Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 23 (1904)

Artikel: Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach O.R. Art. 674

Autor: Wieland, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896583

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach O. R. Art. 674.

Von Dr. Alfred Wieland in Basel.

I. Einleitung.

1. So klar der Wortlaut von Art. 674 O. R. zu sein scheint, so bestritten ist sein Inhalt.

Streitig ist zunächst, ob die Klage aus Art. 674 Kontrakts- oder Deliktsklage ist.

Soweit eine Deliktsklage angenommen wird, ist wiederum bestritten, ob sie neben der Klage aus Art. 50 O. R. hergeht, oder diese ersetzt.

Die praktische Bedeutung dieser Kontroverse liegt auf der Hand.

Im französischen Rechte beispielsweise kommt es vielfach vor, dass der Aktionär, der auf Grund eines unrichtigen Geschäftsberichtes zu ungünstigen Bedingungen Aktien gekauft hat, die Verwaltung zwingt, ihm seine Aktien zum Selbstkostenpreise abzunehmen. Dieser Entscheid stützt sich auf Art. 1382 Code civil, der unserm Art. 50 entspricht. Er ist auch bei uns möglich, wenn Art. 50 neben Art. 674 gilt, unmöglich aber, oder doch nur selten möglich, wenn Art. 674 in dieser Materie Art. 50 ersetzt. Der Nachweis des dolus der Verwaltung ist ja schwer zu erbringen, die Klage aus Art. 674 ist aber an diese Voraussetzung geknüpft.

Auch diejenigen endlich, welche in der Klage aus Art. 674 eine Kontraktsklage erblicken, sind wiederum geteilter Ansicht.

Bestritten ist namentlich, ob und eventuell unter welchen Bedingungen der Aktionär resp. der Gläubiger nur den sog. primären, oder auch den sekundären Schaden einklagen kann.

Primär nennt man den Schaden, den nur der Aktionär, resp. der Gläubiger, aber nicht die Gesellschaft erlitten hat; sekundär den Schaden, der zunächst die Gesellschaft und nur mittelbar auch den einzelnen Aktionär resp. den Gläubiger getroffen hat.

Primär geschädigt ist der Gläubiger beispielsweise dann, wenn die Verwaltung trotz Ueberschuldung der Gesellschaft nur einzelne Kreditoren befriedigt, statt den Konkurs anzumelden. Eine primäre Schädigung des Aktionärs liegt z. B. dann vor, wenn die Verwaltung seine Aktien widerrechtlich caduciert. Nur sekundär ist der Schaden des Gläubigers und des Aktionärs dagegen beispielsweise da, wo die Verwaltung durch schlechte Geschäftsführung das Gesellschaftsvermögen schädigt.

Die Bezeichnung: „primärer" und „sekundärer" Schaden ist zwar keine glückliche, immerhin aber in der Literatur über Art. 674 eingebürgert, so dass sie auch in der Folge beibehalten werden mag.

2. Die einfachste Orientierung über die Argumente, auf welche die verschiedenen angeführten Ansichten gestützt werden, liegt in einer kurzen Uebersicht über die Literatur zu Art. 674.

Dass es sich um eine Kontraktsklage handle, hat zunächst das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 12/13. Oktober 1888 in Sachen: Solothurn c. Kaiser vertreten: [1])

„Art. 674 O. R. statuiert nicht einen Deliktsanspruch, beziehungsweise einen speziellen Anwendungsfall der bereits in Art. 50 und ff. normierten actio doli; er gewährt vielmehr den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern ein (allerdings auf den Fall absichtlicher Pflichtverletzung beschränktes) Klagrecht gegen das Verwaltungspersonal einer Aktiengesellschaft wegen Verletzung der gegenüber der Aktiengesellschaft übernommenen Vertragspflichten. Er durchbricht also die Regel, dass Verträge Rechte und Pflichten nur zwischen den vertragschliessenden Parteien begründen, indem er ein Klagrecht wegen Verletzung vertraglicher Pflichten nicht nur der Vertragspartei, der Aktiengesellschaft, sondern auch dritten Per-

[1]) A. S. d. Entsch. d. B. G. Bd 14 S. 668 fg.

sonen, den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern, zuteilt."

Die Frage, ob die Klage aus Art. 674, so lange noch die Gesellschaft aus Art. 673 anspruchberechtigt ist, auch den sekundären oder nur den primären Schaden umfasst, wirft das Bundesgericht zwar auf, ohne sie aber zu beantworten:[2])

„Fraglich kann dabei sein, ob, sofern es sich um einen den Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern bloss mittelbar, vermittelst Schädigung des Gesellschaftsvermögens, zugefügten Schaden handelt, der Anspruch der einzelnen Aktionäre oder Gläubiger nicht erst dann geltend gemacht werden könne, wenn der konkurrierende Anspruch der Gesellschaft untergegangen ist (weil ja sonst die Möglichkeit gegeben wäre, dass die gleiche Sache doppelt, einmal der Gesellschaft und sodann den einzelnen Aktionären oder Gläubigern, ersetzt werden müsste). Diese Frage kann indes hier auf sich beruhen bleiben."

Dieser Auffassung folgt Schneider in seinem Kommentar[3]) ohne nähere Begründung und ebenso Curti.[4])

Weiter ausgeführt hat sie namentlich Wächter[5]). Seiner Ansicht nach umfasst die Klage aus Art. 674 zwar sowohl den primären als auch den sekundären Schaden. Im Falle des sekundären Schadens kann sie aber erst angestrengt werden, wenn der Anspruch der Gesellschaft aus Art. 673 in irgend einer Weise beseitigt ist. Da nämlich die Verwaltung nur einmal zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, könne sie vorher der Klage aus Art. 674 stets die Einrede entgegenhalten, dass der Anspruch der Gesellschaft demjenigen der Aktionäre und der Gläubiger vorgeht.

Eine Kontraktsklage nimmt auch Welti[6]) an. Seiner Ansicht nach hat der Aktionär resp. der Gläubiger zweierlei Rechte: 1. Im Falle des primären Schadens die Verwaltung direkt mit

---

[2]) Auch nicht in den spätern Entscheiden: Bd 23 II S. 1072; Bd 24 II. S. 817; Bd 28 II. S. 100 fg.; Revue: Bd 20 S. 143.

[3]) N. 8 zu Art. 674.

[4]) Schw. Handelsrecht S. 299 f.

[5]) In dieser Zeitschrift. N. F. Bd 7 S. 381 fg.

[6]) Organisation der A. G. (Zürcher Doktordissertation). S. 81 fg.

der Klage aus Art. 674 zu belangen; 2. Im Falle des sekundären Schadens mit derselben Klage die Gesellschaft auf Cession ihres Anspruches aus Art. 673 zu verklagen. Dieses zweite Recht wird aber an die Voraussetzung geknüpft, dass die Aktiengesellschaft auf ihre Klage aus Art. 673 verzichtet. Andernfalls sei der Aktionär und der Gläubiger noch gar nicht geschädigt, denn juristisch liege ein Ersatz des der Gesellschaft erwachsenen Schadens schon in der Existenz der Ersatzforderung der Gesellschaft, nicht erst in ihrer Durchführung. Dieser Auffassung stimmt in der Hauptsache auch Béguelin zu.[7])

Den Uebergang zur Deliktsteorie bildet Rossel.[8])

Da die Parteien des Mandatsvertrages aus der Gesellschaft einerseits und der Verwaltung andererseits bestehen, könne die Klage des einzelnen Aktionärs und Gläubigers nicht eine Vertragsklage, sondern nur eine Quasikontraktsklage sein. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde das Verhältnis der Verwaltung zu dem einzelnen Aktionär und Gläubiger Art. 50 fg. O. R. unterliegen. Der Gesetzgeber habe aber diese Haftung als allzuscharf durch die mildere aus Art. 674 ersetzt.

Gleicher Ansicht ist Schnetzler,[9]) nur dass er im Gegensatze zu Rossel auch de lege ferenda mit dieser abgeschwächten Haftung der Verwaltung einverstanden ist.

Eine reine Deliktklage nimmt Jacottet an,[10]) und ebenso Bachmann.[11])

Da zwischen dem Aktionär resp. dem Gläubiger und der Verwaltung kein Vertrag besteht, könne auch die Klage aus Art. 674 nicht Vertrags- sondern nur Deliktsklage sein. Für die entgegengesetzte Auffassung des Bundesgerichtes biete das Gesetz nicht genügende Anhaltspunkte. Ausserdem gehe die Klage aus Art. 674 nur auf Ersatz des primären, nicht des sekundären Schadens. Andernfalls — wird namentlich mit Berufung

---

[7]) Im Journal des tribunaux 1901 S. 49 fg.

[8]) In dieser Zeitschrift. N. F. Bd 16 S. 111 fg.

[9]) „Le contrôle dans les Sociétés anonymes," im Recueil publié par la faculté de Droit von Lausanne 1896 S. 65 fg.

[10]) Manuel S. 375.

[11]) Sonderrechte der Aktionäre S. 140 fg.

auf Renaud [12]) geltend gemacht, — würde die Klage aus Art. 674 eventuell zu einer gesetzeswidrigen Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die klagenden Aktionäre führen und dieses Resultat wäre unvereinbar mit den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechtes.

Wie sehr der herrschenden Meinung gegenüber dieser Einwand berechtigt ist, ergibt das folgende einfache Beispiel.

Die Verwaltung hat an die Prioritätsaktien eine fiktive Dividende ausbezahlt, also das Grundkapital rechtswidrig angegriffen. Dafür steht der Gesellschaft ein Schadenersatzanspruch gegen die Verwaltung zu, der auf Ergänzung des Grundkapitals geht. Könnte nun der geschädigte Stammaktionär die Forderung der Gesellschaft ganz oder auch nur zum Teile zur Liquidierung seines individuellen Schadens verbrauchen, so wäre die Folge eventuell die, dass zwar der Stammaktionär gedeckt, aber der Gläubiger endgültig geschädigt wäre. Die Verwaltung haftet ja nur einmal auf Ersatz des Schadens. Wenn sie also an den Aktionär zahlt, so ist sie frei und die Gesellschaft hat keinen Ersatzanspruch mehr, obschon das Grundkapital rechtswidrig angegriffen ist. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erhält aber sonst der Aktionär solange jedenfalls nichts, als nicht im Hinblick auf den Gläubiger das Grundkapital intakt vorhanden ist.

