirkung wie die Einwilligung.[11]

Die Einwilligung ist von der *Décharge* zu unterscheiden.[12] Die Décharge[13] ist keine Einwilligung, auch nicht eine nachträgliche Einwilligung, sondern ein nachträglicher Verzicht der AG auf Verantwortlichkeitsansprüche der AG im Sinne einer negativen Schuldanerkennung.[14] Da auch die Konkursverwaltung, ein Aktionär oder Gläubiger gemäss Art. 756 OR oder Art. 757 Abs. 2 OR Verantwortlichkeitsansprüche der AG und damit Schaden der AG aus Pflichtverletzungen der AG gegenüber geltend machen,[15] lässt die Décharge nicht nur die (Anspruchszuständigkeit und) Klageberechtigung der AG, sondern auch die Klageberechtigung der Konkursverwaltung, eines Aktionärs oder eines Gläubigers gemäss diesen Bestimmungen entfallen.[16] In Bezug auf die Klageberechtigung eines Aktionärs gilt dies aber etwas systemwidrig aus Gründen des Minderheitenschutzes[17] kraft positiv gesetzlicher Regel in Art. 758 Abs. 1 OR nur insofern, als ein Aktionär dem Generalversammlungsbeschluss über die Décharge zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Generalversammlungsbeschlusses über die Décharge erworben hat.[18] Die *Einwilligung* wird im Gegensatz zur Décharge *im Voraus* gegeben[19] und lässt wie gesagt nach überwiegender Lehre die Pflichtverletzung entfallen. Als «Mehr»[20] gegenüber der Décharge verhindert sie so das Entstehen von Verantwortlichkeitsansprüchen.

Geschädigten Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., bearbeitet von Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Zürich 2000, § 24 N 26; s. auch Oftinger/Stark (FN 3), § 16 N 225, zur Gleichbehandlung der Rechtfertigungsfrage im Zivil- und Strafrecht.

5 Thomas Rebsamen, Einwilligung in die Schädigung der Aktiengesellschaft, SJZ 2015, 441 ff., 442; s. zu den vier Grundvoraussetzungen der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, nämlich Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden z.B. BGer, 4A_373/2015, 26.1.2016, E. 3; BGE 136 III 148 E. 2.3; 132 III 564 E. 4.2; Thierry Luterbacher, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Vorbemerkungen zu Art. 754–760 OR N 30 ff.

6 Daniel Jenny, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der «Raschein-Praxis», Zürich 2012, 213.

7 Rebsamen (FN 5), 442; zum geschichtlichen Hintergrund der Rechtsparömie *volenti non fit iniuria* Jenny (FN 6), 190, Fn 1152; Ansgar Ohly, «Volenti non fit iniuria», Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, 25 ff., 464 f.

8 Ebenso Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, 182; zur Kritik dieser untechnischen Begriffsverwendung in der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit Jenny (FN 6), 14 f.; technisch gesehen handelt es sich bei der Einrede (i.w.S.) *volenti non fit iniuria* um eine Einwendung (s. Jenny [FN 6], 213).

9 Für das deutsche Recht Ohly (FN 7), 218 ff.

10 Oftinger/Stark (FN 3), § 16 N 254 ff.; für das deutsche Recht Ohly (FN 7), 218 ff.

11 S. auch III.C.

12 Jenny (FN 6), 213; Anton K. Schnyder, «Volenti non fit iniuria» im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 44; Oftinger/Stark (FN 3), § 16 N 238, insb. Fn 340.

13 S. Art. 695 OR, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR und Art. 758 OR.

14 BGer, 4A_155/2014, 5.8.2014, E. 6.3; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 758 N 2, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); Rolf Watter/Dieter Dubs, Der Déchargebeschluss, AJP 2001, 908 ff., 909; Oftinger/Stark (FN 3), § 16 N 238, insb. Fn 340; zur umstrittenen Rechtsnatur der Décharge, welche auch mit der umstrittenen Rechtsnatur der verschiedenen Verantwortlichkeitsklagen zusammenhängt, insbesondere auch zum Verständnis der Décharge als nachträgliche Einwilligung, z.B. Damian K. Graf, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, 380 ff., 390 f.

15 S. II.A. und II.B.

16 S. zur analogen Folge der Einwilligung der AG II.A. und II.B.; zum Begriffspaar Anspruchszuständigkeit und Klageberechtigung s. II.A.

17 BGE 117 II 432 E. 1b/dd; Rebsamen (FN 5), 448; Jenny (FN 6), 75 f., 178.

18 Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278 ff., 290.

19 Z.B. Donatsch/Tag (FN 3), 259; Graf (FN 14), 391.

20 Jenny (FN 6), 213; s. auch Peter R. Isler/Bertrand G. Schott, Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Min-

II. Einwilligung der AG bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR

A. Ausser Konkurs

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR gegenüber der gemäss Art. 756 OR klagenden AG ausser Betracht, wenn das ins Recht gefasste Organ mit Einwilligung der AG gehandelt hat.[21] Das ins Recht gefasste Organ kann entsprechend gegenüber der klagenden AG die Einrede *volenti non fit iniuria* erheben.[22] Dem ist im Grundsatz[23] zuzustimmen.

Das Bundesgericht nimmt diese Position in Bezug auf die Einwilligung der AG und damit auf die Einrede *volenti non fit iniuria* auch ein, wenn es um die *Klage eines Aktionärs gemäss Art. 756 OR* geht.[24] Auch hier kann dementsprechend das ins Recht gefasste Organ gegenüber dem klagenden Aktionär die Einrede *volenti non fit iniuria* erheben. Wie gegenüber der klagenden AG ist einzig die Einwilligung der AG relevant, weil der klagende Aktionär wie die klagende AG Ansprüche der AG und damit den Schaden der AG[25] aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG geltend macht.[26] Der klagende Aktionär handelt entsprechend in Prozessstandschaft für die AG.[27] Anspruchszuständigkeit (auch Anspruchsberechtigung genannt) und Klageberechtigung (auch Klagebefugnis genannt)s fallen damit auseinander.[28] Daran ändert Art. 758 Abs. 1 OR nichts, welche Bestimmung etwas systemwidrig[29] die Klageberechtigung eines Aktionärs bei zustande gekommenem Generalversammlungsbeschluss über die Décharge nur insofern entfallen lässt, als ein Aktionär dem Generalversammlungsbeschluss über die Décharge zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Generalversammlungsbeschlusses über die Décharge erworben hat.[30] Nicht relevant ist die Einwilligung des klagenden Aktionärs oder eines anderen Aktionärs. Denn diese machen nicht ihre Ansprüche und ihren Schaden aus Pflichtverletzungen ihnen gegenüber geltend. Eine solche Einwilligung kann deshalb dem klagenden Aktionär nicht als Einrede *volenti non fit iniuria* entgegengehalten werden, denn eine solche Einwilligung stellt keinen Rechtfertigungsgrund einer Pflichtverletzung gegenüber der AG dar.[31] Solche Einwilligungen von Aktionären können auch nicht auf dem Umweg über die Theorie des Selbstverschuldens, welches den Kausalzusammenhang unterbricht oder die Haftung reduziert, oder über eine Per-se-Annahme eines Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) relevant gemacht und im Endresultat dann doch wie eine relevante Einwilligung behandelt werden, ist doch wie gesagt nur die Einwilligung der AG relevant.[32] Das schliesst nicht aus, dass im konkreten Einzelfall ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Er liegt nur nicht per se vor.

