

# Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

## Bundesgerichtsurteil 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019

### Mit Bemerkungen von Merens Derungs und Hans Caspar von der Crone\*

#### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Kantonsgerichts Wallis C1 16 129 vom 11. Juni 2018
  - 2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019
- III. Bemerkungen
  - 1. Durchsetzungsordnung
  - 2. Anspruch aus Art. 41 OR
  - 3. Direkte Gläubigerschädigung und Durchsetzungssperre
  - 4. Direkte Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit
- IV. Schlussbemerkungen

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die C. SA war eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton Wallis. Sie betrieb eine kleine Immobilienagentur. Das Aktionariat und der Verwaltungsrat der C. SA bestanden aus A. und B.

Im Herbst 2000 liess sich U., ein südafrikanischer Staatsangehöriger, in Montana (VS) nieder. Er spiegelte A. und B. vor, ein wohlhabender Geschäftsmann zu sein, der beträchtliche Summen in die Region und in die C. SA investieren wollte. Er stellte den beiden Verwaltungsräten enorme Gewinne in Aussicht. Aufgrund administrativer Schwierigkeiten sei es ihm gegenwärtig nicht möglich, sein Vermögen in die Schweiz zu transferieren (ca. USD 100 Mio.). A. und B. vertrauten U. blind. Dazu trug ein angeblich vom damaligen US-Präsidenten George W. Bush an U. verfasstes Dankeschreiben bei, worin sich dieser für die langjährige Unterstützung von U. bedankte. Darüber hinaus zeigten sich die beiden Verwaltungsräte tief beeindruckt vom luxuriösen Lebensstil des U. Auf diese Weise gelang es U. den Status eines an die C. SA angegliederten selbstständigen Erwerbstätigen zu erlangen. Er forderte von A. und B. verschiedene weitere Leistungen, bis er Zugriff auf sein Vermögen habe. Als Sicherheit bot er ihnen ein blanko Schuldbekennnis und einen verschlossenen Umschlag an, der nicht geöffnet werden durfte. Die darin angeblich

enthaltenen Goldzertifikate stellten sich als Fälschungen heraus.

Nachdem U. bereits einen Vorschuss von A. und B. erhalten hatte, wollte er als nächstes Luxusautomobile erwerben. Weil der Lieferant Sicherheiten verlangte, gelangte U. an A. und B. Daraufhin schlossen die beiden Verwaltungsräte Anfang 2001 zwei separate Leasingverträge über zwei Luxusfahrzeuge der Marke BMW im Wert von rund CHF 170 000 ab. Leasinggeberin war die X. SA, Leasingnehmerin die C. SA. Die C. SA traf mit U. eine Vereinbarung, mit der sie ihm die alleinige weltweite Nutzung der geleasten Fahrzeuge überliess. Im Gegenzug verpflichtete sich U. die monatlichen Leasingraten für die beiden Fahrzeuge an die Leasinggeberin X. SA zu bezahlen. Nach einigen Monaten stellte U. seine Zahlungen an die X. SA ein. Infolgedessen kündigte die X. SA Anfang 2002 die beiden Leasingverträge und verlangte von der C. SA die Herausgabe der beiden Fahrzeuge. Die C. SA verwies die X. SA hierzu an U., welcher die beiden Fahrzeuge in der Zwischenzeit nach Tschechien verbracht hatte. Im Jahr 2004 gelang es der X. SA, eines der beiden Fahrzeuge unter hohen Kosten zurückzuholen. Das andere blieb verloren. Die X. SA bezifferte ihren Gesamtverlust auf CHF 133 450.

Der am 27. August 2008 über die C. SA eröffnete Konkurs wurde am 17. September 2008 mangels Aktiven eingestellt. Die C. SA wurde aus dem Handelsregister gelöscht.

Bereits im Jahr 2002 hat die X. SA Strafanzeige gegen A. und B. eingereicht. Das Strafverfahren endete erstinstanzlich in einer Verurteilung beider Verwaltungsräte wegen Betruges und Veruntreuung. Gegenüber A. erwuchs das Urteil in Rechtskraft. B. aber hatte gegen das Urteil Berufung erhoben und wurde im Juli 2009 vom Kantonsgericht Wallis vollumfänglich freigesprochen. Der Tatbestand des Betruges war gemäss Urteil nicht erfüllt, da B. nicht in Betracht gezogen habe, dass aus seinem Verhalten ein Schaden für die Leasinggesellschaft entstehen könnte.<sup>1</sup> Bezüglich der Veruntreuung war entscheidend, dass B. keine Absicht an den Tag gelegt habe, sich die Fahrzeuge anzueignen, bzw. dies einem Dritten zu ermöglichen und sie dadurch der Leasinggeber-

\* RA M.A. HSG Merens Derungs und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> «[B] n'avait par ailleurs pas imaginé qu'il pouvait en résulter un dommage pour la société de leasing, ce qui justifiait son acquittement du chef d'escroquerie» (KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 2.4).

rin dauerhaft zu entziehen. Letztlich fehlte für beide Delikte der Vorsatz.

Die X. SA erhob im Jahr 2013 vor dem Bezirksgericht Sierre eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat A. über CHF 133 450. Dieses Gericht hiess die Klage am 29. April 2016 vollumfänglich gut. Eine gegen den erstinstanzlichen Entscheid eingelegte Berufung wiederum hiess das Kantonsgericht Wallis mit Entscheid vom 11. Juni 2018 unter Abweisung der Verantwortlichkeitsklage der X. SA gut. Die von der X. SA gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht im vorliegenden Entscheid abgewiesen.

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. Urteil des Kantonsgerichts Wallis C1 16 129 vom 11. Juni 2018

Das Kantonsgericht befasste sich zunächst mit den vier Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR.<sup>2</sup> Es bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, dass A. durch den Abschluss der beiden Leasingverträge und durch die anschliessende Überlassung der Fahrzeuge an U. seine Sorgfaltspflicht verletzt habe. Die Vorinstanz sah in diesem Verhalten gar eine haarsträubende Fahrlässigkeit («négligence crasse»)<sup>3</sup> Aufgrund dieser Pflichtverletzung seien Auslagen für die vorzeitige Beendigung der beiden Leasingverträge und Kosten für die versuchte Rückschaffung der beiden Fahrzeuge angefallen, was zu einer Zunahme der Passiven der C. SA geführt habe.<sup>4</sup> Die C. SA habe dadurch einen direkten Schaden erlitten. Mit der Konkursöffnung habe sich daraus für die X. SA ein Reflexschaden ergeben, da ihre Forderung unerfüllt geblieben sei.<sup>5</sup> Falls die beiden Verwaltungsräte Sicherheiten von U. verlangt hätten, wäre dieser Schaden nicht eingetreten. Dementsprechend bejahte das Kantonsgericht auch die Kausalität.