Die auswärtige Literatur beschäftigt sich nur wenig mit Art. 674. Selbst Lehmann in seiner vornehmlich rechtsvergleichenden Darstellung [13]) begnügt sich mit dem Hinweise darauf, dass der Anspruch aus Art. 674 in allen Teilen bestritten sei.

Ebensowenig als die auswärtige Literatur kann die auswärtige Gesetzgebung für die Interpretation von Art. 674 verwertet werden, da dem schweizerischen Gesetzgeber anerkannter Massen bei Einführung dieses Artikels kein ausländisches Gesetz zur direkten Vorlage gedient hat.

Die folgende Untersuchung kann daher ebenfalls vom ausländischen Rechte absehen und sich auf die zwei Haupt-

---

[12]) Zeitschrift für Handelsrecht Bd 12 S. 6 fg.

[13]) Das Recht der Aktiengesellschaften: Bd 2 S. 674.

fragen nach der juristischen Natur der Klage aus Art. 674 einerseits und nach ihrem Verhältnisse zu der Klage aus Art. 50 O. R. andererseits beschränken. In dritter Linie wäre endlich noch die weitere Frage zu behandeln, welche diese Untersuchung speziell veranlasst hat und im deutschen Rechte z. B. sehr bestritten ist,[14]) ob und wie weit die Rechte des einzelnen Aktionärs und Gläubigers durch den Konkurs der Aktiengesellschaft modifiziert werden.

II. Die juristische Natur der Klage aus Art. 674.

1. Die Haftbarkeit der Verwaltung der Aktiengesellschaft gegenüber regelt Art. 673:

„Der Aktiengesellschaft sind die mit der Verwaltung und Kontrole betrauten Personen solidarisch für denjenigen Schaden verantwortlich, welchen die Gesellschaft infolge Verletzung oder Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten erleidet."

Die Haftbarkeit gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger regelt Art. 674:

„Den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern sind die mit der Verwaltung und Kontrole betrauten Personen solidarisch für allen Schaden verantwortlich, welchen sie jenen durch absichtliche Verletzung der ihnen obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten verursacht haben."

Der Gesellschaft gegenüber haftet also die Verwaltung für jegliches Verschulden, dem Aktionär und dem Gläubiger gegenüber nur für Arglist.

Ein anderer Unterschied besteht dagegen zwischen den beiden Artikeln nicht. Namentlich haftet auch dem Aktionär und dem Gläubiger die Verwaltung aus Verletzung derjenigen Pflichten, welche ihr der Gesellschaft gegenüber obliegen, denn Aufsichts- und Verwaltungspflichten hat die Verwaltung nur gegenüber der Gesellschaft.

---

[14]) Für den Konkurs einer Genossenschaft auch im schweizerischen Rechte. B. E. Bd 27 N. 12.

Was das für Pflichten sind, kann sich nun lediglich aus dem Vertrage zwischen Gesellschaft und Verwaltung im konkreten Falle ergeben, also beurteilt sich auch die Frage der Pflichtverletzung ausschliesslich nach diesem Vertrage.

Demnach ist die Klage aus Art. 674 Vertrags- und nicht Deliktsklage. Massgebend ist die Frage, ob ein bestimmter Vertrag verletzt ist, der im einen Falle anders lauten kann als im andern, nicht aber die Frage, ob die allgemeine Rechtsordnung verletzt ist, welche für den Tatbestand eines Deliktes entscheidend wäre.

Freilich die Vertragsparteien sind nur die Gesellschaft einerseits und die Verwaltung andererseits, nicht dagegen der einzelne Aktionär und Gläubiger. Will man deshalb nur von einer Quasikontraktsklage sprechen und nicht von einer Vertragsklage, so ist hiegegen nichts einzuwenden. Nichtsdestoweniger beurteilt sich die Klage aber ausschliesslich nach dem Vertragsrechte, denn die Pflicht des Schuldners richtet sich nur nach seinem Verträge und das Recht des Gläubigers deckt sich mit der Pflicht des Schuldners.

Da also beispielsweise die Schadenersatzpflicht für Verletzung eines Vertrages erst in 10 Jahren verjährt, kann auch die Klage aus Art. 674 erst in 10 Jahren verjähren. Und was für die zeitliche Dauer, gilt auch für den sonstigen Umfang und Inhalt des Rechtes. Somit hat das Bundesgericht in dem cit. Entscheide die Klage aus Art. 674 zutreffend definiert.

Was Bachmann hiegegen einwendet, ist unbegründet. Seiner Ansicht nach bedingt diese Erklärung, wonach das Gesetz einem Dritten vertragliche Rechte aus einem Vertrage zwischen zwei andern Parteien verleiht, eine solche Anomalie, dass sie nicht als Wille des Gesetzgebers vermutet werden darf.

Und doch ist gerade im Sinne des schweizerischen Gesetzgebers dieses Resultat keineswegs unerklärlich. Zur Zeit des Erlasses des Obligationenrechtes war ja die Frage in Gesetzgebung und Wissenschaft viel erörtert, ob und wie weit die Verwaltung auch dem einzelnen Aktionär und Gläubiger und nicht nur der Gesellschaft gegenüber verantwortlich sein soll.

Wollte aber der Gesetzgeber einmal eine solche Verantwortlichkeit einführen, welche von der gewöhnlichen Haftung für ausserkontraktliches Verschulden abweichen sollte, dann lag diese Lösung viel näher als die von Bachmann behauptete. Ist es doch viel einfacher, dem Dritten direkt ein vertragliches Recht aus dem Vertrage zwischen Verwaltung und Gesellschaft zu verleihen, als der Verwaltung jede Verletzung ihrer Pflichten aus dem Vertrage mit der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger zum Delikt anzurechnen, wie Bachmann will.

Andererseits ist aber auch die juristische Konstruktion einer Vertragsklage keineswegs so unmöglich, wie Bachmann anzunehmen scheint.

Freilich bedarf es sonst der Vereinbarung der Parteien des Vertrages, wenn auch einem Dritten vertragliche Rechte daraus erwachsen sollen. Hier dagegen erhält der Dritte sein Vertragsrecht direkt von Gesetzes wegen. Aehnliche Konstruktionen kommen aber auch sonst im Obligationenrechte mehrfach vor, man denke nur an die Fälle gesetzlicher Cession, z. B. in Art. 399.

Hier wie dort erhält eben der Dritte von Gesetzes wegen ein vertragliches Recht, das er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sonst nur durch Vereinbarung der Vertragsparteien erhalten kann. Für das Recht des Dritten aus Art. 674 liegt also die Analogie mit dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten gleich nahe wie bei der gesetzlichen Cession die Analogie mit der vertraglichen Cession.

2. Damit ist freilich die praktisch wichtigste Frage noch keineswegs entschieden, ob der Aktionär und der Gläubiger mit der Klage aus Art. 674 nur den primären, oder auch den sekundären Schaden einzuklagen vermag.

Dass im Prinzipe beides zulässig ist, folgt allerdings schon aus dem Wortlaute des Gesetzes, wie Wächter mit Recht betont.

Art. 674 knüpft seine Klage nur an zwei Voraussetzungen: 1. absichtliche Pflichtverletzung von Seite der Verwaltung und 2. ein daraus dem Kläger erwachsener Schaden.

Nun ist aber der Aktionär schon dann geschädigt, wenn zunächst auch nur die Gesellschaft Schaden gelitten hat. Der

Einwand Welti's, dass schon in der Existenz der Schadenersatzforderung der Gesellschaft eine Reparierung des Schadens des Aktionärs liege, ist tatsächlich nicht zutreffend und entspricht jedenfalls auch nicht der Auffassung des Gesetzes. Das zeigt schon die Bestimmung des Art. 675 über den Einfluss der Decharge der Generalversammlung auf das Klagrecht aus Art. 674.

Gerade da, wo auch die Gesellschaft und nicht nur der einzelne Aktionär geschädigt ist, liegt ja in der Decharge eine Gefahr für den einzelnen Aktionär. Wo dagegen nur der letztere im Gegensatze zur Gesellschaft Schaden erlitten hat, wird ohnehin die Decharge der Generalversammlung den einzelnen Aktionär, wenn überhaupt, so nur höchst ausnahmsweise binden können. Der Schutz der Klage des Aktionärs in dieser Hinsicht zeigt also deutlich, dass das Gesetz in Art. 674 jedenfalls auch den Fall des sekundären Schadens im Auge hat. Und überhaupt geht ja der offenkundige Zweck dieses Artikels vornehmlich dahin, in den gravierenden Fällen absichtlicher Pflichtverletzung von Seite der Verwaltung den Aktionär von der Willkür der Generalversammlung unabhängig zu stellen, und gefährlich wird ihm diese Willkür der Generalversammlung nur, oder jedenfalls vornehmlich da, wo ein Schaden der Gesellschaft und nicht nur ein persönlicher Nachteil des Aktionärs in Frage steht. Kurz Art. 674 umfasst jedenfalls auch, ja sogar vorzugsweise den Fall des sekundären Schadens.

Fraglich ist dagegen allerdings das Verhältnis der Klage des Aktionärs aus Art. 674 zu der Klage der Gesellschaft aus Art. 673.

Wenn die herrschende Meinung dahin geht, dass die Klage aus Art. 674 derjenigen aus Art. 673 nachstehen muss, so ist vornehmlich folgende Argumentation massgebend:

Hat die Verwaltung die Gesellschaft geschädigt, so steht fest: 1. dass die Gesellschaft eine Forderung auf Ersatz allen Schadens hat und 2. dass die Verwaltung nur einmal diesen Schaden ersetzen muss. Könnte nun der einzelne Aktionär die Schadenersatzklage ganz oder auch nur teilweise in eige-

nem Interesse verbrauchen, so würde entweder die Verwaltung der Gefahr doppelter Zahlungspflicht ausgesetzt oder die Gesellschaft geschädigt. Beides ist aber unzulässig, also bleibt nichts anderes übrig, als die Klage aus Art. 674 erst dann zuzulassen, wenn die Klage aus Art. 673 irgendwie beseitigt ist.