B. Im Konkurs

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt diese Regelung ausser Konkurs nicht nach Eintritt des Konkurses. Nach dieser Rechtsprechung kann gegenüber der gemäss Art. 757 OR klagenden Konkursverwaltung oder einem gemäss Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR und Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG[33] klagenden

der-konforme Vergütungen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 34 f.

21 BGer, 4A_518/2015, 3.3.2016, E. 3.1; BGE 131 III 630 E. 4.2.1.

22 BGer, 4A_518/2015, 3.3.2016, E. 3.1; BGer, 4A_15/2013, 11.7.2013, E. 4.1; BGE 131 III 640 E. 4.2.1.

23 S. aber III.

24 BGer, 4A_219/2015, 8.9.2015, E. 3.2.

25 Art. 756 OR: «[…] der Gesellschaft verursachten Schaden […]»; s. auch Marginalie zu Art. 756 ff. OR: «Schaden der Gesellschaft».

26 Rebsamen (FN 5), 448.

27 BGE 132 III 342 E. 4.3; von der Crone/Baum (FN 18), 289; Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in: Jolanta Kren Kostkiewics/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser), Art. 756 OR N 8; Luterbacher (FN 5), Art. 756 OR N 11; Andreas Binder/Vito Roberto, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Binder/Roberto), Art. 756 OR N 12; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 93; Jenny (FN 6), 90 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 226; Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel 2006, 64 ff.; zur umstrittenen Rechtsnatur der Klage des Aktionärs z.B. BSK OR II-Gericke/Waller (FN 14), Art. 756 N 8 ff., oder Graf (FN 14), 385 ff.

28 Von der Crone (FN 27), § 12 N 1, insb. Fn 2744.

29 S. I.

30 Gl.M. Jenny (FN 6), 85 f; a.M. Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Bern 1993, 96, 159.

31 S. auch Kunz (FN 30), 152, mit dem Festhalten des allgemeinen Grundsatzes, dass eine eigene Einwilligung des jeweiligen Klägers immer nur seine eigene Anspruchsberechtigung (– sofern vorhanden –) verhindern kann, nicht aber eine Klageberechtigung aufgrund einer Prozessstandschaft.

32 S. auch III.F. m.w.H.

33 Zum Verhältnis dieser Bestimmungen z.B. Isabelle Chabloz, L'ouverture de la faillite: situation actuelle et mise en perspective, Quand la responsabilité remplace le capital, SZW 2016, 357 ff.,

Abtretungsgläubiger die Einwilligung der AG und damit die Einrede *volenti non fit iniuria* nicht geltend gemacht werden, weil es bei solchen Klagen zwar um den Schaden der AG gehe,[34] nicht aber um Ansprüche der AG, sondern um diejenigen der Gläubigergesamtheit.[35] Dass die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger nicht die Ansprüche der AG, sondern der Gläubigergesamtheit geltend mache, entspricht der vom Bundesgericht seit BGE 117 II 432 vertretenen sogenannten *Raschein-Praxis*.[36] Diese Raschein-Praxis, zurückgehend eben auf (Bundesrichter Rolf) Raschein,[37] und die ihr unterliegende «Ablösungstheorie»[38] ist als *Richterrecht*[39] *contra legem* abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, warum die eingeklagten Ansprüche nach Konkurseröffnung plötzlich andere als vor Konkurseröffnung sein sollen, insbesondere dann, wenn die Konkursverwaltung klagt. Denn die Konkurseröffnung berührt die Rechtspersönlichkeit der AG nicht.[40] Vielmehr ändern mit der Konkurseröffnung lediglich die Vertretungsverhältnisse.[41] Es ist mit anderen Worten auch nach Konkurseröffnung immer noch die AG, die klagt und den Schaden der AG aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG geltend macht, allerdings eben nun vertreten durch die Konkursverwaltung. Aber auch ein Abtretungsgläubiger macht gemäss Art. 757 OR Ansprüche der AG und damit den Schaden der AG aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG geltend. Er handelt wie ein gemäss Art. 756 OR klagender Aktionär in Prozessstandschaft für die AG,[42] also nicht in Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit.[43] Die Raschein-Praxis ist deshalb abzulehnen.[44]

Wie gegenüber der klagenden AG und dem gemäss Art. 756 OR klagenden Aktionär ist deshalb – wie ausgeführt entgegen dem Bundesgericht – gegenüber der *Klage der Konkursverwaltung oder eines Abtretungsgläubigers* im Grundsatz[45] die Einwilligung der AG relevant.[46] Die-

363; von der Crone/Baum (FN 18), 289, 290; OFK-Amstutz/Gohari (FN 27), Art. 757 OR N 19.

34 BGE 142 III 23 E. 4.4; 132 III 564 E. 3.2.2; 132 III 342 E. 2.3.3; s. auch Art. 757 Abs. 1 OR: «[…] Ersatz des Schadens der Gesellschaft […]»; s. auch Marginalie zu Art. 756 ff. OR: «Schaden der Gesellschaft»; unpräzis BGE 141 III 112 E. 5.2, wo ausgeführt, ein Gläubiger mache gemäss Art. 757 Abs. 2 und 3 OR seinen Reflexschaden geltend.

35 BGE 142 III 23 E. 4.4; BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2; BGE 136 III 148 E. 2.3; BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 136 III 107); BGE 136 III 107 E. 2.5.1; 132 III 342 E. 2.3.1; 122 III 176 E. 7a; 122 III 166 E. 3a.

36 BGE 117 II 432 E. 1b/ee; s. z.B. Jenny (FN 6), 98 ff., zu einer detaillierteren Darstellung der Raschein-Praxis, welche auch Raschein-Doktrin genannt wird (Baum/von der Crone [FN 1], 233); Dominique Müller/Hannes Kieser, Keine Aktivlegitimation der Masse zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, Besprechung des Urteils 4A_425/2015 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Dezember 2015, GesKR 2016, 112 ff., 113; Böckli (FN 27), § 18 N 287 ff.

37 Rolf Raschein, Die Abtretung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, Das Verhältnis von Art. 756 Abs. 2 OR zu Art. 260 SchKG, in: Louis Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 362: «[…] nicht eine Klage aus dem Recht der Gesellschaft, sondern aus jenem der Gläubiger(gesamtheit) […]».

38 OFK-Amstutz/Gohari (FN 27), Art. 757 OR N 17; Graf (FN 14), 383.

39 Zu dieser Qualifikation der Raschein-Praxis Hans-Ueli Vogt/Marcel Schönbächler, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden- Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, 246 ff., 249.