Im Anschluss befasste sich das Kantonsgericht mit den der X. SA zur Verfügung stehenden Klagen, wobei es gemäss Rechtsprechung in Abhängigkeit von den betroffenen Vermögensmassen drei Konstel-

lationen unterschied: (1) Aus dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt sind einer oder mehrere Gläubiger direkt in ihrem Vermögen geschädigt worden, ohne dass auch auf der Ebene der Gesellschaft ein Schaden eingetreten wäre; (2) aus dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt ist direkt nur die Gesellschaft geschädigt worden; Im Konkurs der Gesellschaft resultiert aus dieser Schädigung der Gesellschaft indirekt oder reflexweise eine Schädigung der Gläubiger; (3) der gleiche Lebenssachverhalt hat sowohl einzelne Gläubiger als auch die Gesellschaft selbst direkt in ihrem Vermögen geschädigt.<sup>6</sup>

In der ersten Konstellation könne ein geschädigter Gläubiger seinen Schaden namentlich soweit individuell geltend machen, als die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 41 OR erfüllt seien. In der zweiten Konstellation stände die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche zuerst der Gesellschaft zu. Käme es zum Konkurs der Gesellschaft, könnten die Gläubiger gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR und Art. 260 SchKG eine Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche verlangen.<sup>7</sup> In der dritten Konstellation werde, um einen Wettlauf zwischen der Konkursverwaltung und den einzelnen Gläubigern zu verhindern, die Aktivlegitimation der einzelnen Gläubiger zugunsten der kollektiven Durchsetzung des Anspruchs durch die Konkursverwaltung eingeschränkt. Ein Gläubiger könne in dieser dritten Konstellation seinen direkten Schaden nur soweit individuell geltend machen, als er sich auf Art. 41 OR, auf culpa in contrahendo oder auf eine ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienende aktienrechtliche Bestimmung stützen könne.<sup>8</sup>

Infolge der Konkursöffnung sei die X. SA indirekt geschädigt worden. Sie habe es allerdings unterlassen, ihre Forderung im Konkurs einzugeben und sie habe auch keine Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegen ihre Verwaltungsräte verlangt. Dementsprechend könne die X. SA auch nicht Ansprüche der Gesellschaft gegenüber A. geltend machen.<sup>9</sup> Zu prüfen bleibe, ob die X. SA ihren direkten Schaden gestützt auf Art. 41 OR gegen A. geltend machen könne.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 3.1.

<sup>3</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 3.2.

<sup>4</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 3.2.

<sup>5</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 3.2 in fine.

<sup>6</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 4.1.1–4.1.3.

<sup>7</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 4.1.2.

<sup>8</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 4.1.3.

<sup>9</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 4.2.

<sup>10</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 4.2.

Bei der Prüfung von Art. 41 OR verneinte das Kantonsgericht die Widerrechtlichkeit des Verhaltens von A. Dabei unterschied es zwischen der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts (Erfolgsunrecht) und einer blossen Vermögensschädigung (Verhaltensunrecht).<sup>11</sup> Entgegen der Vorinstanz sah das Kantonsgericht in der Überlassung der beiden Fahrzeuge an U. keinen Eingriff in das Eigentum der Leasinggeberin X. SA und damit auch keine Verletzung eines absolut geschützten Rechts. Vielmehr seien höchstens vertragliche Pflichten gegenüber der X. SA verletzt worden.<sup>12</sup> Mangels Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR hiess es die Berufung gut und wies die Verantwortlichkeitsklage ab.

## 2. Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019

Auch das Bundesgericht ging von den drei möglichen Konstellationen einer Gläubigerschädigung aus.<sup>13</sup> Mit dem Kantonsgericht kam es zum Schluss, dass durch die Handlungen des Verwaltungsrats A. sowohl die C. SA als auch die X. SA direkt geschädigt worden seien. Die X. SA könne deshalb nur direkt gegen A. vorgehen, wenn sie ihren Anspruch auf Art. 41 OR, auf culpa in contrahendo oder auf eine ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienende aktienrechtliche Bestimmung stützen könne.<sup>14</sup>

Die X. SA hatte in der Beschwerde vorgebracht, ihre Klageberechtigung unterliege insofern keinerlei Einschränkungen, als wegen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ein Wettlauf zwischen Gläubigern und Konkursmasse ausgeschlossen sei. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dies treffe zwar zu, sei jedoch einzig die Konsequenz der Tatsache, dass die X. SA nach der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven darauf verzichtet habe, nach Art. 230 Abs. 2 SchKG unter Bevorschussung der Konkurskosten die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen. Könnte die X. SA mit diesem Vorgehen Verantwortlichkeitsansprüche gelten machen, ohne das Ergebnis mit anderen Gläubigern teilen zu müssen, wäre der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs verletzt. Wolle eine Gläubigerin Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaften

und damit einen indirekten Gläubigerschaden bzw. einen Reflexschaden geltend machen, müsse sie deshalb zwingend die Wiedereintragung der Gesellschaft und die Wiedereröffnung des Konkurses verlangen.<sup>15</sup>

Daraufhin prüfte das Bundesgericht, ob der X. SA ein Anspruch nach Art. 41 OR zusteht. Im Gegensatz zur Vorinstanz bejahte es die Widerrechtlichkeit des Verhaltens von A., habe er doch in das Eigentumsrecht der Leasinggeberin und damit in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen. Bezüglich des Verschuldens allerdings sei das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden, die ein Verschulden des Verwaltungsrats A. verneint habe. Die Vorinstanz habe sich dabei auf das zweitinstanzliche Urteil im Strafverfahren gegen den Verwaltungsrat B. abgestützt. In diesem Fall sei das Kantonsgericht zum Schluss gekommen, B. hätte bei seinen Handlungen nicht in Betracht gezogen, dass sein Verhalten es dem U. ermöglichen würde, sich die Fahrzeuge anzueignen und sie so der X. SA zu entziehen. Was für den Verwaltungsrat B. festgestellt worden sei, müsse auch für den Verwaltungsrat A. gelten.<sup>16</sup>

## III. Bemerkungen

### 1. Durchsetzungsordnung

#### 1.1 Bundesgerichtliches Prüfschema

Das Bundesgericht geht bei der Prüfung von Klagen der Gläubiger gegen Organe nach einem festen Schema vor.<sup>17</sup> In einem ersten Schritt untersucht es, ob aus einem Lebenssachverhalt<sup>18</sup> einzelne Gläubiger direkt (Konstellation 1), die Gesellschaft direkt und die Gläubiger reflexweise (Konstellation 2) oder die Gesellschaft und einzelne Gläubiger direkt (Konstellation 3) geschädigt wurden. In Abhängigkeit von der jeweils gegebenen Konstellation stellt es in einem zweiten Schritt die anwendbare Durchsetzungsordnung fest:

<sup>15</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 4.