Diese Argumentation ist aber zweifellos mit dem Wortlaute des Gesetzes unvereinbar, denn im Falle absichtlicher Pflichtverletzung hat der Aktionär so gut eine selbständige Klage aus Art. 674 als die Gesellschaft aus Art. 673. Regelt also das Gesetz den Fall der Konkurrenz der beiden Klagen nicht ausdrücklich im Sinne der herrschenden Meinung — und das ist ja nicht der Fall, — so kann sich die Entscheidung nur aus dem Verhältnisse ergeben, in welchem die Forderung aus Art. 674 zu derjenigen aus Art. 673 steht.

Dieses Verhältnis ist aber dasjenige der Solidarität, so dass auch der Fall der Konkurrenz der Klagen aus Art. 674 und 673 nur nach den allgemeinen Bestimmungen des O. R. über Solidarobligationen beurteilt werden kann.

Freilich die Forderungen der Aktionäre einerseits und der Gesellschaft andererseits sind nicht Solidarobligationen auf Ersatz des ganzen Schadens. Lediglich der Gesellschaft steht die Schadenersatzforderung auf das Ganze zu, dem einzelnen Aktionär dagegen nur bis zum Betrage seines individuellen Schadens.

Gleichwohl liegt aber ein Solidaritätsverhältnis für die ganze Schadenersatzforderung vor, nur allerdings zwischen andern Rechtssubjekten.

Solidargläubiger ist nämlich einerseits gemäss Art. 673 die Gesellschaft und andererseits gemäss Art. 674 die Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre. Diese beiden Solidargläubiger sind dagegen in der Tat nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes gleichberechtigt. Jeder von Ihnen kann also nach den Grundsätzen der Solidarobligation den Schuldner auf das Ganze verklagen, und durch Zahlung an jeden vermag der Schuldner rechtsgültig die ganze Schuld zu tilgen. Somit steht der Klage aus Art. 674 keinesfalls die Einrede der Verwaltung entgegen, dass der andere Solidargläubiger, d. h. die Gesellschaft das Vorrecht habe.

Demnach entscheidet im Falle der Konkurrenz der Klagen aus Art. 673 und 674 lediglich der Grundsatz der Prävention. Gleichwohl führt aber diese Lösung keineswegs zu den Konsequenzen, welche die herrschende Meinung zu befürchten scheint, dass nämlich in diesem Falle entweder die Verwaltung oder die Gesellschaft zu Gunsten der einzelnen Aktionäre resp. Gläubiger widerrechtlich benachteiligt werde. Die Verwaltung wird ja gleichwohl der Gefahr der Doppelzahlung nicht ausgesetzt, denn die Leistung an die Aktionäre resp. die Gläubiger tilgt auch die Forderung der Gesellschaft. Und ebensowenig kommt die Gesellschaft zu kurz, denn auch der andere Solidargläubiger, d. h. die Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre ist mit der Gesellschaft, resp. doch dem Gesellschaftsvermögen identisch.

Dagegen haben allerdings sowohl die Verwaltung, als auch die Gesellschaft, resp. die Gläubiger und die übrigen Aktionäre im Falle der Klage eines einzelnen Aktionärs ein wesentliches Interesse daran, dass der Kläger nicht mehr erhält, als ihm von Rechts wegen gebührt. Andernfalls wird in der Tat entweder die Verwaltung der Gefahr der Doppelzahlung ausgesetzt, oder aber es werden die Gesellschaft, resp. die Gläubiger und übrigen Aktionäre geschädigt.

Somit lautet sowohl für die Verwaltung als auch für die Gesellschaft, resp. die übrigen Aktionäre und Gläubiger, die praktisch wichtigste Frage aus Art. 674 dahin: Was darf denn der einzelne Gläubiger und Aktionär, resp. der einzelne Aktionär, — denn nach Art. 675 ist der Gläubiger bei Solvenz der Gesellschaft nicht klagberechtigt, — mit der Klage aus Art. 674 verlangen? Und diese Frage ist identisch mit der andern: Wie gross ist der Anteil des Aktionärs an der Forderung, welche der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre zusteht und den allerdings gemäss Art. 674 der einzelne Aktionär selbständig einklagen darf?

3. Die herrschende Meinung geht an dieser Frage achtlos vorbei, obschon sie dieselbe bleibt, ob nun die Klage aus Art. 674 schon gleichzeitig mit, oder erst nach der Klage aus Art. 673 angestrengt werden kann. Aus gelegentlichen Aeusserungen geht immerhin deutlich hervor, dass einstimmig dem

Aktionär das Recht verliehen wird, die Verwaltung auf Bezahlung des seinem Aktienbesitze entsprechenden Anteils an der Forderung aus Art. 674 zu belangen.

Hat z. B. eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von Frs. 100,000, zerfallend in 100 Aktien à je Frs. 1000, am Ende des Jahres Frs. 10,000 verdient, den ganzen Gewinn dem Reservefonds einverleibt, und entsteht nunmehr der Gesellschaft durch absichtliche Pflichtverletzung von Seite der Verwaltung ein Verlust von Frs. 20,000, so wird jedem Aktionär einfach das Recht zuerkannt, Bezahlung von 20,000:100 gleich Frs. 200 per Aktie von der schuldigen Verwaltung zu verlangen. Dann ist der Schaden der Aktionäre in der Tat gedeckt. Betrug der Wert der Aktie vorher Frs. 110,000:100 gleich Frs. 1100, so beträgt der jetzige Wert allerdings nur noch Frs. 90,000:100 gleich Frs. 900. Dafür ist aber auf jede Aktie eine Barzahlung von Frs. 200 entfallen, und 900 + 200 entsprechen in der Tat dem frühern Werte der Aktie von Frs. 1100.

Bei dieser Rechnungsweise wird aber zweierlei völlig übersehen: einmal nämlich das Interesse der Gesellschaftsgläubiger, und andererseits dasjenige der Gesellschaft.

Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger wird völlig übersehen, denn die Aktionäre teilen sich allein in die Schadenersatzforderung, welche nach Art. 674 der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre und nicht den letztern allein zusteht. Wohl ist laut Art. 675 nur der Aktionär und nicht auch der Gläubiger aus Art. 674 klagberechtigt, solange die Gesellschaft solvent ist, gleichwohl ist und bleibt die Forderung eine Forderung der Gläubiger und der Aktionäre und verwandelt sich nicht in eine solche der Aktionäre allein. Der Gläubiger ist zwar in diesem Falle nicht klagberechtigt, wohl aber bleibt er anteilberechtigt.

Nun enthält aber das Gesetz keinerlei spezielle Norm, wie die Gläubiger und die Aktionäre die gemeinsame Forderung aus Art. 674 untereinander aufzuteilen haben. Also können nur die allgemeinen Grundsätze des Aktienrechtes entscheiden, welche überall da massgebend sind, wo ein Vermögensstück

der Aktiengesellschaft unter Gläubiger und Aktionäre zur Aufteilung gelangt. Um eine solche Aufteilung von Gesellschaftsvermögen handelt es sich ja auch hier. Allerdings ist der einzelne Aktionär aus Art. 674 auch im Falle des sekundären Schadens klagberechtigt. Aber die Forderung, an welcher er seinen Anteil geltend macht, ist in diesem Falle gleichwohl eine Forderung der Gesellschaft. Und die allgemeinen Normen des Aktienrechtes lauten in einem solchen Falle dahin, dass der Aktionär bei Insolvenz der Gesellschaft überhaupt nichts erhalten darf, solange die Gläubiger nicht voll gedeckt sind, und bei Solvenz der Gesellschaft im Hinblicke auf die Gläubiger jedenfalls solange nichts, als nicht das Grundkapital zum Mindesten trotz der Zahlung an die Aktionäre intakt bleibt.

In dem genannten Beispiele wären also die Aktionäre zusammen höchstens zur Klage auf den Betrag von Frs. 10,000 berechtigt, denn die Restsumme von Fr. 10,000 ist erforderlich, um das auf Frs. 90,000 gesunkene Gesellschaftsvermögen wieder auf die Höhe des Grundkapitals von Frs. 100,000 zu bringen. Gerade an diesem Beispiele zeigt sich also die Berechtigung des Einwandes, den Bachmann der herrschenden Meinung entgegenhält, wonach diese zu Konsequenzen führe, die eventuell eine widerrechtliche Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre bedingen. Widerrechtlich gegenüber den Gläubigern ist ja jede Zahlung, welche der Aktionär auf Kosten des Gesellschaftsvermögens erhält, sofern nicht trotz der Zahlung das Gesellschaftsvermögen zum Mindesten dem Betrage des nominellen Grundkapitals gleichbleibt.

Nicht allein der Gläubiger, sondern auch die Gesellschaft wird aber durch jene Rechnungsweise geschädigt. Hat z. B. in dem angeführten Beispiele die Gesellschaft, d. h. die Majorität der Aktionäre, in weiser Voraussicht der Zukunft beschlossen, den Jahresgewinn nicht auszuschütten, sondern in Reserve zu stellen, so wird die Gesellschaft nunmehr geschädigt. Denn nunmehr vermag der einzelne Aktionär auf dem Wege der Klage aus Art. 674 die Verteilung von Gesellschaftsvermögen durchzusetzen, welches die Gesellschaft unter ausdrücklicher Billigung des Gesetzes (Art. 631) von der Vertei-

lung unter die Aktionäre ausgeschlossen hat. Und doch entscheidet auch über die Frage, ob und wie weit das den Kreditoren nicht gebundene Vermögen unter die einzelnen Aktionäre verteilt werden darf, nach dem Aktienrechte nicht der einzelne Aktionär, sondern ausschliesslich die Gesellschaft. Auch hier muss aber wiederum betont werden, was anlässlich des Anteiles der Kreditoren an der Forderung aus Art. 674 hervorgehoben wurde, dass die Klage des Aktionärs auf Bezahlung seines Anteils eine Aufteilung der Forderung bedingt, welche im Falle des sekundären Schadens einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens darstellt.