40 Z.B. Markus Vischer, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff., 262; Graf (FN 14), 384.

41 Z.B. Vischer (FN 40), 262; Graf (FN 14), 384.

42 BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2; OFK-Amstutz/Gohari (FN 27), Art. 757 OR N 13 f.; Baum/von der Crone (FN 1), 240; Jenny (FN 6), 115; von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 27), 68; zur umstrittenen Rechtsnatur der Klage eines Abtretungsgläubigers z.B. BSK OR II-Gericke/Waller (FN 14), Art. 757 N 4 ff., oder Graf (FN 14), 387 ff.

43 A.M. BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.4 (nicht publiziert in BGE 136 III 107); Rebsamen (FN 5), 448; s. auch BGE 132 III 564 E. 3.2.2, und BGE 132 III 342 E. 2.2, wo einfach von Prozessstandschaft die Rede ist.

44 Gl.M. z.B. OFK-Amstutz/Gohari (FN 27), Art. 757 OR N 16 f., welche die Umwandlung des Anspruchs durch die Konkurseröffnung als «dogmatisches Mysterium» und letztlich als «petitio principii» aufgrund eines «judiziellen Pragmatismus» bezeichnen; Damian K. Graf, Haftung im Konzernverhältnis: Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Tochterorganen, GesKR 2014, 63 ff., 73, Fn 78; Graf (FN 14), 384 f.; Bärtschi (FN 8), 157 f., welcher die Umwandlung durch die Konkurseröffnung als Konstrukt bezeichnet, «das sich weder auf das Gesetz noch auf eine einleuchtende Begründung abstützen lässt und als ‹Deus ex machina› [lediglich] zu einer als wünschenswert erachteten Haftungssituation verhelfen soll»; von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 27), 38 f., 67 ff.; s. auch CHK-Binder/Roberto (FN 27), Art. 757 OR N 6: «[…] recht kühne Umqualifizierung […]»; a.M. z.B. Chabloz (FN 33), 363; Böckli (FN 27), § 18 N 280 (Gutheissung der Raschein-Praxis «als ein ‹pragmatisches Ganzes› […] trotz aller Bedenken»), 293b, 298b, 346, s. auch 289 ff. mit einer Zusammenfassung aller Einwände gegen die Raschein-Praxis; CR CO II-Corboz, Art. 757 OR N 16 ff., in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, Basel 2008; wohl auch BSK OR II-Gericke/Waller (FN 14), Art. 757 N 16, 23, und Vogt/Schönbächler (FN 39), 249, 253 f.

45 S. aber III.

46 Gl.M. Graf (FN 44), 73; wohl auch von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 27), 68 ff.; s. auch BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.4 (nicht publiziert in BGE 136 III 107), wo zu Recht ausgeführt wird, dass die Abtretung gemäss Art. 757 Abs. 3 OR i.V. Art. 260 SchKG dem Gläubiger nicht mehr Rechte verleiht als die AG hatte, was inkonsequent ist, wenn es dem Gläubiger dann über die

se Einwilligung, und nur diese, lässt als Rechtfertigungsgrund eine Pflichtverletzung gegenüber der AG entfallen.[47] Nicht relevant ist die Einwilligung des klagenden Gläubigers oder eines anderen Gläubigers. Denn diese machen nicht ihre Ansprüche und ihren Schaden aus Pflichtverletzungen ihnen gegenüber geltend. Eine solche Einwilligung kann der gemäss Art. 757 OR klagenden Konkursverwaltung oder einem gemäss Art. 757 OR klagenden Gläubiger deshalb nicht als Einrede *volenti non fit iniuria* entgegengehalten werden, denn eine solche Einwilligung rechtfertigt eine Pflichtverletzung gegenüber der AG nicht.[48] Solche Einwilligungen von Gläubigern können erneut nicht über eine alternative Begründung, insbesondere über die Annahme eines Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB), im Endresultat dann doch wie eine relevante Einwilligung behandelt werden.[49]

Es ist anzunehmen, dass das Bundesgericht die gleiche Position in Bezug auf die Einrede *volenti non fit iniuria* auch einnimmt, wenn es nach Eintritt des Konkurses um eine *Klage eines Aktionärs gemäss Art. 757 Abs. 2 OR* geht,[50] auch wenn das Bundesgericht, wohl fehlgeleitet durch die Raschein-Praxis, sich zu Unrecht auch schon so geäussert hat, dass es diese Klage nicht mehr gebe.[51] Denn der Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR stipuliert klar etwas anders.[52] Erneut ist aber gegenüber dem gemäss Art. 757 Abs. 2 OR (erneut in Prozessstandschaft[53]) klagenden Aktionär im Grundsatz[54] die Einwilligung der AG relevant. Diese Einwilligung, und nur diese, lässt als Rechtfertigungsgrund eine Pflichtverletzung gegenüber der AG entfallen. Nicht relevant ist die Einwilligung des klagenden Aktionärs oder eines anderen Aktionärs. Denn diese machen nicht ihre Ansprüche und ihren Schaden aus Pflichtverletzungen ihnen gegenüber geltend. Eine solche Einwilligung kann deshalb dem gemäss Art. 757 Abs. 2 OR klagenden Aktionär nicht als Einrede *volenti non fit iniuria* entgegengehalten werden, denn eine solche Einwilligung stellt keinen Rechtfertigungsgrund einer Pflichtverletzung gegenüber der AG dar. Solche Einwilligungen von Aktionären können erneut nicht mit einer alternativen Begründung relevant gemacht werden.[55]

C. Exkurs

Wie ausgeführt handelt es sich bei den Ansprüchen gemäss Art. 754 OR bzw. Art. 756 ff. OR ausser Konkurs und im Konkurs immer um Ansprüche der AG. Immer wird mittels dieser Ansprüche der Schaden der AG geltend gemacht. Dieser wird mittels der Differenztheorie ermittelt.[56] Das heisst jedoch nicht, dass der Schaden notwendigerweise nach einer Substanzwertmethode als negative Veränderung des Eigenkapitals zu ermitteln ist.[57] Vielmehr ist wie z.B. bei Unternehmensbewertungen ein pragmatischer Methodenpluralismus angezeigt und alsdann die für eine typische Fallkonstellation geeignetste Methode zur Anwendung zu bringen.[58] Ausser Konkurs führt dies eher

Raschein-Praxis durch das Abschneiden von Einreden doch mehr Rechte verleiht (gl.M. OFK-Amstutz/Gohari [FN 27], Art. 757 OR N 23; a.M., d.h. die Inkonsequenz zwar erkennend, aber rechtfertigend und damit letztlich widersprüchlich Rebsamen [FN 5], 450, und Jenny [FN 6], 115 f., 117 f., 121 f., 124 f., 217 ff.); s. auch die bundesgerichtliche Relativierung und damit Modifizierung der Raschein-Praxis in Bezug auf die Einrede der Verrechnung gemäss BGE 136 III 148 E. 2.5; 132 III 342 E. 4.1 ff.; s. dazu im Detail z.B. Jenny (FN 6), 100 ff.

47 S. auch Jean Nicolas Druey, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste? – Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 9 f., insb. Fn 16, zum notwendigen Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Rechtfertigungsgrund.