<sup>16</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 5.

<sup>17</sup> BGE 132 III 564 E. 3.1; BGE 141 III 112 E. 5.2; BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 2.

<sup>18</sup> Vgl. dazu BGE 132 III 564 E. 3.1.3; BGE 141 III 112 E. 5.2.3 sowie *Olivier Baum/Hans Caspar von der Crone*, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232–249, 241 f.

<sup>11</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 5.1.1.

<sup>12</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 5.2.2.

<sup>13</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 2.

<sup>14</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 3.

- In der ersten Konstellation der ausschliesslichen Gläubigerschädigung handelt es sich um einen individuellen Anspruch des Gläubigers. Dem Gläubiger kommt uneingeschränkte Klageberechtigung zu.
- In der zweiten Konstellation der direkten Gesellschaftsschädigung handelt es sich um einen Anspruch der Gesellschaft. Die Klageberechtigung steht primär der Gesellschaft, sekundär den Gläubigern nach einer Abtretung zu (Art. 757 OR).
- In der dritten Konstellation der direkten Gesellschafts- und Gläubigerschädigung steht sowohl der Gesellschaft als auch dem Gläubiger ein potentieller Anspruch gegen ein Organ zu. In dieser Konstellation schränkt das Bundesgericht im Gesellschaftskonkurs die Klageberechtigung des Gläubigers für seinen *eigenen* Anspruch ein. Einen solchen kann ein Gläubiger nur geltend machen, wenn er sich dabei auf Art. 41 OR, culpa in contrahendo oder eine ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienende aktienrechtliche Bestimmung stützen kann. Keine Klageberechtigung kommt ihm hingegen bei der Verletzung von einfachen aktienrechtlichen Schutznormen zu.<sup>19</sup> Diese Einschränkung der Klageberechtigung in der dritten Konstellation wird nachfolgend als Durchsetzungssperre bezeichnet.

Dieses Prüfschema stellt ein analytisches Hilfsinstrument der Gerichte zur Feststellung der einschlägigen Durchsetzungsordnung bei Gläubigerklagen dar. Deswegen können auch unterschiedliche Konstellationen zu identischen Anspruchsgrundlagen führen.

Noch zu klären gilt es die bereits verwendeten Begriffe der Anspruchsgrundlage und der Klageberechtigung. Die Anspruchsgrundlage regelt, wem unter welchen Voraussetzungen materiell rechtlich ein Anspruch gegen wen zusteht. Die Klageberechtigung regelt, unter welchen Umständen ein Berechtigter einen Anspruch durchsetzen kann.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 17.

<sup>20</sup> Eingehend dazu: Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 210), 150–152 (m.w.H.); sowie Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 89.

## 1.2 Schritt 1: In casu betroffene Vermögensmassen

Gemäss obenstehendem Prüfschema gilt es bei Klagen der Gläubiger in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sie einen direkten oder einen Reflexschaden erlitten haben. Dazu wird auf die betroffenen Vermögensmassen abgestellt; ein direkter Schaden der Gesellschaft liegt insbesondere vor, falls sich durch eine pflichtwidrige Handlung das Eigenkapital der Gesellschaft reduziert.<sup>21</sup> Ein allfällig daraus resultierender Forderungsausfall entspricht dem Reflexschaden der Gläubiger.<sup>22</sup> Ein pflichtwidriges Verhalten der Organe kann aber auch Gläubiger in ihrem eigenen Vermögen schädigen. In diesem Fall liegt ein direkter Gläubigerschaden vor.<sup>23</sup>

Vorliegend entstand der X. SA als Gläubigerin aus der vorzeitigen Auflösung der Leasingverträge, den Rückschaffungskosten und dem Verlust eines der beiden Fahrzeuge ein Schaden in ihrem eigenen Vermögen. Dabei handelt es sich um einen direkten Schaden der X. SA. Diesen konnte sie vertraglich gegenüber der C. SA als Leasingnehmerin geltend machen (Art. 97 OR). Weil die C. SA diesen Anspruch nicht auf U. abwälzen konnte, hätte sie dafür im Jahr 2002 eine Rückstellung bilden müssen (Art. 960e OR).<sup>24</sup> Die daraus resultierende Eigenkapitalreduktion stellt den direkten Gesellschaftsschaden der C. SA dar.

<sup>21</sup> Vgl. Baum/von der Crone (Fn. 18), 236 f.

<sup>22</sup> In der Terminologie des Bundesgerichts liegt diesfalls ein mittelbarer Schaden («*dommage indirecte*») vor (BGE 132 III 564 E. 3.1.2). Zum Ganzen auch Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 15–20 zu Art. 754 OR; Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278–299, 289; Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 15–20 zu Art. 754 OR.

<sup>23</sup> BGE 132 III 564 E. 3.1.1 und 3.1.3; BGE 142 III 23 E. 4.2.2. Aus der Lehre Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 14 N 97; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 790.

<sup>24</sup> Falls sie das Leasingobjekt in der Bilanz aktiviert hatte, hätte sie in demselben Jahr eine Wertberichtigung vornehmen müssen (Art. 960a OR). Vgl. zur Aktivierung von Leasinggegenständen Stefan Haag, Ermessensentscheide im neuen Rechnungslegungsrecht, ST 2014, 874–878, 875.

Auf den ersten Blick scheint die X. SA auch im Jahr 2002 einen Reflexschaden erlitten zu haben; in Folge der Überlassung der Fahrzeuge durch A. an U. verringerte sich nämlich das Haftungssubstrat der C. SA und so die Bonität ihrer Forderung. Allerdings ist die Forderung der X. SA gegenüber der C. SA erst mit dem schädigenden Ereignis entstanden. Die Eigenkapitalreduktion der C. SA entspricht also gerade der Forderung der X. SA. Es ist deswegen fraglich, ob man bereits im Jahr 2002 von einem Reflexschaden der X. SA sprechen kann. Jedenfalls aber war die X. SA mit der Konkurseröffnung über die C. SA im Jahr 2008 reflexweise geschädigt.<sup>25</sup>

### 1.3 Schritt 2: In casu anwendbare Durchsetzungsordnung

Weil die X. SA und die C. SA je einen direkten Schaden erlitten haben, liegt die dritte Konstellation des Prüfschemas vor. Sowohl der Gläubigerin als auch der Gesellschaft stand somit ein eigener potentieller Anspruch gegen A. zu.