Kurz, wenn die herrschende Meinung richtig ist, welche den Aktionär zur Klage auf Bezahlung seines Anteils aus Art. 674 an sich selber berechtigt, so durchbricht dieser Artikel die allgemeinen Normen des Aktienrechtes, wonach der Gesellschaft im Hinblicke auf die Gläubiger die Auszahlung von fiktiven Dividenden untersagt ist, und wonach, von Ausnahmen abgesehen, nur der Gesellschaft, nicht aber dem einzelnen Aktionär das Recht zusteht, auch über die Verteilung des der Dispositionsfreiheit der Gesellschaft unterliegenden Gewinnes unter die Aktionäre zu entscheiden.

Dass diese Konsequenz vom Gesetze nicht beabsichtigt ist, liegt aber auf der Hand. Wohl will Art. 674 den Aktionär berechtigen, auch dann die Verwaltung haftbar zu machen, wenn die Gesellschaft geschädigt ist, die letztere aber ihre Forderung aus irgend einem Grunde nicht geltend macht. Dagegen ist die Ausübung dieses Rechtes selbstverständlich nur im Rahmen des allgemeinen Aktienrechtes zulässig, welches ohne Zustimmung der Gesellschaft eine solche Aufteilung von Gesellschaftsvermögen untersagt, wie sie durch die Rechnungsweise der herrschenden Meinung bedingt wird.

Somit kann der einzelne Aktionär trotz Art. 674 die Verwaltung nicht auf Auszahlung seines Anteils an der gemeinsamen Forderung der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre an sich selber belangen.

Der tatsächliche Grund liegt darin, dass er seinen Anteil nicht nachweisen kann. Es ist ja im konkreten Falle ganz

ungewiss, welcher Betrag der gemeinsamen Forderung aus Art. 674 durch die Gläubiger absorbiert wird, und welcher Betrag für die Aktionäre übrig bleibt. Aber auch die letztere Summe wird nach dem Aktienrechte nur so weit für die einzelnen Aktionäre frei, als die Gesellschaft ihre Verteilung beschliesst.

Der rechtliche Grund liegt dagegen darin, dass die Forderung des Aktionärs aus Art. 674 in dem Anteile an einer Forderung besteht, welche rechtlich unteilbar ist.

Nicht die Konkurrenz mit der Klage der Gesellschaft aus Art. 673 hindert also den Aktionär, seinen Anteil aus Art. 674 selbständig einzuklagen. Keineswegs, denn die Forderungen der Gesellschaft aus Art. 673 einerseits und der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 andererseits sind gleichberechtigte Solidarforderungen. Wohl aber ist der Aktionär nur Teilhaber einer rechtlich unteilbaren Forderung.

Hieraus folgt freilich nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, dass der Aktionär rechtlos bleibt, bis die Gesellschaft sich entschlossen hat, ihre Klage anzustrengen oder fallen zu lassen. Vielmehr folgt aus der Unteilbarkeit seiner Forderung lediglich, dass der Aktionär zur Realisierung seines Rechtes denjenigen Weg einschlagen muss, auf den das Gesetz jeden Teilhaber einer unteilbaren Forderung verweist.

4. Diese Folgerung setzt allerdings noch den Nachweis voraus, dass die Forderung aus Art. 674 in der Tat im Sinne des Gesetzes unteilbar ist, obschon sie auf Bezahlung einer Geldsumme geht, und Geldforderungen in der Regel teilbar sind.

Ein Recht ist nun im allgemeinen und kurz gesagt dann teilbar, wenn jedes Teilrecht selbständig realisiert werden kann.[15])

Es wird auch von der Theorie anerkannt, dass im Gebiete des Obligationenrechts eine Teilung des Rechtes vielfach noch nicht anerkannt wird, wo sie im Gebiete der dinglichen Rechte zugelassen ist. Der Grund für diesen Unterschied liegt in folgender Tatsache.

Im Gebiete der dinglichen Rechte kommen bei der Teilung nur die Anteilhaber in Betracht. Man kann daher eine

[15]) Rümelin: Teilung der Rechte. S. 72/3.

Teilung schon dann annehmen, wenn die Sache, auf welche sich das zu teilende Recht bezieht, noch nicht verteilt ist, wenn es zu diesem Zwecke beispielsweise erst noch eines komplizierten Teilungsprozesses bedarf.

Anders dagegen im Gebiete des Obligationenrechtes, wo ausser den Anteilhabern an der Forderung auch noch der Schuldner bei der Teilung zu berücksichtigen ist. Eine selbständige Forderung setzt voraus, dass der Gläubiger von sich aus den Schuldner belangen und der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger sich liberieren kann. Also ist nur diejenige Forderung teilbar, welche in so selbständige Teile zerfällt, dass jeder Teilhaber seinen Anteil von sich aus geltend zu machen vermag, und der Schuldner durch Zahlung an jeden Teilgläubiger sich bis zum Betrage seines Anteils liberieren kann. Man sagt daher etwa, dass im Gebiete des Obligationenrechtes eine Teilung des Rechtes nur dann anerkannt wird, wenn die Teilung selbstverständlich ist, Irrtümer ausschliesst, nicht nur durchführbar, sondern bereits durchgeführt ist, wenn die Teilforderungen so selbständig sind, dass sie nur noch in historischem Sinne Teile sind.[16]) Kurz, eine Teilung der Obligation kann nur dann vom Rechte anerkannt werden, wenn die Teilung eine so liquide ist, dass auch dem Schuldner gegenüber jeder Teil eine selbständige Forderung darstellt, welche sowohl gegen als auch vom Schuldner selbständig realisiert werden kann. Andernfalls dagegen ist dem Schuldner gegenüber die Forderung nicht geteilt, und darum rechtlich überhaupt nicht teilbar.

Ist z. B. der Gläubiger einer Darlehensforderung gestorben, so wird eine Teilung der Obligation anerkannt, denn, da jeder Erbe einen Kopfteil erhält, kann auch für und gegen den Schuldner die Forderung in selbständigen Teilen realisiert werden, sofern nur die Zahl der Erben feststeht.

In andern Fällen wählt das Gesetz, um eine Forderung als teilbar behandeln zu können, denselben Teilungsmodus nach Kopfteilen, weil er auch dem Schuldner gestattet, die

---

[16]) Rümelin: a. a. O. S. 176; 182; 185; 213; 271; 273; 277 etc.

Anteile der Teilungsinteressenten zu bestimmen, obschon unter den letztern eine andere Aufteilung vereinbart sein kann. So wird etwa bei der einfachen Gesellschaft im Hinblicke auf den Schuldner jede Forderung nach Massgabe der Kopfzahl unter die einzelnen Gesellschafter verteilt, obschon im internen Verhältnisse ein anderer Teilungsmodus, z. B. nach Massgabe der Kapitalkonti, vereinbart sein kann.

Hier steht eben das Gesetz vor der Frage, entweder den von den Gesellschaftern vereinbarten Teilungsmodus auch für den Schuldner verbindlich zu erklären, und dann die Forderung als unteilbare zu behandeln, da der Schuldner eine Teilung z. B. auf Grund der Kapitalkonti nicht zu kontrolieren vermag; oder aber, wenn die Forderung teilbar sein soll, einen Teilungsmodus zu wählen, der eventuell der Vereinbarung der Gesellschafter zwar nicht entspricht, dafür aber dem Schuldner die Kontrole der Teilung gestattet.

Der juristischen Natur der einfachen Gesellschaft entsprechend, welche nach aussen überhaupt keine Gesellschaft darstellt, wird in der Regel die Forderung als teilbar behandelt und darum ein Teilungsmodus gewählt, der auch dem Schuldner gegenüber selbständige Teilforderungen ergibt.

Bei der Forderung der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 ist nun selbstverständlich eine Teilung nach Massgabe von Kopfteilen völlig ausgeschlossen. Denn ganz abgesehen davon, dass die Gesamtzahl der Interessenten gar nicht bekannt ist — die Zahl der Aktionäre ist allerdings feststellbar, nicht dagegen diejenige der Gläubiger — würde hierin eine Willkür liegen, an welche der Gesetzgeber auch nicht im entferntesten gedacht hat. Wohl will das Gesetz dem Gläubiger und dem Aktionär gestatten, auch auf Ersatz des der Gesellschaft erwachsenen Schadens zu klagen. Wie aber Gläubiger und Aktionäre diese Schadensersatzforderung der Gesellschaft untereinander aufzuteilen haben, bestimmt sich ausschliesslich nach dem allgemeinen Aktienrechte. Und wenn dieses keine liquide, von Seite des Schuldners kontrolierbare Teilung ergibt, so ist eben die Forderung aus Art. 674 ganz einfach wie jede andere unteilbare Forderung zu behandeln. Damit verletzt das

Gesetz keine berechtigten Interessen weder des Gläubigers noch auch des Schuldners, sofern nur die Praxis die richtigen Konsequenzen aus der Unteilbarkeit der Forderung zu ziehen vermag.

Kurz, der Grund dafür, dass die Forderung der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 rechtlich unteilbar ist, obschon sie auf Bezahlung einer Geldsumme geht, liegt darin, dass ihre Aufteilung eventuell vom Aktienrechte verboten und jedenfalls, soweit überhaupt zulässig, an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die Majorität eines Teiles der Interessenten eine Aufteilung beschliesst.

Eine einfache Teilung, z. B. nach Massgabe der Kopfzahl der Interessenten, ist vom Aktienrechte verboten. Derjenige Teilungsmodus dagegen, welcher dem Aktienrechte entspricht, ist kein liquider, so dass weder der einzelne Teilhaber seinen Anteil selbständig einklagen kann, noch auch der Schuldner durch Zahlung an den einzelnen Interessenten sich pro parte seines Anteiles zu liberieren vermag. Die Forderung ist also rechtlich unteilbar.[17])

[17]) Nach Ubbelohde, dem Klassiker auf diesem Gebiete: Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 1, gehört diese Lehre zu den dunkelsten Teilen des Pandektenrechtes, und zwar darum, weil „die Feststellung der bezüglichen Begriffe ein nicht gewöhnliches Mass scharfer und fortdauernder Abstraktion erfordert und weil in noch viel höherem Grade eine solche Abstraktion nötig ist, um jene Begriffe mit Sicherheit anzuwenden."