48 A.M. Rebsamen (FN 5), 450 f., und Schnyder (FN 12), 50, wenn alle Gläubiger einwilligen.

49 A.M. BSK OR II-Gericke/Waller (FN 14), Art. 757 N 28; Rebsamen (FN 5), 450 ff.; Schnyder (FN 12), 50.

50 Baum/von der Crone (FN 1), 238, Fn 61, zur Anwendbarkeit der bundesgerichtlichen Überlegungen zur Klage der Konkursmasse oder eines Abtretungsgläubigers auf die Klage eines Aktionärs im Allgemeinen.

51 Z.B. BGE 117 II 432 E. 1b ee; anders BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 136 III 107).

52 Gl.M. OFK-Amstutz/Gohari (FN 27), Art. 757 OR N 24; BSK OR II-Gericke/Waller (FN 14), Art. 757 N 21 f.; Baum/von der Crone (FN 1), 238, Fn 61; Bärtschi (FN 8), 166 f.; a.M. Böckli (FN 27), § 18 N 274, welcher ebenfalls die Meinung vertritt, dass der Aktionär nach Konkurseröffnung die Klagebefugnis verliere und «so gut wie rechtlos» werde.

53 Baum/von der Crone (FN 1), 240.

54 S. aber III.

55 S. auch III.F. m.w.H.

56 BGE 142 III 23 E. 4.4.

57 Benoît Chappuis/Sebastiano Nessi, Assessing Damage under the Discounted Cash Flow Approach (DCF): Sound Tool or Speculative Method? A Swiss perspective, SZW 2012, 269 ff., 274 f. im Allgemeinen; a.M. von der Crone/Baum (FN 18), 289; Baum/von der Crone (FN 1), 236 f., 241; s. auch BGE 142 III 23 E. 4.4, wo die gleichzeitige Abnahme der Aktiven und der Passiven der AG durch Bezahlung von Schulden durch die AG nicht als Schaden der AG qualifiziert wurde.

58 Chappuis/Nessi (FN 57), 274 f.; zum Methodenpluralismus des Bundesgericht bei Unternehmensbewertungen z.B. BGer, 4A_341/2011, 21.3.2012, E. 5.1.3; BGer, 4A_96/2011, 20.9.2011, E. 5.4 (nicht publiziert in BGE 137 III 577); BGE 136 III 209 E. 6.2; BGer, 4C.363/2000, 3.4.2001, E. 2c; BGE 120 II 259 E. 2b; von der Crone (FN 27), § 2, Fn 282; Chappuis/Nessi (FN 57), 277; zum Methodenpluralismus in der Unternehmensbewertung im Allgemeinen z.B. Manuel Berger/Patrick Schwendener/Pascal Ziegler, Unternehmensbewertung als Erfolgsfaktor im

zur Anwendung einer Ertragswertmethode,[59] während im Konkurs eher Liquidationswerte massgebend sind.[60]

III. Anforderungen an die Einwilligung der AG

A. Einwilligung der AG als rechtsgeschäftliches Handeln der AG

Wie ausgeführt fällt ausser Konkurs, aber auch im Konkurs, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR gegenüber der klagenden AG, einem klagenden Aktionär, der klagenden Konkursverwaltung und einem klagenden Gläubiger ausser Betracht, wenn das ins Recht gefasste Organ mit Einwilligung der AG gehandelt hat. Wie bei der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht ist die *Einwilligung ein Rechtsgeschäft*. Ob sie ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie bei der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht überwiegend angenommen wird,[61] oder sie ein Vertrag ist, sei hier offengelassen.[62] Anwendbar ist so oder so Art. 55 ZGB,[63] der das rechtsgeschäftliche Handeln der Organe regelt.[64] Die AG handelt rechtsgeschäftlich durch ihren Verwaltungsrat (Art. 718 OR). Wie bei der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht[65] gibt es gewisse materielle Anforderungen bzw. Wirksamskeitsanforderungen an die Einwilligung, wie u.a. Kenntnis und/oder Erkennbarkeit der relevanten Fakten,[66] was aber hier nicht weiter vertieft werden soll.[67]

B. Rolle von Interessenkonflikten bei der Einwilligung

Die Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats beim rechtsgeschäftlichen Handeln ist bei Interessenkonflikten beschränkt.[68] Handeln in einem Interessenkonflikt ist damit (bei Bösgläubigkeit) wirkungslos.[69] Relevant diesbezüglich sind nicht nur *Interessenkonflikte* (von einer gewissen Bedeutung und in einer bestimmten Art[70]) *im konkreten Einzelfall*, sondern auch *strukturelle Interessenkonflikte*, die sich nicht aus einem konkreten Einzelfall ergeben, sondern mit der Struktur der AG generell zusammenhängen.[71]

Deal Cycle Framework, EF 2015, 566 ff.; zur Notwendigkeit der Typisierung von Fallkonstellationen BGE 134 II 160 E. 13, 14.

59 Bei Unternehmensbewertungen: Markus Vischer/Thomas Wehinger, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsklagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, Besprechung des Urteils 4A_341/2011 des Bundesgerichts vom 21. März 2012, GesKR 2012, 455 ff., 457 f.; Markus Vischer/Thomas Wehinger, Angemessenheit der Abfindung und Verteilung der Gerichtskosten im bundesgerichtlichen Verfahren beim Squeeze-Out-Merger, Besprechung des Urteils 4A_96/2011 des Bundesgerichts vom 20. September 2011 (BGE 137 III 577), GesKR 2012, 123 ff., 126; Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129 ff., 133; s. auch BGer, 5A_387/2010 und 5A_405/2010, 14.9.2010, E. 5.2.3.

60 Bei Unternehmensbewertungen: BGE 136 III 209 E. 6.2.2; BGer, 4C.363/2000, 3.4.2001, E. 2c; BGE 120 II 259 E. 2b.

61 Michael Hochstrasser, Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden, AJP 2016, 910 ff., 913; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 144; Rebsamen (FN 5), 441; Oftinger/Stark (FN 3), § 16 N 243; Emil Stark, Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, SJZ 1954, 21 ff., 24.

62 S. vertieft Ohly (FN 7), 35 ff., insb. 59, zu den Möglichkeiten der Qualifikation der Einwilligung als Rechtsgeschäft (einseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag), geschäftsähnliche Handlung oder Realakt, 178 ff., 465, 468 ff.; zur Diskussion der gleichen Fragen bei der Décharge Lino Hänni, La portée matérielle et temporelle de la décharge, GesKR 2015, 121 ff., 122; Kunz (FN 30), 153;

63 A.M. Rebsamen (FN 5), 442 f.; s. auch BGE 127 III 332 E. 2.b.bb, wo die Genehmigung des Handelns eines Organs im Interessenkonflikt durch ein anderes Organ als eine Vertretungshandlung und nicht als eine Geschäftsführungshandlung qualifiziert wird; s. allerdings auch die Kritik dieses Urteils durch Ralph Straessle/Hans Caspar von der Crone, Die Doppelvertretung im Aktienrecht, Bundesgerichtsurteil 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 in Sachen SE Swiss Estates AG gegen die Generalbau Rudolf Lüthy AG, SZW 2013, 338 ff., 346 f.