Den Anspruch der Gesellschaft hätte die X. SA nur geltend machen können, wenn sie die Abtretung von deren Verantwortlichkeitsansprüche verlangt hätte (Art. 757 Abs. 2 OR). In Ermangelung einer solchen Abtretung konnte die X. SA von vornherein nur ihren eigenen Anspruch geltend machen. Die Konkurseröffnung hatte zur Konsequenz, dass sie bei der Geltendmachung ihres eigenen Anspruchs der Durchsetzungssperre unterlag.<sup>26</sup> Die X. SA konnte ihren eigenen Anspruch also nur auf Art. 41 OR, culpa in contrahendo oder eine ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienende aktienrechtliche Bestimmung

stützen.<sup>27</sup> Davon kam für die X. SA einzig Art. 41 OR infrage.<sup>28</sup>

## 2. Anspruch aus Art. 41 OR

### 2.1 Allgemeines

Voraussetzung für einen Anspruch nach Art. 41 OR sind bekanntlich ein Schaden, ein widerrechtliches Verhalten, ein Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem Schaden sowie ein Verschulden.<sup>29</sup> Nachstehend ist auf die Widerrechtlichkeit und das Verschulden einzugehen.

### 2.2 Widerrechtlichkeit

Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung ist bei der Widerrechtlichkeit zwischen Tatbeständen des Erfolgs- und des Verhaltensunrechts zu unterscheiden.<sup>30</sup> Beim Erfolgsunrecht ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus dem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut.<sup>31</sup> Reine Vermögensschäden sind dagegen nicht generell geschützt.<sup>32</sup> Nachdem das Vermögen als solches kein derartiges absolut geschütztes Rechtsgut darstellt, kann bei reinen Vermögensschäden eine Widerrechtlichkeit nur dann vorliegen, wenn im Sinn eines Verhaltensunrechts eine Schutznorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll.<sup>33</sup>

Die Abgrenzung zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht fällt gerade in Zusammenhang mit dem

<sup>25</sup> Es ist ohnehin umstritten, ob ein Gläubiger ausserhalb des Konkurses wegen einer einfachen Bonitätsminderung eine Schadenersatzklage erheben kann. Vgl. zum Ganzen Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 268 f.

<sup>26</sup> Die Durchsetzungssperre gilt, wie das Bundesgericht vorliegend erstmals entschieden hat, auch bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 4). Vorliegend resultierten beide Schäden zudem aus der Überlassung des Fahrzeugs an U. Dementsprechend war auch die Voraussetzung, dass ein und dieselbe Pflichtverletzung gleichzeitig das Vermögen der Gesellschaft und dasjenige eines Gläubigers (bzw. Aktionärs) schädigt, erfüllt. Vgl. BGE 132 III 564 E. 3.1.3; BGE 141 III 112 E. 5.2.3 sowie Baum/von der Crone (Fn. 18), 241 f.

<sup>27</sup> BGE 132 III 564 E. 3.2.3; BGE 141 III 112 E. 5.2.3; bestätigt in BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 2.

<sup>28</sup> Das Bundesgericht hat die beiden anderen potentiellen Anspruchsgrundlagen zu Recht verworfen (BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 3 und E. 6).

<sup>29</sup> BGE 132 III 122 E. 4.1; BGE 132 III 379 E. 3.1. Grundlegerend Karl Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., Zürich 1975, 47 f.

<sup>30</sup> Z.B. BGE 133 III 323 E. 5.1; BGE 141 III 527 E. 3.2; Roland Brehm, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, N 34 zu Art. 41 OR.

<sup>31</sup> BK-Brehm (Fn. 30), N 35 zu Art. 41 OR.

<sup>32</sup> BGE 136 III 113 E. 3.2; BGE 141 III 527 E. 3.2; BGer 4A\_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.2.1; Karl Otfinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 N 30.

<sup>33</sup> BGE 119 II 127 E. 3; Otfinger/Stark (Fn. 32), § 4 N 41; Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 848.

Eigentum, als absolut geschütztes Recht,<sup>34</sup> nicht immer leicht. Eine Handlung kann nämlich, trotz Eingriff in das Eigentum des Geschädigten, einen reinen Vermögensschaden zur Folge haben.<sup>35</sup> Beispiel dafür ist die Blockade einer Garagenausfahrt, die den Geschädigten dann gehindert hat, das in der Garage parkierte Auto zu benutzen, was wiederum den Abschluss eines lukrativen Geschäfts verhindert hat.<sup>36</sup> Diese blosser Eigentumsbeeinträchtigung stellt keinen Eingriff in das absolut geschützte Eigentumsrecht dar und kann deshalb nur bei Verletzung einer Schutznorm und damit als Verhaltensunrecht zu einem Schadenersatzanspruch führen.<sup>37</sup>

Potenziell widerrechtlich hat A. beim Überlassen der beiden Fahrzeuge an U. gehandelt.<sup>38</sup> Dabei muss zwischen dem abhanden gekommenen (BMW 1) und dem zurückgeschafften (BMW 2) Fahrzeug unterschieden werden. Im Fall des abhanden gekommenen BMW 1 hat A. mit seinem Handeln in die Eigentumsrechte der X. SA und damit in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen. Zwar ist mit dem Kantonsgericht davon auszugehen, dass in der Überlassung der beiden Fahrzeuge an U. in erster Linie eine Vertragsverletzung vorliegt.<sup>39</sup> Dies steht der Widerrechtlichkeit aber nicht per se entgegen. Führt nämlich eine Vertragsverletzung gleichzeitig zur Verletzung eines absolut geschützten Rechts, liegen zugleich eine Vertragsverletzung und eine Widerrechtlichkeit vor.<sup>40</sup> Dies ist vorliegend der Fall.

Weil der BMW 2 beigebracht werden konnte, wurde diesbezüglich kein absolutes Recht der X. SA verletzt. Eine Widerrechtlichkeit wäre betreffend des BMW 2 deshalb nur dann zu bejahen, wenn im Sinn des Verhaltensunrechts eine Schutznorm verletzt

worden wäre. In Betracht zu ziehen wäre allenfalls die Verletzung einer Aufklärungspflicht, indem A. den eigentlichen Nutzer der Fahrzeuge gegenüber der X. SA verschleiert hat.<sup>41</sup> Zu prüfen wäre möglicherweise auch eine falsche Auskunft<sup>42</sup> oder sogar eine absichtliche Täuschung.<sup>43</sup> Des Weiteren käme eine Teilnahme an einer Sachentziehung (Art. 141 StGB) oder Misswirtschaft (Art. 165 StGB) infrage.<sup>44</sup> Diesbezüglich ist der Sachverhalt allerdings zu wenig erstellt.