Dagegen macht z. B. Dernburg Pandekten Bd II, S. 67, N. 1 geltend, dass im Gegenteil gerade die übliche, rein abstrakte und schematische Behandlung dieser Lehre die Ursache ihrer Dunkelheit sei. Wie zutreffend diese Bemerkung ist, zeigt gerade das Beispiel des Art. 674 O. R.

An Hand der Resultate der Theorie ist es in der Tat nicht leicht, die Unteilbarkeit dieser Forderung nachzuweisen, denn die Theorie stellt fast ausschliesslich auf diejenigen Fälle ab, in welchen der Grund der Unteilbarkeit der Obligation darauf beruht, dass der geschuldete Gegenstand unteilbar ist. Nnr diesen Fall berücksichtigt z. B. auch das O. R. in seinem allgemeinen Teile Art. 79 und 80. Zieht man dagegen in Betracht, dass eine Forderung nur dann vom Rechte als teilbar behandelt werden kann, wenn die Teilung auch dem Schuldner gegenüber selbständig realisierbare Teilforderungen ergibt, so ist ohne weiteres klar, dass eine Forderung wie diejenige aus Art. 674 rechtlich unteilbar ist. Denn unmöglich kann das Gesetz dem Schuldner gestatten, eine Forderung als teilbar zu behandeln,

5. Damit wäre nun der Nachweis erbracht, dass die Forderung der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 eine rechtlich unteilbare Forderung darstellt. Ob und wie weit der einzelne Aktionär seinen Anteil realisieren kann, muss sich also lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen des O. R. über unteilbare Forderungen richten.

Nun sagt Art. 79 allerdings, dass jeder Gläubiger einer unteilbaren Forderung die ganze Leistung einklagen kann. Doch ist in diesem Artikel nur an den Fall gedacht, dass die Unteilbarkeit der Forderung auf der Unteilbarkeit der Leistung, d. h. des geschuldeten Gegenstandes beruht. Ist dagegen die Leistung teilbar, so bestimmt Art. 80:

„Wenn die unteilbare Leistung sich in eine teilbare verwandelt, zum Beispiel in die Verpflichtung zu Schadenersatz, so kann jeder Gläubiger nur seinen Anteil fordern und hat jeder Schuldner nur seinen Anteil zu leisten."

In unserm Falle liegt dagegen der Grund der Unteilbarkeit der Forderung nicht darin, dass die geschuldete Leistung unteilbar ist — sie geht ja auf Bezahlung einer Geldschuld, — sondern darin, dass die Teilung eventuell vom Gesetze verboten, jedenfalls aber die Grösse der einzelnen Teile nicht feststellbar ist.

---

deren Aufteilung event. den Kreditoren vom Gesetze verboten ist. Und ebensowenig kann es den Schuldner zwingen, eine Forderung in einzelnen Teilen zu erfüllen, deren Teilung, soweit sie überhaupt gesetzlich zulässig ist, von Faktoren abhängt, hier z. B. von dem Beschlusse der Gesellschaft, welche der Schuldner schlechterdings nicht zu kontrolieren vermag.

Wäre er in einem solchen Falle gleichwohl zur Zahlung an jeden einzelnen Interessenten verpflichtet, so würde er der Gefahr mehrfacher Zahlungspflicht ausgesetzt, denn wenn er dem einzelnen Teilgläubiger mehr als seinen Anteil bezahlt, wird er den übrigen gegenüber nicht liberiert. Diese Konsequenz entspricht aber nicht dem Willen des Gesetzes, so dass es auch in einem solchen Falle eine Forderung als unteilbar behandeln muss, ganz gleichgültig ob der geschuldete Gegenstand teilbar ist oder nicht. Eine Forderung ist also nicht nur dann rechtlich unteilbar, wenn unter den Kreditoren, zum Beispiel der Natur des geschuldeten Gegenstandes wegen eine Teilung unmöglich ist. Vielmehr auch dann, wenn dem Schuldner eine Teilerfüllung nicht möglich ist, weil der Schuldner den Betrag der Anteile der einzelnen Gläubiger nicht zu kontrolieren vermag.

Demnach kann sich der Aktionär nicht auf Art. 79 berufen und die ganze Leistung für sich allein einklagen, denn damit würde er gemäss Art. 80 ungerechtfertigt bereichert. Er könnte sich nur auf Art. 80 berufen, weil die Leistung teilbar ist. Aber auch Art. 80 hilft ihm nichts, denn sein Anteil, auf den ihn dieser Artikel verweist, ist nicht feststellbar. Andere einschlägige Bestimmungen kennt das Obligationenrecht aber nicht, somit enthält es überhaupt keine speziellen Normen über eine unteilbare Obligation im Sinne des Art. 674. Es regelt nur den Fall, dass die Leistung unteilbar ist, nicht aber den Fall, wo die Leistung zwar teilbar, aber aus andern Gründen die Teilung rechtlich, für und gegen den Schuldner nicht möglich ist.

Für die Lösung unserer Frage bleibt also nichts anderes übrig, als auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen und eventuell auf dem Wege der Rechtsanalogie diese Lücke des Gesetzes auszufüllen.

Ist eine Forderung unteilbar, so folgt daraus, dass nicht jeder Gläubiger seinen Anteil gesondert geltend machen kann. Es bleiben also nur zwei Auswege übrig. Entweder man gestattet nur allen Gläubigern zusammen die gemeinsame Klage auf die ganze Leistung anzustrengen, oder man gewährt jedem einzelnen Gläubiger die Klage auf die ganze Leistung. Das Obligationenrecht hat für den Fall der Unteilbarkeit der geschuldeten Leistung den letztern Weg gewählt. Auch im Falle des Art. 674 wird also auf Grund analoger Rechtsanwendung jedem einzelnen Gläubiger im Prinzipe ein selbständiges Klagrecht einzuräumen sein. Nur diese Auffassung entspricht auch dem Sinne des Art. 674. Aber allerdings, da die Leistung teilbar ist, würde der Gläubiger gemäss Art. 80 ungerechtfertigt bereichert, wenn er die ganze Leistung für sich allein einklagen dürfte. Ausserdem läge hierin ein Resultat, das den Grundsätzen des allgemeinen Aktienrechtes direkt widersprechen würde. Somit ist dem einzelnen Gläubiger aus Art. 674 allerdings ein selbständiges Klagrecht zu gewähren, und zwar auf die ganze Leistung, aber das Rechtsbegehren kann nur auf Leistung an alle Teilhaber der unteilbaren Forderung, und nicht auf Leistung an den Kläger allein gerichtet sein.

Richtiger als das S. O. R., weil nicht nur auf den Fall der Unteilbarkeit der Leistung zugeschnitten, bestimmt z. B. das D. B. G. B. in § 432:

„Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten, und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern."

Diese Lösung ergibt sich unmittelbar aus der juristischen Natur der unteilbaren Obligation, sofern das Gesetz einmal jedem einzelnen Gläubiger und nicht nur allen zusammen das Recht der Klage gewähren will.

Für den Fall der Unteilbarkeit der Leistung ist sie allerdings durch Art. 79 O. R. ausgeschlossen und durch das noch umfassendere Recht des Gläubigers ersetzt, die ganze Leistung für sich allein einzuklagen. Für den Fall des Art. 674 ist dagegen diese Lösung auch vom Obligationenrecht vorgeschrieben, denn der Weg des Art. 79 ist dem Gläubiger aus Art. 674 durch Art. 80 versperrt.

Somit kann der einzelne Aktionär ungeachtet der Rechte der Gesellschaft aus Art. 673 und der Rechte der übrigen Aktionäre und Gläubiger aus Art. 674 gegen die Verwaltung selbständig und auf Vollzug der ganzen Leistung klagen. Aber das Klagbegehren kann nur auf Leistung an die Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre, resp., was damit identisch ist, auf Leistung an die Gesellschaft lauten.

6. Freilich bleibt noch ein Einwand zu beseitigen, den Wächter gegen dieses Resultat geltend gemacht hat.[18]) Auch er hält die hier vertretene Lösung zwar für wünschbar, verwirft aber ihre Möglichkeit von vornherein, und zwar aus folgenden Gründen:

„Damit stossen wir aber wieder auf eine neue Schwierigkeit. Kommen wir nämlich auf der einen Seite mit Rücksicht auf den kollidierenden Schadenersatzanspruch der Gesellschaft" (darin liegt allerdings nicht der entscheidende Grund) „zu dem Resultat, dass das konkrete Rechtsbegehren, das die Aktionäre

[18]) a. a. O. S. 396.

und die Gläubiger zur Durchführung ihres Schadensersatzanspruches stellen würden, sich auf nichts anderes richten könnte als auf Zahlung an die Gesellschaft, so verletzen wir damit auf der andern Seite ganz allgemeine Grundsätze, wenn nicht des materiellen Rechts, so doch sicher des Prozessrechts. Der A kann meiner Meinung nach unmöglich im Prozesse mit dem Verlangen durchdringen, dass der Beklagte B an den C zahlen solle, es müsste denn sein, dass er nicht von sich aus in eigenem Namen, sondern als Vertreter des C handelt und zu handeln befugt ist. Tritt er in seinem eigenen Namen auf — wie das hier die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger ja tun würden — so wird er mit seiner Klage angebrachtermassen abzuweisen sein, weil nur Leistungen an den Kläger selbst Gegenstand des zu stellenden Klagepetitums sein können."

Dieser Einwand ist aber unstichhaltig.