64 Z.B. ZGB I-Huguenin, Art. 55 N 21 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

65 Z.B. Donatsch/Tag (FN 3), 259 f.

66 Jenny (FN 6), 209 f.; Schnyder (FN 12), 51 f.

67 Vertieft z.B. Ohly (FN 7), 293 ff., 471 ff.

68 Zur Unterscheidung von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis z.B. Christoph B. Bühler/Nicolas Spichtin, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015, 150 ff., 153; Patric Alessander Brand, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Ein Beitrag zu den gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen von Down-, Up- und Side-Stream-Transaktionen, Jusletter vom 22.8.2011, N 81 ff.

69 Z.B. BGer, 4A_147/2014, 19.11.2014, E. 3.1.1; BGer, 4C.25/2005, 15.8.2005, E. 1.1 (nicht publiziert in BGE 131 III 636); BGE 126 III 361 E. 3a; BSK OR II-Watter (FN 14), Art. 718 N 32; Straessle/von der Crone (FN 63), 347 i.V. 340 f.; Peter Böckli, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012, 354 ff., 357 f.; Brand (FN 68), N 130 ff.; s. zur gleichen Rechtslage bei Selbst- und Doppelkontrahieren z.B. BGE 127 III 332 E. 2a, 2b.aa; BSK ZGB I-Huguenin (FN 64), Art. 55 N 26; Straessle/von der Crone (FN 63), 347; Böckli (FN 69), 355 f., 357.

70 Bühler/Spichtin (FN 68), 155; Böckli (FN 69), 364 ff.

71 Dazu im Allgemeinen von der Crone (FN 27), § 4 N 68 ff.; zur Relevanz auch abstrakter Interessenkonflikte im Allgemeinen z.B. Straessle/von der Crone (FN 63), 348.

Die Einwilligung des Verwaltungsrats in die Schädigung der AG durch ein Verwaltungsratsmitglied oder ein anderes (dem Verwaltungsrat untergeordnetes) Organ der AG i.S. von Art. 754 OR ist deshalb infolge des möglicherweise vorliegenden konkreten, sicher aber aufgrund des oft vorliegenden strukturellen Interessenkonflikts im Regelfall unwirksam.[72]

Der genannte Interessenkonflikt kann nach den allgemeinen Regeln (anders als bei Art. 695 OR) durch gewisse prozedurale Massnahmen aufgelöst werden.[73] Bei diesen prozeduralen Massnahmen steht die (vorgängige oder nachträgliche) Genehmigung durch konfliktfreie Verwaltungsratsmitglieder im Vordergrund, z.B. dadurch, dass die sich in einem Interessenkonflikt befindlichen Verwaltungsratsmitglieder beim betreffenden Verwaltungsratsentscheid in den Ausstand treten und nur die konfliktfreien Verwaltungsratsmitglieder abstimmen, oder ein Ausschuss von konfliktfreien Verwaltungsratsmitgliedern den betreffenden Verwaltungsratsentscheid genehmigt (sog. Genehmigung durch ein nebengeordnetes Organ).[74]

Umstritten ist, ob zu diesen prozeduralen Massnahmen auch die (vorgängige oder nachträgliche) Genehmigung durch die Generalversammlung gehört (sogenannte Genehmigung durch ein übergeordnetes Organ). Das beschlägt das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung, welches insgesamt kontrovers ist.[75] Tendenziell neigt die überwiegende Lehre aufgrund des Wortlauts von Art. 698 Abs. 2 OR und Art. 716a Abs. 1 OR zum Paritätsprinzips.[76] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zumindest nicht gegen das Paritätsprinzip.[77] Das Paritätsprinzip bedeutet, dass dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung jeweils eigene Kompetenzen zukommen, für welche sie ausschliesslich zuständig sind.[78] Das würde konsequenterweise bedeuten, dass eine Genehmigung durch die Generalversammlung einen beim Verwaltungsratsentscheid vorliegenden Interessenkonflikt nicht auflöst.[79] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die überwiegende Lehre befürworten jedoch eine Flexibilisierung des Paritätsprinzips und die damit einhergehende Durchbrechung der aktienrechtlichen Kompetenzen in ausserordentlichen Situationen, z.B. bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, und lassen damit als prozedurale Massnahme, welche einen Interessenkonflikt bei einem Verwaltungsratsentscheid auflöst, eine Genehmigung durch die Generalversammlung zu.[80] Wenn man dem folgt, ist aber analog Art. 695 OR zu fordern, dass sich die Aktionäre, die ein Interesse am zur Diskussion stehenden Entscheid haben, sich in der betreffenden Generalversammlung der Stimme enthalten.[81] Tun sie dies nicht, stellt der betreffende Generalversammlungsbeschluss m.E. keine Genehmigung dar. Ein solcher Generalversammlungsbeschluss ist also m.E. entgegen der nach überwiegender Lehre bestehenden Rechtslage beim Generalversammlungsbeschluss über die Décharge, an dem Personen unter Stimmrechtsausschluss gemäss Art. 695 OR mitgewirkt haben,[82] nicht nur anfechtbar.

---

72 Im Resultat gl.M. Rebsamen (FN 5), 443.

73 Von der Crone (FN 27), § 4 N 271.

74 Z.B. BGer, 4C.25/2005, 15.8.2005, E. 1.1 (nicht publiziert in BGE 131 III 636); BGE 126 III 361 E. 3a; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1348; von der Crone (FN 27), § 4 N 272 ff.; Straessle/von der Crone (FN 63), 346 ff.; zum Begriff der Konfliktfreiheit bzw. zum nicht deckungsgleichen Begriff der Unabhängigkeit Böckli (FN 69), 360 ff.; zu den Kriterien der Unabhängigkeit z.B. von der Crone (FN 27), § 4 N 72 ff.; zur Streitfrage, ob die Genehmigung durch kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied genügt BSK OR II-Watter (FN 14), Art. 718a N 12b; s. zur gleichen Rechtslage bei Selbst- und Doppelkontrahieren z.B. BGE 127 III 332 E. 2a, 2b.aa; BSK OR II-Watter (FN 14), Art. 718 N 21, Art. 718a N 12 ff.; zur Qualifikation dieser Genehmigung als Vertretungs- oder als Geschäftsführungshandlung BGE 127 III 332 E. 2.b.bb contra Straessle/von der Crone (FN 63), 346 f.

75 Salim Rizvi, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats, Bern 2011, N 374.

76 Daniel M. Häusermann, Wider das Paritätsprinzip, SZW 2014, 255 ff., 255; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 16 N 352, 355, 412; Rizvi (FN 75), N 375.

77 Rizvi (FN 75), N 375.

78 Rizvi (FN 75), N 375.

79 Walter A. Stoffel/Anne Gabellon, Montesquieu en droit des sociétés anonymes: le principe de la parité constitue-t-il une distribution des pouvoirs bénéfiques ou plutôt un lit de Procuste, SZW 2015, 434 ff., 439.