### 2.3 Verschulden

Das Verschulden setzt sich aus einer subjektiven und einer objektiven Komponente zusammen,<sup>45</sup> wobei vorliegend nur letztere von Interesse ist.<sup>46</sup> Bei der objektiven Seite muss geprüft werden, inwiefern dem Anspruchsgegner der objektive Vorwurf eines widerrechtlichen Verhaltens gemacht werden kann.<sup>47</sup> Dabei genügt Fahrlässigkeit.<sup>48</sup> Fahrlässigkeit bedeutet ein Ausserachtlassen der unter den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt.<sup>49</sup> Dazu wird ein Vergleich zwischen einem durchschnittlich sorgfältigen Menschen und dem Schädiger gemacht. Bei einer Diskrepanz ist Fahrlässigkeit gegeben.<sup>50</sup> Ob der Schädiger den Schadenseintritt wollte, spielt dagegen keine Rolle. Entscheidend ist einzig die mangelnde Sorgfalt.<sup>51</sup>

<sup>34</sup> BGer 4C.317/2002 vom 20. Februar 2004, E. 3.

<sup>35</sup> BK-Brehm (Fn. 30), N 37a-b zu Art. 41 OR.

<sup>36</sup> Beispiel angelehnt an *Vito Roberto*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 133.

<sup>37</sup> Vgl. BK-Brehm (Fn. 30), N 37b zu Art. 41 OR.

<sup>38</sup> Das Verhalten des U. kann dagegen keine Widerrechtlichkeit des A. begründen, weil A. keine Garantstellung für U. innehält und die Vertragsverletzung durch U. keine Widerrechtlichkeit des A. begründet. Vgl. BGE 114 II 91 E. 4a) (m.w.H.).

<sup>39</sup> Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggesellschaft untersagten die Überlassung des Fahrzeugs an Dritte. Vgl. KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 5.2.1. BK-Brehm (Fn. 30), N 62a zu Art. 41 OR; Rey/Wildhaber (Fn. 33), N 877; Anton K. Schnyder/Wolfgang Portmann/Markus Müller-Chen, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 148.

<sup>40</sup> Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggesellschaft untersagten die Überlassung des Fahrzeugs an Dritte. Vgl. KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 5.2.1. BK-Brehm (Fn. 30), N 62a zu Art. 41 OR; Rey/Wildhaber (Fn. 33), N 877; Anton K. Schnyder/Wolfgang Portmann/Markus Müller-Chen, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 148.

<sup>41</sup> Vgl. dazu BGE 122 III 176 E. 7b); BGer 4C.193/2000 vom 26. September 2001, E. 4a; BGer 4C.358/2004 vom 22. November 2004, E. 2.2.

<sup>42</sup> BGE 111 II 471 E. 3; Böckli (Fn. 25), § 18 N 312.

<sup>43</sup> BGE 122 III E. 7b).

<sup>44</sup> Was eine vorgängige Prüfung des Schutznormcharakters dieser Normen voraussetzen würde. Vgl. dazu BGer 4C.156/2005 vom 28. September 2005, E. 3.3 in fine sowie umfassend *Michel Verde*, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Luzern, Zürich 2014, N 393–414.

<sup>45</sup> BK-Brehm (Fn. 30), N 169 zu Art. 41 OR; OFK-Fischer (Fn. 22), N 77 zu Art. 41 OR; Max Keller/Sonja Gabi/Karin Gabi, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012, 61; Oftinger/Stark (Fn. 32), § 5 N 40.

<sup>46</sup> Das subjektive Verschulden beschränkt sich auf die Urteilsfähigkeit (BGE 116 Ia 162 E. 2c).

<sup>47</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen (Fn. 40), N 208.

<sup>48</sup> Art. 41 Abs. 1 OR.

<sup>49</sup> Rey/Wildhaber (Fn. 33), N 1002; Schnyder/Portmann/Müller-Chen (Fn. 40), N 213.

<sup>50</sup> Rey/Wildhaber (Fn. 33), N 1003; Schnyder/Portmann/Müller-Chen (Fn. 40), N 214.

<sup>51</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen (Fn. 40), N 213.

Das zivilrechtliche Verschulden ist nicht mit der strafrechtlichen Schuld gleichzusetzen.<sup>52</sup> Im Strafrecht gilt im Gegensatz zum Zivilrecht nämlich ein subjektiver und nicht ein objektiver Massstab.<sup>53</sup> Insbesondere bei der Fahrlässigkeit unterscheiden sich die Rechtsgebiete stark.<sup>54</sup> Unter anderem aus diesem Grund ist es richtig, wenn Art. 53 OR festhält, dass die Zivilgerichte bei der Beurteilung des Verschuldens nicht an die Erkenntnisse der Strafgerichte zur Schuld gebunden sind.<sup>55</sup>

Vorliegend kommt ein fahrlässiges Handeln des A. infrage. Es ist zu bezweifeln, dass ein durchschnittlich sorgfältiger Mensch in derselben Situation die beiden Fahrzeuge U. ohne Weiteres zur alleinigen weltweiten Nutzung überlassen hätte. Das Kantonsgericht verneinte bereits die Widerrechtlichkeit und musste sich nicht explizit zum Verschulden äussern.<sup>56</sup> Das Bundesgericht hat das Verschulden des A. und damit den Anspruch der X. SA aus Art. 41 OR mit der Begründung verneint, dass dieser gemäss Strafurteil nicht in Betracht zog, dass sein Verhalten es dem U. ermöglichen würde, sich die Fahrzeuge anzueignen und sie dadurch der X. SA dauerhaft zu entziehen.<sup>57</sup> Ohne vollständigen Überblick über die Prozessakten muss an dieser Stelle offenbleiben, weshalb das Bundesgericht im Einzelnen gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz das Vorliegen eines Verschuldens verneinte. Zu unterstreichen ist immerhin die Notwendigkeit einer klaren Unterscheidung zwischen der strafrechtlichen Prüfung des Vorsatzes einerseits und der zivilrechtlichen Prüfung der Fahrlässigkeit andererseits. Für die eine gilt ein subjektiver und für die andere primär ein objektiver Massstab.

### 3. Direkte Gläubigerschädigung und Durchsetzungssperre

#### 3.1 Allgemeines

Weil vorliegend die dritte Konstellation des Prüfschemas gegeben war und weil über die C. SA der Konkurs eröffnet wurde, unterlag die X. SA für ihren eigenen Anspruch der Durchsetzungssperre. Dies hatte zur Konsequenz, dass der X. SA für ihren eigenen Anspruch nicht sämtliche aktienrechtliche Bestimmungen als Schutznormen zur Verfügung standen.<sup>58</sup>

#### 3.2 Aktienrechtliche Gläubigerschutznormen

Der Schutznormcharakter von aktienrechtlichen Bestimmungen ist analog den Grundsätzen des allgemeinen Haftpflichtrechts zu bestimmen. Es ist also im Einzelfall<sup>59</sup> zu prüfen, ob die jeweilige aktienrechtliche Bestimmung zum Zweck hat, das betroffene Rechtsgut vor einer Schädigung der eingetretenen Art zu schützen.<sup>60</sup> Der Schutznormcharakter einer aktienrechtlichen Bestimmung kann nicht unbesehen von der Person des Geschädigten beantwortet werden.<sup>61</sup> Eine aktienrechtliche Bestimmung kann nämlich durchaus nur den Schutz der Gesellschaft nicht aber der Gläubiger bezwecken.