Rein prozessualisch betrachtet, kommt es häufig vor, dass der A gegen B auf Leistung an C klagt. Man denke nur an den Fall, da der Gläubiger, welcher seine Forderung ganz oder zum Teile verpfändet hat, gegen den Schuldner auf Zahlung klagt; oder an die Klage des ursprünglichen Gläubigers aus dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, wo nur noch dieser und nicht mehr jener zum Empfange der Leistung legitimiert ist. Da überall geht die Klage auf Leistung an einen Dritten und auch die Exekutionsfrage bietet keinerlei Schwierigkeiten.[19])

Aber auch materiell liegt keinerlei pluspetitio auf Seite des Aktionärs vor. Der Grund, warum der Aktionär nicht nur auf Zahlung seines Anteils, sondern auf die ganze Leistung klagt, liegt ja ausschliesslich darin, dass das Gesetz ihm jenen Weg verbietet. Gewährt aber das Gesetz jedem andern Gläubiger einer unteilbaren Forderung als Ersatz das Recht, die ganze Leistung einzuklagen, so liegt auch in der Klage des Aktionärs aus Art. 674 auf Vollzug der ganzen Leistung keine pluspetitio im Sinne des O. R.

Allerdings ist noch der weitere Einwand zu gewärtigen, dass der Aktionär der Unteilbarkeit seiner Forderung aus

---

[19]) Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte S. 78.

Art. 674 wegen allerdings auf Leistung an die Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre, nicht dagegen auf Leistung an die Gesellschaft klagen könne, welche ihm gegenüber eine Drittperson darstelle. Auch dieser Einwand ist aber leicht zu entkräften.

Wenn nämlich der Aktionär aus Art. 674 auf Leistung an die Gesellsehaft klagt, so klagt er nicht zu Gunsten der Gesellschaft als einer Drittperson, sondern auf Leistung an die Gesellschaft zu Gunsten und als Vertreterin der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre bei der Aufteilung der gemeinsamen Forderung aus Art. 674.

Den Gläubigern gegenüber ist ja die Gesellschaft verantwortlich dafür, dass trotz der allfälligen Aufteilung der Forderung unter den Aktionären das Gesellschaftsvermögen zum mindesten auf der Höhe des nominellen Grundkapitales gehalten, d. h. der Anteil der Gläubiger, der sich nach dem Fehlbetrage des Gesellschaftsvermögens richtet, nicht ausgeschüttet wird. Und auch dem Aktionär gegenüber entscheidet einzig und allein die Gesellschaft, ob der den Kreditoren nicht verfangene Anteil an der gemeinsamen Forderung aus Art. 674 ausgeschüttet oder im Gesellschaftsvermögen behalten wird.

Das von Wächter vermisste Stellvertretungsverhältnis besteht also in der Tat. Freilich der Aktionär ist nicht Stellvertreter der Gesellschaft, wohl aber vertritt im genannten Umfange die Gesellschaft den Aktionär und den Gläubiger. Also liegt in der Klage des Aktionärs aus Art. 674 auf Leistung an die Gesellschaft nicht die Klage zu Gunsten eines Dritten, sondern die Klage auf Leistung an die Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre, welche von Gesetzes wegen durch die Gesellschaft vertreten ist.

7. Ist die hier vertretene Auffassung richtig, so kann die Untersuchung als Probe dienen, ob ihre praktischen Konsequenzen nicht mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch geraten. An dieser Probe scheitert z. B. die herrschende Meinung insofern, als jegliche Zurücksetzung der Forderung aus Art. 674 hinter diejenige aus Art. 673 dem klaren Wort-

laute des Gesetzes widerspricht, und überdies das Recht des einzelnen Aktionärs auf Auszahlung seines Anteils an der Forderung aus Art. 674 ev. zu einer widerrechtlichen Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre führt.

Dass zunächst die Gesellschaft nach der hier vertretenen Lösung nicht zu kurz kommt, liegt auf der Hand. Als Solidargläubigerin kann sie jederzeit aus Art. 673 gegen die Verwaltung vorgehen, aber auch, wenn sie ihrerseits nicht klagt, wird weder ihr noch ihren Kreditoren durch die Klage des Aktionärs aus Art. 674 ein Bestandteil des Gesellschaftsvermögens entzogen, denn auch das Resultat der Klage des Aktionärs fliesst in die Gesellschaftskasse.

Ebensowenig wird aber der einzelne Aktionär benachteiligt. Beruht sein Schaden darauf, dass die Gesellschaft einen Verlust erlitten hat, so wird er genügend entschädigt, wenn der Verlust der Gesellschaft ausgeglichen wird. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann ja der Geschädigte nicht mehr verlangen als Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Eintritt der schädigenden Handlung war.

Auch die Verwaltung endlich wird nicht der Gefahr mehrfacher Zahlungspflicht ausgesetzt. Hat sie einmal an die Gesellschaft gezahlt, sei es auf Klage des Aktionärs oder auf Klage der Gesellschaft, so ist ihre Schuld getilgt. Auf etwas anderes als auf Leistung an die Gesellschaft kann sie aber weder aus Art. 673 noch aus Art. 674 belangt werden. Allerdings kann jeder Aktionär die Klage auf die ganze Leistung anstrengen; darin liegt aber lediglich eine Konsequenz allgemeiner Rechtsgrundsätze des O. R., wonach im Falle der Unteilbarkeit der Forderung jeder Gläubiger zur Klage auf die ganze Leistung berechtigt ist.

Eine weitere Probe für die Richtigkeit unseres Resultates muss ferner der Vergleich mit dem Falle ergeben, in welchem der Gläubiger resp. der Aktionär auf Grund von Art. 674 nur den sogen. primären Schaden einklagt.

Ist nämlich das Resultat richtig, so muss auch der Erfolg der Klage des Aktionärs in beiden Fällen derselbe sein, soweit nicht die Konkurrenz verschiedener Forderungen, welche

nur im Falle des sekundären Schadens besteht, eine Aenderung bedingt, denn einen andern Unterschied kennt Art. 674 zwischen den Fällen des primären und des sekundären Schadens nicht.

Auch diese Probe vermag die herrschende Meinung nicht zu bestehen, da sie keinen Rechtsgrund dafür anzugeben vermag, dass der Aktionär nur im Falle des primären Schadens sofort, im Falle des sekundären Schadens aber erst nach der Gesellschaft klagen kann, obschon Art. 674 diesen Unterschied nicht macht.

Im Falle des primären Schadens ist nun der Anspruch des Aktionärs einfach und auch unbestritten.

Dass der Aktionär resp. der Gläubiger mit der Klage aus Art. 674 auch Ersatz des primären und nicht nur des sekundären Schadens verlangen kann, folgt ohne Weiteres daraus, dass ihm aller erlittene Schaden zu ersetzen ist.

Im Falle des primären Schadens klagt nun jeder Aktionär direkt auf Ersatz seines Schadens an sich. Weder kann die Gesellschaft durch ihre Klage aus Art. 673 seinen Anspruch aus Art. 674 verbrauchen, noch können ihn die übrigen Aktionäre und Gläubiger an der selbständigen Durchführung seines Anspruches hindern. Der Umfang seiner Klage beurteilt sich ausschliesslich nach dem Betrage seines individuellen Schadens und irgend eine Limite für die Haftung der Verwaltung existiert in diesem Falle nicht.

Dieses Resultat zeigt nun allerdings ganz wesentliche Differenzen gegenüber dem Falle des sekundären Schadens; aber alle sind lediglich die logische Konsequenz der Tatsache, dass nur im Falle des sekundären Schadens eine Mehrzahl von Forderungsberechtigten vorhanden ist.

Daraus, dass nur im Falle des sekundären Schadens die Gesellschaft Solidargläubigerin ist, folgt zunächst, dass nur hier die Gesellschaft den Anspruch des Aktionärs verbrauchen kann.

Daraus ferner, dass nur im Falle des sekundären Schadens alle Gläubiger und Aktionäre mit dem Kläger an derselben Schadensersatzforderung anteilberechtigt sind, und diese rechtlich nicht teilbar ist, folgt weiter, dass nur hier der Aktionär

nicht auf Zahlung an sich, sondern nur auf Zahlung an alle Interessenten, d. h. die Gesellschaft klagen darf.

Und daraus endlich, dass nur im Falle des sekundären Schadens alle Gläubiger und Aktionäre mit dem Kläger an derselben Schadensersatzforderung anteilberechtigt sind, diese aber durch die Höhe des Schadens der Gesellschaft bestimmt wird, erklärt sich der letzte Unterschied, dass die Forderung des Aktionärs sich nur im Falle des primären Schadens nach seinem individuellen Interesse, im Falle des sekundären Schadens dagegen nach seinem Anteile an der gemeinsamen Forderung bemisst.

Weitere Unterschiede bestehen dagegen zwischen den Fällen des primären und des sekundären Schadens nicht, so dass auch damit das gefundene Resultat bestätigt erscheint.

8. Die Antwort auf die Frage nach der juristischen Natur der Klage aus Art. 674 kann dahin zusammengefasst werden.

Die Klage aus Art. 674 unterliegt in allen Teilen dem Vertragsrechte und umfasst sowohl den primären, als auch den sekundären Schaden.

Im Falle des sekundären Schadens kann sie nur auf Leistung an die Gesellschaft lauten, dafür aber auch den ganzen, der Gesellschaft erwachsenen Schaden umfassen.

Beides folgt daraus, dass die Forderungen der Gläubiger und der Aktionäre Teile einer unteilbaren Forderung sind und nur die Gesellschaft, bei eigener Verantwortlichkeit gegenüber den Kreditoren für die richtige Verwendung ihres Anteils, über die Art und Weise der Aufteilung der gemeinsamen Forderung zu entscheiden hat.

Im Falle des sekundären Schadens konkurriert sie ausserdem mit der Solidarforderung der Gesellschaft aus Art. 673.

III. Das Verhältnis der Klage aus Art. 674 zur Klage aus Art. 50 fg. O. R.

Nur noch einer ganz kurzen Erörterung bedarf nunmehr die Frage: Modifiziert Art. 674 irgendwie die Anwendbarkeit der Art. 50 fg. auf das Verhältnis von Verwaltung zu Aktionär und Gläubiger?