80 Z.B. BGer, 4C.25/2005, 15.8.2005, E. 1.1 (nicht publiziert in BGE 131 III 636); BGE 126 III 361 E. 3a; z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 14), Art. 698 N 8d; von der Crone (FN 27), § 4 N 274; Rebsamen (FN 5), 443 f.; Straessle/von der Crone (FN 63), 346 ff.; Jenny (FN 6), 207 f.; Rizvi (FN 75), N 376; s. zur gleichen Rechtslage bei Selbst- und Doppelkontrahieren z.B. BGE 127 III 332 E. 2a, 2b.aa; BSK OR II-Watter (FN 14), Art. 718 N 21, Art. 718a N 12 ff.; Straessle/von der Crone (FN 63), 348 f.; skeptisch Forstmoser/Küchler (FN 74), N 1349, welche auf «dogmatische Probleme» einer Genehmigung durch die Generalversammlung hinweisen.

81 Rebsamen (FN 5), 444; von der Crone (FN 27), § 4 N 274; Straessle/von der Crone (FN 63), 348 f.; a.M. Böckli (FN 69), 356, Fn 30; skeptisch wohl auch Forstmoser/Küchler (FN 74), N 1350.

82 Z.B. Böckli (FN 27), § 18 N 455b.

C. Anforderungen an den Verwaltungsrats- bzw. Generalversammlungsbeschluss bezüglich Einwilligung

Wie jeder Verwaltungsratsbeschluss muss auch der Verwaltungsratsbeschluss bezüglich Einwilligung den üblichen Anforderungen eines ordnungsgemässen Verwaltungsratsbeschlusses genügen.[83] Ein informeller bzw. stillschweigender Verwaltungsratsbeschluss genügt diesen Anforderungen nicht, weshalb eine Einwilligung entgegen der bundesgerichtlichen Praxis nicht informell bzw. stillschweigend gegeben werden kann. Ein solcher Verwaltungsratsbeschluss kann auch nicht ohne Weiteres in eine mutmassliche Einwilligung[84] umgedeutet werden, entsprechend den Grundsätzen bei der allgemeinen privatrechtlichen Haftpflicht[85] mindestens dann nicht, wenn ein ordnungsgemässer Verwaltungsratsbeschluss aufgrund der Umstände möglich oder anzunehmen ist, dass die AG die Einwilligung nicht gäbe.[86] Gleiches gilt für einen genehmigenden Generalversammlungsbeschluss, wenn man einen solchen denn zulassen will. Auch ein solcher darf nicht als informell bzw. stillschweigend vorliegend angenommen werden.[87] Es ist eben auch diesbezüglich das Spiel der AG zu spielen.[88]

D. Schriftlichkeit der Einwilligung

Die Einwilligung muss gemäss Art. 718b OR *schriftlich* sein, wenn ein Interessenkonflikt im Raum steht, ist doch Art. 718b OR nicht nur auf Verträge, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anwendbar,[89] wenn denn die Einwilligung ein solches ist.[90] Die notwendige Schriftlichkeit ist beim geforderten ordnungsgemässen Verwaltungsratsbeschluss kein Thema, schliesst aber ebenfalls die Möglichkeit eines informellen bzw. stillschweigenden Verwaltungsratsbeschlusses aus. Sie schliesst auch einen informellen bzw. stillschweigenden genehmigenden Generalversammlungsbeschluss aus, wenn man einen solchen im Grundsatz zulassen will.

E. Einwilligung durch die Generalversammlung?

Es wurde ausgeführt, dass die AG rechtsgeschäftlich durch ihren Verwaltungsrat handelt, der Verwaltungsrat also grundsätzlich die Einwilligung der AG erteilt. Es wurde weiter ausgeführt, dass diese Funktion nur in einem Sonderfall durch die Generalversammlung mittels einer Genehmigung eines Verwaltungsratsentscheids wahrgenommen wird, wenn man dies denn zulassen möchte, nämlich dann, wenn der Verwaltungsrat sich in einem Interessenkonflikt befindet. Damit ist umgekehrt gesagt, dass in allen anderen Fällen Generalversammlungsbeschlüsse keine Einwilligung der AG darstellen, also insbesondere dann nicht, wenn gewisse Verwaltungsratsbeschlüsse der Generalversammlung konsultativ zur Abstimmung vorgelegt werden.[91]

F. Einwilligung des Aktionärs nicht gleich Einwilligung der AG

Wiederholt sei, dass Einwilligungen eines Aktionärs keine Einwilligung der AG darstellen. Das gilt selbst bei Einwilligungen des gemäss Art. 756 OR oder Art. 757

---

83 Dazu im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Wernli/Rizzi (FN 14), Art. 713 N 1 ff.

84 S. dazu I.

85 Z.B. im Allgemeinen BSK OR I-Kessler (FN 4), Art. 52 N 20; Donatsch/Tag (FN 3), 261 f.; BSK StGB I-Seelmann (FN 4), Art. 14 N 16 ff.; Stefan Trechsel/Christopher Geth, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 15 StGB N 14.

86 S. Jenny (FN 6), 199 f.

87 Wohl gl.M. Rebsamen (FN 5), 445; a.M. BGer, 4A_518/2015, 3.3.2016, E. 3.1; BGE 131 III 640 E. 4.2.1; 126 III 361 E. 5a; Forstmoser/Küchler (FN 74), N 1351, insb. Fn 11; Schnyder (FN 12), 45 f.; Böckli (FN 27), § 18 N 455 bezüglich informeller Zustimmung eines Alleinaktionärs, s. aber auch die offenere Formulierung § 18 N 455a bezüglich informeller Zustimmung aller Aktionäre, s. auch § 12 N 58 mit der Zurückweisung der These u.a. von Bertschinger (Urs Bertschinger, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999; SemJud 199, 481 ff., SZW 2000, 199), wonach sich der «Alleinaktionär […] quasi permanent in einer Universalversammlung» befinde; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 157; s. aber auch BGE 128 III 142 E. 3b, wo das Bundesgericht betont, dass eine Décharge nur an einer ordnungsgemässen Generalversammlung und z.B. mittels Zirkularbeschlusses der Aktionäre oder in einer Urabstimmung unter den Aktionären erteilt werden kann; s. auch Hinweis in FN 92.

88 Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Küchler (FN 74), N 115, N 283, Fn 105, N 359, Fn 2, N 790.

89 BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (FN 14), Art. 718b N 3, s. auch N 14.

90 Zur umstrittenen Folge der Nichteinhaltung des Schriftlichkeitserfordernisses z.B. Böckli (FN 69), 357.

91 Gl.M. Rebsamen (FN 5), 443; BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 14), Art. 698 N 8a; Jenny (FN 6), 201 ff.; Böckli (FN 27), § 12 N 58a ff.; § 18 N 452c, 455a; Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Urteil des Bundesgerichts 127 III 332 vom 2. Mai 2001, SZW 2003, 102 ff., 108 ff.; zur Kontroverse über die Zulässigkeit solcher Konsultativabstimmungen und über ihre Wirkung auf die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 OR z.B. Rizvi (FN 75), N 576 ff.