Der Grossteil der aktienrechtlichen Bestimmungen hat weder im Verhältnis zum Vermögen der Gläubiger noch der Aktionäre Schutznormcharakter.<sup>62</sup> Zunächst ist das Vermögen der Aktionäre bzw. Gläubiger als solches kein absolut geschütztes Rechtsgut.<sup>63</sup> Nur weil Gläubiger einen Verlust erleiden, wird dadurch die verletzte aktienrechtliche Bestimmung noch nicht zu einer Gläubigerschutznorm. Sodann konkretisieren die Vielzahl der infrage kommenden aktienrechtlichen Bestimmungen ausschliesslich die

<sup>52</sup> BGer 4C.286/2003 vom 18. Februar 2004, E. 3.1; *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 1004; *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 198.

<sup>53</sup> *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 1003 f. (m.w.H.).

<sup>54</sup> Vgl. *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 963; *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 198.

<sup>55</sup> *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 198.

<sup>56</sup> KGer VS C1 16 129 vom 11. Juni 2018, E. 5 insb. 5.2.2 f.

<sup>57</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 5.

<sup>58</sup> Vgl. oben Ziff. III.1.1.

<sup>59</sup> *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 163.

<sup>60</sup> BGE 119 II 127 E. 3; *Oftinger/Stark* (Fn. 32), § 4 N 41; *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 848.

<sup>61</sup> BGE 79 II 424 E. 5; BGE 110 II 391 E. 2b) sowie *BK-Brehm* (Fn. 30), N 17, 38b zu Art. 41 OR; *Oftinger/Stark* (Fn. 32), § 4 N 41; *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 162; *Verde* (Fn. 44), N 386.

<sup>62</sup> Ähnlich *Jean Nicolas Druet*, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 1981, 77–87, 81. A.M. *Böckli* (Fn. 25), § 18 N 378; *BSK OR II-Gericke/Waller* (Fn. 22), N 23 zu Art. 754 OR.

<sup>63</sup> BGE 119 II 127 E. 3; *Oftinger/Stark* (Fn. 32), § 4 N 41; *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 848.

mandatsrechtlichen Pflichten des Verwaltungsrats. Diese Pflichten hat der Verwaltungsrat einzig gegenüber der Gesellschaft. Entsprechend bezwecken sie auch nicht den Schutz des Vermögens der Gläubiger. Schliesslich darf einer Bestimmung nicht leichthin Schutznormqualität verliehen werden. Andernfalls würde der Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung ihre Funktion entzogen.<sup>64</sup> Diese besteht letztlich darin, Sachverhalte eines Eingriffs in fremde Rechtsgüter, für die sich ein ausservertraglicher Schadenersatzanspruch rechtfertigt, von haftungsrechtlich irrelevanten Schädigungen abzugrenzen.

### 3.3 Relevanz der Durchsetzungssperre

Eine solche einschränkende Interpretation der aktienrechtlichen Gläubigerschutznormen hat zur Konsequenz, dass einem Gläubiger nur selten ein eigener Anspruch gegen ein Organ infolge der Verletzung von aktienrechtlichen Bestimmungen zusteht. Wenn es einem Gläubiger aber bereits an einem Anspruch fehlt, spielt die Durchsetzungssperre für ihn von vornherein keine Rolle.

Dies illustriert auch der besprochene Bundesgerichtsentscheid; Eine direkte Schadenersatzklage käme im vorliegenden Fall für die X. SA nur dann infrage, wenn sie sich auf eine unmittelbar ihr Vermögen schützende aktienrechtliche Schutznorm berufen könnte. Zwar hat A. als Verwaltungsrat gemäss Bundesgericht seine Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 OR verletzt.<sup>65</sup> Art. 717 Abs. 1 OR allerdings hat unbestrittenermassen nicht den Charakter einer Schutznorm zugunsten des Vermögens der Gläubiger.<sup>66</sup> Der Art. 754 Abs. 1 OR hat für sich selbst ebenfalls nicht den Charakter einer Gläubigerschutznorm. Vielmehr wird darin lediglich auf andere Rechtsnormen und insbesondere auf andere aktienrechtliche Bestimmungen verwiesen, welche allenfalls Schutznormcharakter haben können.<sup>67</sup> Ein Verstoß gegen

eine andere aktienrechtliche Gläubigerschutznorm lässt sich vorliegend nicht ausmachen. Bemerkenswerterweise spielt die Durchsetzungssperre im vorliegenden Fall für den Prozessausgang also gar keine Rolle.

Die Durchsetzungssperre wird für einen Gläubiger erst relevant, falls sich Gläubiger und Gesellschaft je auf eine Schutznorm berufen können, die ihr Vermögen schützt. Es muss also eine doppelte aktienrechtliche Schutznorm verletzt worden sein.<sup>68</sup> Weil nur wenige aktienrechtliche Gläubigerschutznormen existieren und die Durchsetzungssperre ohnehin nur unter sehr spezifischen Bedingungen zur Anwendung gelangt, dürfte die Durchsetzungssperre in weniger Fällen über den Prozessausgang entscheiden, als dies bisweilen vermutet wird.<sup>69</sup> Hauptanwendungsfall der Durchsetzungssperre dürfte der direkte Gläubigerschaden infolge Konkursverschleppung sein, weil Art. 725 OR auch einen Gläubigerschutznormcharakter zukommt.<sup>70</sup>

## 4. Direkte Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

### 4.1 Allgemeines

Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger aus direkten Gläubigerschäden weisen unverkennbar eine starke Nähe zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht auf. Dies wirft die Frage auf, ob diese Ansprüche überhaupt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zuzuordnen sind. Wird sie verneint, stände Art. 754 Abs. 1 OR den Gesellschaftsgläubigern nicht

anderen Teil der Lehre ist entscheidend, ob überhaupt ein Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vorliegt. Dies soll nur der Fall sein, wenn Pflichten verletzt werden, welche einem Organ durch seine gesellschaftsrechtliche Stellung auferlegt sind (*Bärtschi* [Fn. 20], 241; *Druey* [Fn. 62], 81). Wieder ein anderer Teil der Lehre legt den Fokus auf aktienrechtliche Pflichten (*Druey/Druey Just/Glanzmann* [Fn. 23], § 14 N 7; BSK OR II-*Gericke/Waller* [Fn. 22], N 23 zu Art. 754 OR).