Da die Klage aus Art. 674 Vertragsklage ist, liegt keinerlei Ursache vor, diese Frage zu bejahen.[20])

Weder der Wortlaut, noch der Sinn von Art. 674 spricht für die entgegengesetzte Auffassung von Rossel.

Dem Wortlaute nach sagt Art. 674 nur, dass in gewissen Fällen auch der Gläubiger und der Aktionär eine Klage aus dem Mandatsvertrage zwischen Gesellschaft und Verwaltung anstrengen darf. Dass ihm deshalb seine ausserkontraktlichen Rechtsmittel irgendwie verkürzt werden sollen, wird mit keinem Worte angedeutet.

Wohl schützt ihn die Klage aus Art. 674 auch da, wo die Gesellschaft nicht geschädigt ist, nämlich in den Fällen primären Schadens; einesteils aber nur bei dolus der Verwaltung, und andererseits nur bei Verletzung des Mandatsvertrages zwischen Gesellschaft und Verwaltung. Auch ausserhalb dieser Fälle kann aber der Aktionär resp. der Gläubiger geschädigt und eine Schadensersatzklage wünschbar sein, beispielsweise gerade in dem oben genannten Falle, wo der Aktionär auf Grund eines dolosen Geschäftsberichtes Aktien gekauft hat. Da ist die Gesellschaft nicht geschädigt, auch liegt in der Regel keine Verletzung des Mandatsvertrages vor, so dass nur der Anspruch aus Art. 50 fg. helfen kann.

Diese Auffassung allein entspricht aber auch dem Sinne des Art. 674.

Die Klage aus Art. 674 ist ja dem Gläubiger und dem Aktionär vornehmlich zu dem Zwecke gegeben, ihn in den gravierenden Fällen absichtlicher Pflichtverletzung der Verwaltung von der Willkür der Generalversammlung unabhängig zu stellen, welche eventuell unter dem Einflusse der Verwaltung auf die Klage verzichtet.

Sie soll seine Rechtsstellung stärken, nicht schwächen. Eine erhebliche Schwächung wäre aber die Folge der Auffassung Rossel's, welche dem Gläubiger und dem Aktionär das Klagerecht aus Art. 50 fg. absprechen will.

---

[20]) So auch das Bundesgericht, Entscheidungen Bd 23 II S. 1071; Bd 28 II S. 100 f. und ausführlich Béguelin: a. a. O.

Gerade für die Verwaltung einer Aktiengesellschaft, welche sich mit ihren Publikationen an weite Kreise wenden will, ist ja die Haftung aus Art. 50 fg. angezeigt.

Wohl mag sie manchmal eine harte sein. Die Ursache liegt aber nicht in der Sonderstellung der Verwaltung einer Aktiengesellschaft nach O. R., sondern in dem allgemeinen, unter Umständen freilich scharfen Grundsatze des O. R., dass schon culpa, nicht nur dolus auch ausserhalb des Vertragsrechtes zu Schadensersatz verpflichtet.

Ob der Gesetzgeber bei der Einführung von Art. 674 an die eventuell konkurrierende Klage aus Art. 50 gedacht hat, kann freilich fraglich erscheinen.

Zweifellos ist bei der Gründerverantwortlichkeit die Haftung laut Art. 671 auf den Fall des dolus beschränkt und damit bei der Gründerverantwortlichkeit Art. 50 eliminiert.[21])

Aber was der Gesetzgeber gedacht oder nicht gedacht hat, ist nicht massgebend. Keinesfalls gestattet der Wortlaut von Art. 674 irgendwelche Rückschlüsse auf eine Beschränkung der Haftung der Verwaltung aus Art. 50 gegenüber dem Gläubiger und dem Aktionär.

IV. Die Klage aus Art. 674 im Konkurse der Aktiengesellschaft.

Für das deutsche Recht ist bestritten, ob im Falle des Gesellschaftskonkurses nur der Konkursverwalter oder auch der einzelne Gläubiger oder nur der letztere, die Verantwortlichkeitsklage anstrengen kann, welche in einzelnen Spezialfällen auch das deutsche Recht, nicht dem Aktionär, aber doch dem Gläubiger gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat gewährt.

Im Einzelnen ist die Klage des deutschen Rechtes freilich ganz verschieden von der Klage des Gläubigers aus Art. 674. Immerhin entsteht hier wie dort dieselbe Frage: Fällt der Anspruch des Gläubigers in die Masse der Gesellschaft oder nicht?

---

[21]) Hafner: Comm. zu Art. 671, vgl. auch Ztschr. f. Schw. Recht. N. F. Bd 15 S. 472 und B. E. Bd 21 S. 549.

Während z. B. Staub, Cosak u. A. die Frage verneinen, wird sie von Lehmann, Ring und auch Kohler bejaht. Für die Bejahung hat sich auch das deutsche Reichsgericht in der unten auszugsweise abgedruckten Entscheidung[22]) ausgesprochen.

Für das schweizerische Recht ist wiederum zwischen den Fällen des primären und des sekundären Schadens zu unterscheiden.

1. Im Falle des primären Schadens bleibt allerdings die Klage des Aktionärs und des Gläubigers aus Art. 674 vom Gesellschaftskonkurse ebenso unberührt, wie die Klage aus Art. 50 fg.

Es handelt sich ja nicht um einen Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat, also kann auch die Klage auf Ersatz dieses Schadens nicht in die Gesellschaftsmasse fallen.

---

[22]) Bd 39 S. 63. Auf S. 64 wird ausgeführt: „Die Selbständigkeit des Anspruchs der einzelnen Gläubiger erleidet aber eine Einschränkung, wenn über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet ist. Wie in dem vom Berufungsgericht angezogenen Urteil zutreffend ausgeführt ist, ergibt sich diese Einschränkung aus dem Wesen des Konkurses. Die Ersatzansprüche gegen die Mitglieder der Gesellschaftsorgane gehören jedenfalls insoweit zur Konkursmasse, als sie bei Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft zustehen. Sie sind in diesem Falle Bestandteile des Gesellschaftsvermögens und, wie die übrigen Gesellschaftsaktiva, nach den Vorschriften der Konkursordnung zu gemeinsamer Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden. Sie können daher während der Dauer des Konkurses auch nur vom Konkursverwalter, nicht von den einzelnen Gläubigern geltend gemacht werden, da sonst der Konkursmasse ein ihr gehöriger Anspruch entzogen werden würde.

Der Konkursverwalter ist aber kraft einer ihm vom Gesetz erteilten Ermächtigung auch befugt, über die Ansprüche der Gesellschaft, eventuell mit Zustimmung des Gläubigerausschusses, Vergleiche zu schliessen. Der Abschluss des Vergleiches erfolgt ebenfalls im gemeinsamen Interesse der Gläubiger. Durch einen vom Konkursverwalter abgeschlossenen rechtsbeständigen Vergleich wird daher der Anspruch der einzelnen Gläubiger verbraucht. Dieses Ergebnis wird auch durch die Erwägung gerechtfertigt, dass das gesetzgeberische Motiv, auf welchem die Selbständigkeit des Anspruchs der einzelnen Gläubiger beruht, mit der Konkurseröffnung fortfällt. Ein von den Interessen der Gläubiger verschiedenes Geschäftsinteresse ist nicht mehr vorhanden; denn die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst; und es ist schon aus diesem Grunde, aber auch mit Rücksicht auf die Stellung des Konkursverwalters nicht anzunehmen, dass die Einflüsse, die sich ausserhalb des Konkurses zum Nachteil der Gläubiger geltend machen können, nach der Konkurseröffnung fortwirken."

Und ganz dasselbe gilt für die praktisch wichtige Frage, ob ein Vergleich der Masse über ihre Verantwortlichkeitsansprüche mit der Verwaltung den einzelnen Gläubiger und Aktionär zu binden vermag, eine Frage, welche das deutsche Reichsgericht für das deutsche Recht im cit. Entscheide ebenfalls bejaht.

Der Vergleich der Masse kann sich ja nur auf die Ansprüche der Masse beziehen. Der Anspruch aus Art. 674 geht aber im Falle des primären Schadens die Gesellschaftsmasse nichts an.

2. Die Kontroverse des deutschen Rechtes wird dagegen auch für das O. R. im Falle des sekundären Schadens praktisch. Hier konkurriert auch nach O. R. mit dem Anspruch aus Art. 674 der Anspruch der Masse aus Art. 673, welcher auf Ersatz eines und desselben Schadens geht.

Die Antwort kann aber auch da, freilich unter Berücksichtigung eventueller, durch das Konkursrecht bedingter Modifikationen, nur den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen werden, welche das Verhältnis der Ansprüche aus Art. 673 und 674 zu einander regeln.

Nun sind die Forderungen der Gesellschaft aus Art. 673 einerseits, und der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 andererseits gleichberechtigte Solidarobligationen. Nach allgemeinen Grundsätzen hindert aber der Konkurs des einen Solidargläubigers die übrigen nicht, ihre Klage gegen den gemeinsamen, nicht falliten Schuldner, hier also die Verwaltung, selbständig durchzuführen. Somit hindert auch der Konkurs der Aktiengesellschaft die Gläubiger und die Aktionäre nicht, ihren Anspruch aus Art. 674 geltend zu machen.

Freilich die praktischen Inkonvenienzen, zu welchen die freie Konkurrenz der Klage des Gläubigers mit derjenigen der Gesellschaft im deutschen Rechte führen könnte, existieren im schweizerischen Rechte nicht.

Auch im Falle des Konkurses der Aktiengesellschaft geht ja die Klage sowohl des Gläubigers als auch des Aktionärs auf Bezahlung an die Masse.

Durch den Konkurs der Gesellschaft wird die unteilbare Forderung aus Art. 674 nicht in eine teilbare verwandelt, auch

wenn jetzt der Beschluss der Generalversammlung nicht mehr über die Frage der Aufteilung entscheidet.

Der Aktionär kann nämlich ungeachtet des Gesellschaftskonkurses nicht auf Leistung an sich klagen, weil eventuell die ganze Forderung aus Art. 674 zur Deckung der Gläubiger erforderlich ist. Im Konkurse der Gesellschaft erhält aber nach den allgemeinen Grundsätzen des Aktien- und Konkursrechtes der Aktionär aus dem Gesellschaftsvermögen überhaupt nichts, also auch keinen Anteil an der Forderung aus Art. 674, solange nicht die Gläubiger voll gedeckt sind.