Abs. 2 OR klagenden Aktionärs und bei Einwilligungen einer Mehrheit oder sogar aller Aktionäre, wenn man vom aufgezeigten Sonderfall absieht, dass die Einwilligung in Form einer Zustimmung im Rahmen eines insgesamt von einer Mehrheit der Aktionäre gefassten Generalversammlungsbeschlusses abgegeben wird, welcher einen Interessenkonflikt eines Verwaltungsratsbeschlusses betreffend eine Einwilligung auflöst, wenn man denn einen solchen Generalversammlungsbeschluss überhaupt zulassen will.[92]

Die Bestimmung von Art. 758 OR, wonach bei einer Klage eines Aktionärs gemäss Art. 756 OR oder Art. 757 Abs. 2 OR die Klageberechtigung bei einem zustande gekommenen Generalversammlungsbeschluss über die Décharge nur insofern entfällt, als ein Aktionär dem Generalversammlungsbeschluss über die Décharge zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Generalversammlungsbeschlusses über die Décharge erworben hat, findet als etwas systemwidrige Bestimmung[93] keine analoge Anwendung auf die Einwilligung des klagenden Aktionärs.[94] Es ist allein die Einwilligung der AG massgebend, die entweder vorliegt oder nicht vorliegt und die bei Generalversammlungsbeschlüssen nicht auf zustimmende bzw. nichtzustimmende Aktionäre heruntergebrochen werden muss und darf, wodurch bei einem Scheitern des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses u.U. dann doch die Einwilligung eines für den Generalversammlungsbeschluss stimmenden Aktionärs relevant wird.[95] Das wäre das Gegenteil von Minderheitenschutz, mit welchem die Regel von Art. 758 Abs. 1 OR begründet wird.[96]

IV. Einwilligung der AG bei der Einmannaktiengesellschaft im Besonderen

Es wurde bereits ausgeführt, dass eine rechtsgültige Einwilligung der AG nicht mittels eines informellen bzw. stillschweigenden Verwaltungsratsbeschlusses gegeben werden kann. Gleiches gilt für einen genehmigenden Generalversammlungsbeschluss, wenn man einen solchen denn zulassen will. Der informell bzw. stillschweigend geäusserte Wille des Alleinaktionärs ist deshalb entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre irrelevant. Die entsprechende «wirtschaftliche Betrachtung» ist abzulehnen.[97] Der Wille des Alleinaktionärs ist auch deshalb irrelevant, weil es bei der Klage der AG, eines Aktionärs, der Konkursmasse oder eines Gläubigers wie ausgeführt immer um die Einwilligung der AG und nicht um die Einwilligung eines Aktionärs geht. Es gibt auch keinen Grund, unbesehen der konkreten Umstände des Einzelfalls per se einen Durchgriff in Form eines Einredendurchgriffs[98] vorzunehmen und die AG und ihren Alleinaktionär gleichzusetzen.[99]

Ist der Alleinaktionär gleichzeitig auch entscheidendes Organ, ist sein Wille auch deswegen irrelevant, weil er sich in einem Interessenkonflikt befindet. Interessenkonflikte sind damit auch bei der Einmannaktiengesellschaft relevant.[100]

Dieser Befund deckt sich mit der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Strafrecht, gemäss welcher das Vermögen der AG auch im Verhältnis zum Alleinaktionär ein fremdes ist, weshalb Handlungen des Verwaltungsrats zum Nachteil der Einmannaktiengesellschaft auch dann den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen können, wenn der Alleinaktionär darin einwilligt.[101] Dies trifft entgegen dem Bundesgericht allerdings nicht nur dann zu, wenn das Aktienkapital und die gebundenen Reserven, sondern auch, wenn die nicht gebundenen Reserven betroffen sind. Denn entgegen dem Bundesgericht liegt auch in diesem Fall eine (in aller Regel verdeckte) verpönte Gewinnausschüttung im Sinne von Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR vor (wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind). Mit anderen

---

92 S. auch Rebsamen (FN 5), 445, der auf den Widerspruch in der Rechtsprechung (z.B. 126 III 361 E. 5a) und überwiegenden Lehre (z.B. Schnyder (FN 12), 48) hinweist, welche die ausserhalb einer Generalversammlung gegebenen Zustimmung aller Aktionäre bzw. des Alleinaktionärs als relevant, die ausserhalb einer Generalversammlung gegebene Zustimmung einer Mehrheit der Aktionäre aber als irrelevant qualifiziert.

93 S. I.

94 A.M. wohl Jenny (FN 6), 86.

95 Gl.M. Rebsamen (FN 5), 448; a.M. Graf (FN 44), 73; Jenny (FN 6), 215 ff.; Schnyder (FN 12), 48; Bärtschi (FN 8), 320.

96 S. I.

97 Gl.M. Rebsamen (FN 5), 199.

98 Jenny (FN 6), 221 ff.

99 A.M. Bertschinger (FN 87), 199; zu einem solchen Zurechnungsdurchgriff im Allgemeinen z.B. Rolf H. Weber, Juristische Personen, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band/Vierter Teilband, Einleitung und Personen, Basel 1998, 106; zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines Durchgriffs z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 76), § 2 N 43 ff.

100 A.M. von der Crone (FN 27), § 4 N 71.

101 BGE 141 IV 104 E. 3.2, u.a.: «Die Einwilligung des Alleinaktionärs ist nicht relevant.»; zustimmend z.B. Andrew M. Garbarski, Nr. 24 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. März 2015 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen und A. GmbH – 6B_20/2015 [zur Publikation vorgesehen], forumpoenale 2015, 198; ablehnend z.B. Damian K. Graf, Einmanngesellschaften und ungetreue Geschäftsbesorgung, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_20/2015 vom 16. März 2015 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter vom 20.4.2015, N 25.

Worten hängt die Qualifikation der Gewinnausschüttung und insbesondere der verdeckten Gewinnausschüttung gemäss Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR nicht davon ab, ob das Aktienkapital und die gebundenen Reserven oder «nur» die nicht gebundenen Reserven betroffen sind. Auch (verdeckte) Gewinnausschüttungen zulasten der nicht gebundenen Reserven sind nach Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR verpönte (verdeckte) Gewinnausschüttungen (wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind).[102]

V. Einwilligung bei Klagen von Aktionären und Gläubigern ausserhalb von Art. 754 OR

Bis jetzt wurde lediglich die Einwilligung (der AG) im Verhältnis zu Klagen der AG, eines Aktionärs gemäss Art. 756 OR, der Konkursmasse und eines Gläubigers gemäss Art. 757 OR thematisiert, die Ansprüche der AG und damit den Schaden der AG aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG geltend machen. Neben diesen Klagen hat ein Aktionär oder ein Gläubiger auch die Möglichkeit, aus Pflichtverletzungen ihnen gegenüber (direkt) erlittenen Schaden gegen Organe der AG geltend zu machen.[103] Der Schaden der AG und der von einem Aktionär oder Gläubiger (direkt) erlittene Schaden ist vom Reflexschaden, etwas verwirrend manchmal auch mittelbarer oder indirekter Schaden genannt, abzugrenzen. Der *Reflexschaden* ist der Schaden, den ein Aktionär oder Gläubiger indirekt dadurch erleidet, dass die AG geschädigt wird.[104] Er kann wie grundsätzlich der Reflexschaden im allgemeinen privatrechtlichen Haftpflichtrecht nicht geltend gemacht werden.[105] Bei den Pflichtverletzungen gegenüber einem Aktionär oder einem Gläubiger stehen als verletzte Haftungsnorm Art. 41 OR, *culpa in contrahendo* oder eine den Aktionär oder Gläubiger (allenfalls auch zusammen mit der AG) schützende Bestimmung des Gesellschaftsrechts im Vordergrund.[106]