<sup>64</sup> Vgl. *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (Fn. 40), N 134.

<sup>65</sup> BGer 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, E. 3.

<sup>66</sup> BGE 110 II 391 E. 2b); *von der Crone* (Fn. 20), § 12 N 58.

<sup>67</sup> Es bestehen verschiedene Ansichten dazu, welche Bestimmungen im Verantwortlichkeitsrecht als Schutznormen infrage kommen. Gemäss einem Teil der Lehre können dies beliebige Normen sein (*Andreas Binder/Vito Roberto*, in: *Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 8a zu Art. 754 OR). Für einen

<sup>68</sup> Vgl. BGE 128 III 180 E. 2c).

<sup>69</sup> Ähnlich BGE 132 III 564 E. 3.2.3. Häufig dürfte nämlich die Verletzung einer einfachen aktienrechtlichen Schutznorm entweder zu einer Schädigung der Gesellschaft oder zu einer Schädigung der Aktionäre führen, wie dies etwa beim unzulässigen Bezugsrechtsentzug oder bei einer Verletzung der Gleichbehandlung der Aktionäre der Fall sein dürfte.

<sup>70</sup> BGE 122 III 166 E. 7c (zitiert nach AJP 1996, 1573–1585); BGER 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.

als Anspruchsgrundlage für den Ersatz ihres direkten Schadens zur Verfügung. Stattdessen müssten sie ihren Anspruch vor allem auf Art. 41 OR stützen.

#### 4.2 Auslegung Art. 754 Abs. 1 OR

Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Frage ist das Gesetz (Art. 754 Abs. 1 OR):

«<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.»

Die Bestimmung unterscheidet zu den Berechtigten drei Personengruppen: die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. Naheliegender wäre es, sämtliche dieser Personen auch als Anspruchsberechtigte zu betrachten. Damit könnten sie ihren direkten Schaden unmittelbar gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR geltend machen. Obwohl diese Bestimmung systematisch den Anspruch an sich regelt,<sup>71</sup> sprechen verschiedene Gründe gegen dieses Ergebnis.<sup>72</sup>

Erstens lässt der Wortlaut auch die Interpretation zu, dass Art. 754 Abs. 1 OR einzig die Anspruchsgrundlage für den Gesellschaftsschaden bildet. Die Erwähnung der Gläubiger und Aktionäre hat in dieser Sicht keine selbstständige Bedeutung zur Anspruchsgrundlage. Vielmehr verdeutlicht sie lediglich, dass in Abkehr vom allgemeinen Haftpflichtrecht<sup>73</sup> auch die Aktionäre und die Gläubiger den Gesellschaftsschaden als ihren Reflexschaden geltend machen können. Ihre Aufführung in Art. 754 Abs. 1 OR ist also in Zusammenhang mit der Klageberechtigung und nicht mit der Anspruchsgrundlage zu lesen. Zwar hat auch Art. 756 OR auf den ersten Blick die gleiche Frage zum Gegenstand. Eine auf den

Schaden der Gesellschaft beschränkte Auslegung von Art. 754 Abs. 1 OR macht Art. 756 OR allerdings nicht einfach obsolet. Insbesondere stellt Art. 756 OR nämlich klar, dass in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Reflexschaden an die Gesellschaft zu leisten ist. Die Regelung unterscheidet sich damit von anderen Sachverhalten des kraft Gesetz einklagbaren Reflexschadens, wie etwa des Versorger-schadens, der von dem Reflexgeschädigten für sich selbst eingefordert werden kann.<sup>74</sup> Diesen wichtigen Unterschied stellt Art. 756 OR klar.<sup>75</sup>

Zweitens ergeben sich auch aus einer historischen Auslegung entsprechende Hinweise. Im Obligationenrecht von 1911 war die Haftung der Organe gegenüber der Gesellschaft (Art. 673 aOR) und gegenüber den Aktionären bzw. Gläubigern (Art. 674 aOR) noch separat geregelt. Im Gegensatz zu Art. 673 aOR war für einen Anspruch nach Art. 674 aOR eine absichtliche Schadensverursachung durch die Organe erforderlich. Mit der Revision des Obligationenrechts im Jahr 1936 wurde die Haftung der Organe gegenüber den Aktionären bzw. Gläubigern derjenigen gegenüber der Gesellschaft gleichgestellt. Dazu wurden die beiden Bestimmungen in Art. 754 aOR zusammengefasst und es wurde auf das Erfordernis der Absicht verzichtet.<sup>76</sup> Die Botschaft aus dem Jahr 1928 äusserte sich nicht dazu, ob Art. 754 aOR auch Grundlage für den eigenen Anspruch eines Gläubigers sein kann. Interessant ist aber der dortige Hinweis, dass zumindest für die *Geltendmachung* des direkten Gläubigerschadens auf die Schaffung besonderer Regeln verzichtet wurde, weil die allgemeinen Bestimmungen des Art. 41 ff. aOR zum Zug kommen würden.<sup>77</sup> Zwar sagt dieser Hinweis nichts darüber aus, ob Art. 754a OR auch für die Gläubiger als Anspruchsgrundlage dienen kann. Dennoch wird damit die nahe Verwandtschaft der eigenen Ansprüche der

<sup>71</sup> Vgl. von der Crone (Fn. 20), § 12 N 89.

<sup>72</sup> Ähnlich Böckli (Fn. 25), § 18 N 311–313, 341. A.M. Bärtschi (Fn. 20), 73 f.; CHK-Binder/Roberto (Fn. 67), N 4 zu Art. 756 OR; Urs Bertschinger, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 2 zu Art. 756 OR.

<sup>73</sup> Reflexschäden können im allgemeinen Haftpflichtrecht nur ausnahmsweise geltend gemacht werden (BGER 4C.413/2006 vom 27. März 2007, E. 4). Vgl. eingehend Ernst A. Kramer, Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2018, 621–629, 628 f.

<sup>74</sup> Art. 45 Abs. 3 OR. Vgl. dazu Rey/Wildhaber (Fn. 33), N 412–417.

<sup>75</sup> Darüber hinaus bestand der Zweck dieser Bestimmung bis zum Inkrafttreten der ZPO auch in der Regelung der Kostenverteilung bei Verantwortlichkeitsklagen (Art. 756 Abs. 2 aOR).

<sup>76</sup> Botschaft zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, BBI 1928, 264.

<sup>77</sup> Botschaft (Fn. 76), 265.