Und ebenso wenig vermag der Gläubiger auf Leistung an sich selber zu klagen, weil auch der Teilungsmodus, welcher unter den Kreditoren gilt, jedenfalls vor Abschluss des Konkurses, kein liquider ist. Auch unter den Kreditoren entscheidet ja im Konkurse der Gesellschaft nicht etwa die Kopfzahl, sondern ausschliesslich das Grössenverhältnis ihrer Forderungen, wie über die Konkursdividende im allgemeinen, so auch über den Anteil an der Forderung der Gesellschaft aus sekundärem Schaden gegen die Verwaltung, welche ebenfalls zum Gesellschaftsvermögen gehört. Zahlt also der Schuldner an den einzelnen Gläubiger mehr, als ihm nach Massgabe des Kollokationsplanes gebührt, so wird er den übrigen Kreditoren gegenüber nicht liberiert.

Ueberdies sind aber eventuell noch andere Kreditoren aus Art. 674 vorhanden, welche ihre Forderung nicht angemeldet haben. Ihnen gegenüber liberiert sich die Verwaltung überhaupt nur durch Zahlung an die Masse, nicht aber durch Leistung an einzelne Konkursgläubiger. Nur in jenem Falle hat ja der Schuldner an einen voll berechtigten Gläubiger gezahlt, in diesem dagegen hat er lediglich an einen Teilhaber der Forderung, also im Falle unrichtiger Teilung auf eigenes Risiko hin geleistet. Somit sind auch im Konkurse der Gesellschaft die Forderungen der einzelnen Gläubiger und Aktionäre nur Anteile an einer unteilbaren Forderung und können daher nur durch Klage und Leistung an die Gesamtheit der Interessenten, d. h. die Gesellschaftsmasse getilgt werden.

In anderer Hinsicht dagegen ist es durchaus nicht gleichgültig, ob die Gesellschaft oder der Aktionär resp. der Gläubiger klagt. Hinsichtlich der Einreden nämlich, welche die Verwaltung der Klage entgegenhalten kann, bedingt die Person des Klägers eventuell ganz erhebliche Differenzen. Beispielsweise vermag die Einrede der Verwaltung, welche sich auf die Decharge der Generalversammlung stützt, eventuell sehr wohl nur die Klage der Gesellschaft, nicht aber auch diejenige des Aktionärs oder gar des Gläubigers zurückzuschlagen. Auch im Konkurse der Gesellschaft ist also das selbständige Klagrecht des Aktionärs und des Gläubigers aus Art. 674 nicht nur von formellem, sondern eventuell auch von erheblichem materiellem Werte, auch wenn angenommen wird, dass die Macht der Verwaltung sich bei der Frage nach der Anstrengung der Verantwortlichkeitsklage aus Art. 673 im Konkurse nicht mehr geltend machen kann.

Einer speziellen Untersuchung bedarf dagegen noch die Frage nach der Tragweite eines Vergleiches zwischen der Masse und der Verwaltung.

Bindet ein solcher Vergleich auch die einzelnen Aktionäre und Gläubiger oder nicht?

Wenn nicht, wird er praktisch nur von geringer Bedeutung sein, denn die Verwaltung kann kein Interesse daran haben, nur mit der Masse einen Vergleich abzuschliessen, wenn die Forderungen der einzelnen Aktionäre und Gläubiger gleichwohl bestehen bleiben.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen scheint zunächst die Verbindlichkeit des Vergleiches der Masse für die Gläubiger und die Aktionäre ausgeschlossen zu sein.

Ist die Gesellschaft nicht im Konkurs, so kann sie keinesfalls durch einen Vergleich die Ansprüche aus Art. 674 binden. Der Solidargläubiger kann wohl durch Klage die ganze Forderung zur Aufhebung bringen, nicht aber durch einen Erlassvertrag mit dem Schuldner die übrigen Solidargläubiger binden. Das ist unbestritten.[23])

---

[23]) Im Resultate übereinstimmend: B. E. in der Revue Bd 20 S. 144 f.

Ebenso wenig vermögen aber etwa einzelne Gläubiger und Aktionäre durch einen Vergleich mit der Verwaltung die andere Solidarforderung aufzuheben, welche der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 zusteht. Auch nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über unteilbare Obligationen kann unbestrittener Weise der einzelne Teilhaber wohl durch Klage die ganze Forderung geltend machen, dagegen vermag er nicht durch einen Erlassvertrag mit dem Schuldner die übrigen Anteilhaber zu binden.

Im Falle des Konkurses der Gesellschaft scheint zunächst das Resultat kein anderes zu sein.

Kann der solvente Solidargläubiger über die Solidarforderung nicht durch Erlass verfügen, so ist nicht einzusehen, wieso dem falliten dieses Recht zustehen sollte.

Also bindet auch der Erlassvertrag der Gesellschaftsmasse mit der Verwaltung die Ansprüche aus Art. 674 nicht. Die andere Solidarforderung dagegen, welche der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre aus Art. 674 zusteht, wird überhaupt durch den Konkurs der Gesellschaft nicht berührt, da weder der Gläubiger noch der Schuldner fallit ist.

Somit scheint der Schluss geboten zu sein, dass der Vergleich der Masse mit der Verwaltung die einzelnen Aktionäre und Gläubiger nicht zu verpflichten vermag.

Und doch dürfte der entgegengesetzte Entscheid richtiger sein. Schon Hartmann[24]) hat mit Recht betont, dass die wenigen Bestimmungen des O. R. über die Solidarobligationen eine schematische Auslegung nicht ertragen. Nur eine individualisierende Behandlungsweise entspreche sowohl dem Sinne des Gesetzes als auch den Anforderungen der Praxis.

Nun ist ja zweifellos in den meisten Fällen die Regel massgebend, dass der eine Solidargläubiger durch Erlass der Schuld die übrigen nicht schädigen kann.

In unserem Falle ist aber die besondere Natur der Solidarforderung der Gesellschaft einerseits und der Gesamtheit der Gläubiger und der Aktionäre andererseits nicht zu übersehen.

---

[24]) Ztschr. f. Schw. Recht N. F. Bd 6 S. 113 f.

Die Sonderheit liegt darin, dass beide Solidargläubiger identisch sind, im Konkurse der Gesellschaft aber, wie das deutsche Reichsgericht zutreffend ausführt, die Ursache für die Creierung der selbständigen Forderung der Gläubiger und der Aktionäre dahingefallen ist.

Auch das O. R. hat ja die Solidarforderung aus Art. 674 namentlich darum geschaffen, um den Gläubiger und den Aktionär vor der Allmacht der Verwaltung zu schützen, welche eventuell auch die Generalversammlung beherrschen kann.

Im Konkurse der Aktiengesellschaft ist aber diese Gefahr ausgeschlossen, denn die Konkursverwaltung besteht aus Beamten oder doch aus Personen, welche auch die Interessen der einzelnen Gläubiger und Aktionäre zu wahren bestimmt sind. Nun ist aber der Fall sehr wohl denkbar und in der Praxis gar nicht selten, dass ein Vergleich mit der Verwaltung für alle Interessenten weit vorteilhafter wäre als die Durchführung der Klage. Und da wäre es doch ein widersinniges Resultat, wenn der Vergleich nur an denjenigen Rechten scheitern müsste, welche das Gesetz den Gläubigern und den Aktionären ausschliesslich zu ihrem eigenen Vorteile verliehen hat.

In diesem Ausnahmsfalle dürfte daher der Entscheid sehr wohl vertretbar sein, dass eventuell der Erlass von Seite eines Solidargläubigers auch die übrigen zu binden vermag. Dann wäre allerdings für das schweizerische Recht nicht das Konkursrecht, auf welches das deutsche Reichsgericht abstellt, sondern das materielle Recht der Solidarobligation entscheidend, und dieses Resultat dürfte in der Tat der freien Art und Weise, wie diese Materie im O. R. behandelt ist, nicht widersprechen.

Freilich den allgemeinen Rechtssatz, dass der Vergleich der Masse unter allen Umständen auch den einzelnen Gläubiger und Aktionär binde, möchte ich nicht aufstellen. Wenn es z. B. der Konkursverwaltung nur zu unbequem ist, die Verantwortlichkeitsklage durchzuführen, oder wenn sie, z. B. als private Konkursverwaltung, von der beklagten Verwaltung beeinflusst ist, so liegt die Sache anders.

Da würde die Einrede der Verwaltung, welche sich auch der Klage aus Art. 674 gegenüber auf den Vergleich mit der

Masse stützen wollte, zweifellos durch die Replik des Klägers zurückzuschlagen sein, dass das Resultat des Vergleiches ein so schmähliches war, dass es den Solidargläubiger nicht zu binden vermöge.

Im Normalfalle dagegen, wo die Konkursverwaltung mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat, dürfte der Verwaltung auch gegenüber der Klage aus Art. 674 eine Einrede aus dem Vergleiche mit der Masse zuzugestehen sein.

Freilich ist dieses Resultat kein ideales, weil es kein sicheres Recht zu schaffen geeignet ist. Aber gerade die Notwendigkeit der Individualisierung nach Massgabe des konkreten Falles dürfte den Normen des O. R. über die Solidarobligationen nicht widersprechen.

Hält man dagegen schlechthin an der Regel fest, dass der Erlass von Seite eines Solidargläubigers die übrigen nicht zu binden vermag, so kann auch der Vergleich der Gesellschaftsmasse mit der Verwaltung die einzelnen Aktionäre und Gläubiger nicht verpflichten. Denn wie man sich nun auch zu dem Entscheide des deutschen Reichsgerichts für das abweichende deutsche Recht stellen mag, so ist jedenfalls für das O. R. auch im Falle des sekundären Schadens, die Möglichkeit ausgeschlossen, den selbständigen Anspruch aus Art. 674 in die Masse der Gesellschaft zu ziehen.