Es ist zweifelhaft, ob die Klagen eines Aktionärs oder Gläubigers auf Ersatz des direkt erlittenen Schadens ebenfalls von Art. 754 OR erfasst sind oder ob sie den Regeln der allgemeinen privatrechtlichen Haftung unterstehen.[107] Es ist wohl Letzteres anzunehmen,[108] denn Art. 754 Abs. 1 OR spricht nicht die Anspruchszuständigkeit (eines Aktionärs oder Gläubigers für – direkt – erlittenen Schaden), sondern die Klageberechtigung der Aktionäre und Gläubiger gemäss Art. 756 OR und Art. 757 Abs. 2 OR zur Geltendmachung der Ansprüche und des Schadens der AG aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG (geschilderte Prozessstandschaften) an.[109] Die Einwilligung richtet sich deshalb bei solchen Klagen nach den Regeln der allgemeinen privatrechtlichen Haftung. Damit ist bei solchen Klagen die Einwilligung des klagenden Aktionärs bzw. des klagenden Gläubigers (und nicht die Einwilligung der AG) relevant.[110]

Anzufügen ist noch, dass bei der Klage eines Aktionärs oder Gläubigers auf Ersatz des direkt erlittenen Schadens nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung je nach zur Diskussion stehenden Haftungsnorm nach Eintritt des Konkurses der AG gewisse Restriktionen bezüglich Durchsetzung bestehen, wenn die AG und eben nicht nur der Aktionär oder Gläubiger durch das fragliche Verhalten des Organs ebenfalls geschädigt wurde und damit eine Konkurrenzsituation zwischen der Klage eines Aktionärs oder Gläubigers auf Ersatz des direkt erlittenen Schadens und Klagen auf Ersatz des Schadens der AG

---

102 Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Vischer), Art. 678 OR N 16; a.M. z.B. Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, § 4 N 45 ff., § 5 N 105, 119, § 9 N 12 f.; s. zum Verhältnis von Art. 678 OR und Art. 682 Abs. 2 OR OFK-Vischer, Art. 680 OR N 12.

103 BGE 142 III 23 E. 4.3; 141 III 112 E. 5.2.1; 132 III 564 E. 3.1.1, 3.1.3, 3.2.1; 131 III 306 E. 3.1.2, i.S. Biber.

104 BGE 132 III 564 E. 3.1.2; 131 III 306 E. 3.1.1, i.S. Biber; z.B. Baum/von der Crone (FN 1), 234.

105 BGE 131 III 306 E. 3.1.1, i.S. Biber; z.B. Baum/von der Crone (FN 1), 234; Adrian Bieri, Aktivlegimitation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane im Konkurs der Gesellschaft, GesKR 2015, 295 ff., 298.

106 Böckli (FN 27), § 18, N 238 ff., 299 ff.; s. für ein Beispiel einer Verletzung von Art. 41 OR durch Missbrauch von Lohnabzügen i.S. von Art. 159 StGB BGer, 4A_428/2014, 12.1.2015, E. 6 (nicht publiziert in BGE 141 III 112).

107 BGE 142 III 23 E. 4.3.

108 BGE 141 III 112 E. 5.2.1; BGE 132 III 564 E. 3.2.1; z.B. von der Crone/Baum (FN 18), 289; Böckli (FN 27), § 18 N 311.

109 A.M. Felix Buff/Hans Caspar von der Crone, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Bundesgerichtsurteil 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112), SZW 2015, 269 ff., 271, Fn 21; a.M. auch Kunz (FN 30), 95, wonach Art. 754 OR die Anspruchsberechtigung eines Aktionärs oder Gläubigers zur Geltendmachung der Ansprüche und des Schadens der AG aus Pflichtverletzungen gegenüber der AG anspricht, was eine Verwerfung der Theorie der geschilderten Prozessstandschaft bedeutet; zum Begriffspaar Anspruchszuständigkeit und Klageberechtigung s. II.A.

110 Jenny (FN 6), 199.

besteht.[111] Der Umfang dieser Restriktionen ist aber nach dem Entscheid BGE 141 III 112 zurzeit unklar.[112]

Anzufügen bleibt weiter, dass das Bundesgericht es in BGE 142 III 23 in Aufgabe der sogenannten *Raichle-Praxis*[113] abgelehnt hat, die Konkursverwaltung befugt zu halten, mittels Verantwortlichkeitsklage gegen Organe der AG den Schaden geltend zu machen, den die Gläubiger direkt erlitten haben.

VI. Schlussfolgerungen

Gemäss der Raschein-Praxis nimmt das Bundesgericht gegenüber der Klage der Konkursverwaltung und eines Abtretungsgläubigers einen Ausschluss der Einrede der Einwilligung der AG und damit der Einrede *volenti non fit iniuria* an. Dafür braucht es aber die dogmatisch unbefriedigende Raschein-Praxis nicht. Vielmehr sollte das Bundesgericht an eine wirksame Einwilligung der AG die üblichen Anforderungen stellen, insbesondere was Interessenkonflikte und das Verfahren betrifft, in dem Einwilligungen erteilt werden. Einwilligungen der AG wären dann bei Klagen der Konkursverwaltung, eines Abtretungsgläubigers und eines Aktionärs gemäss Art. 757 OR im Grundsatz relevant, im Einzelfall aber viel weniger häufig, weil oft ein Interessenkonflikt vorliegt und eine bloss informelle bzw. stillschweigende Einwilligung ungenügend ist. Dies gilt selbstverständlich auch bei den Klagen der AG und eines Aktionärs gemäss Art. 756 OR ausser Konkurs, bei denen das Bundesgericht zu schnell eine wirksame Einwilligung annimmt, insbesondere in der Einmannaktiengesellschaft, wo das Bundesgericht regelmässig informelle bzw. stillschweigende Einwilligungen genügen lässt und regelmässig in einem unzulässigen Durchgriff den Willen des Alleinaktionärs und der AG gleichstellt und so die rechtliche Verschiedenheit von Alleinaktionär und AG negiert.

---

[111] BGE 131 III 306 E. 3.1.2, i.S. Biber; von der Crone/Baum (FN 18), 289; Baum/von der Crone (FN 1), 239, 241 ff.; Bieri (FN 105), 298 ff.

[112] Gl.M. wohl Walter A. Stoffel/Arnaud Constantin, Le droit des sociétés 2015, SWZ 2016, 322 ff., 325; Baum/von der Crone (FN 1), 241 ff., auch mit einem Plädoyer zugunsten einer Aufgabe der Restriktionen; Buff/von der Crone (FN 109), 276.

[113] BGer, 5C.29/2000, 19.9.2000, i.S. Raichle.