Gläubiger zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht zum Ausdruck gebracht.<sup>78</sup>

Drittens steht die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Art. 754 Abs. 1 OR als Anspruchsgrundlage für direkte Gläubigerschäden entgegen. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei Art. 754 Abs. 1 OR um eine vertragliche Haftung.<sup>79</sup> Sie beschlägt die vertragliche Sonderverbindung zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat. Nicht Teil dieser Sonderverbindung ist hingegen der Aktionär bzw. Gläubiger. Zu diesen steht der Verwaltungsrat haftpflichtrechtlich betrachtet in einem ähnlichen<sup>80</sup> Verhältnis wie ein Schädiger gegenüber einem Geschädigten. Ansprüche der Gläubiger bzw. Aktionäre sind also ausservertraglicher Natur<sup>81</sup> und fallen nicht unter Art. 754 Abs. 1 OR.

Dieses Ergebnis steht im Übrigen in Einklang mit den obigen Ausführungen zu den aktienrechtlichen Gläubigerschutznormen; weil die aktienrechtliche Verantwortlichkeit die Sonderverbindung zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat zum Gegenstand hat, unterliegen ihr auch nur diejenigen Pflichten, die mit der Führung der Gesellschaft einhergehen.<sup>82</sup> Diese Pflichten werden in erster Linie gegenüber der Gesellschaft als selbstständiger juristi-

scher Person definiert und nicht gegenüber den einzelnen Gläubigern. Dementsprechend selten sind aktienrechtliche Gläubigerschutznormen.

### 4.3 Rechtsprechung

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht direkte Gläubigerschäden noch nie explizit von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgenommen. Es hat sich aber zumindest implizit bereits mit dieser Frage auseinandergesetzt. Im Entscheid BGE 110 II 391 hat es Art. 754 Abs. 1 aOR noch als Anspruchsgrundlage für direkte Gläubigerschäden geprüft. Später hat das Bundesgericht im Rahmen der «X Corporation»-Rechtsprechung festgehalten, dass es sich bei den Art. 754 ff. OR um die Verletzung von Pflichten gegenüber der Gesellschaft handle. Unter dieser Praxis war für die Abgrenzung zwischen direktem und Reflexschaden die Schutznorm entscheidend. Da Art. 754 ff. OR nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft regeln, wären demnach Schäden der Gläubiger unter Art. 754 Abs. 1 OR eigentlich immer Reflexschäden gewesen. Deswegen ist fraglich, ob unter dieser Rechtsprechung Art. 754 Abs. 1 OR als Grundlage für direkte Gläubigerschäden dienen konnte.<sup>83</sup> In einem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht nun erstmals ausdrücklich die Frage gestellt, ob die direkte Schädigung eines Gläubigers durch ein Organ überhaupt ein Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist, ohne dazu Stellung zu beziehen.<sup>84</sup>

### 4.4 Folgen

Falls Art. 754 Abs. 1 OR einem Gläubiger nicht als Anspruchsgrundlage zur Verfügung stände, müsste dieser seinen direkten Schaden als eigenen Anspruch primär nach Art. 41 OR geltend machen. Dabei könnte er sich auch weiterhin auf aktienrechtliche Bestimmungen als Schutznormen berufen.<sup>85</sup> Allerdings hät-

wortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 6.

<sup>78</sup> Die Botschaft zum Aktienrecht 1991 erlaubt dagegen keine Rückschlüsse. Wie bereits in der Botschaft 1928 wird nicht klar zwischen direktem Schaden und Reflexschaden sowie der Anspruchsgrundlage und Klageberechtigung unterschieden. Vgl. dazu Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983, 848–852 und 935–937.

<sup>79</sup> BGE 46 II 449 E. 4. Gemäss einem Teil der Lehre sind die Ansprüche der Gesellschaft und der Aktionäre vertraglicher bzw. vertragsähnlicher Natur, die Ansprüche der Gläubiger dagegen deliktischer Natur. Vgl. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 36–38; *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987, N 136–145; BSK OR II-Gericke/Waller (Fn. 22), N 35 zu Art. 754 OR. Vgl. die Übersicht der weiteren Lehrmeinungen bei *Oliver Kälin*, Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2016, 135–144, 138.

<sup>80</sup> Ein Unterschied besteht darin, dass für das Haftpflichtrecht der Zufallkontakt zwischen Schädiger und Geschädigtem, wenn auch nicht zwingend, so doch typisch ist (OFK-Fischer [Fn. 22], N 39 zu Art. 41 OR).

<sup>81</sup> Anders BGE 46 II 449 E. 4. Vgl. ferner die Nachweise in Fn. 79.

<sup>82</sup> Vgl. *Druey* (Fn. 62), 81; *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verant-

<sup>83</sup> Vgl. BGE 122 III 191 insb. E. 7b) sowie zum Ganzen *Bärtschi* (Fn. 20), 73.

<sup>84</sup> BGE 142 III 23 E. 4.3.

<sup>85</sup> Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht kommen beliebige Bestimmungen als Schutznormen infrage (BGE 133 III 323 E. 5.1; BGE 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 6.2; *Oftinger/Stark* [Fn. 32], § 4 N 42). Freilich muss es sich dabei um eine allgemeine gesetzliche Pflicht handeln

te dies abweichende Gerichtsstände, Verjährungsfristen und andere Regeln bezüglich Solidarität zur Folge.<sup>86</sup> Grundlage für die Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe wäre weiterhin Art. 754 Abs. 1 OR. Gemäss ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (Art. 757 Abs. 1 OR) könnten allenfalls auch Gläubiger diesen Anspruch, als ihren Reflexschaden geltend machen.

Damit stellt sich auch weiterhin das Problem der Abgrenzung zwischen dem direkten und dem Reflexschaden der Gläubiger. Weil Ersterer nach 41 OR individuell und Letzterer nach Art. 754 ff. OR kollektiv durchgesetzt wird, kommt dieser Abgrenzung eine hohe Bedeutung zu. Für diese Abgrenzung ist wie bis anhin auf die betroffenen Vermögensmassen abzustellen.<sup>87</sup> Zwar wird im allgemeinen Haftpflichtrecht hierfür auf die Schutznorm abgestellt.<sup>88</sup> Dies kann jedoch nicht gleichermassen für die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger gegenüber den Organen gelten. Ansonsten könnte der Fall eintreten, dass der reine Wertverlust einer Aktie infolge einer Gesellschaftsschädigung ein direkter Aktionärsschaden ist.<sup>89</sup> Dessen individuelle Durchsetzung wäre unter dem Primat<sup>90</sup> der kollektiven Durchsetzung auch ausserhalb des Konkurses problematisch. Aus diesem Grund ist für die Abgrenzung zwischen direktem und Reflexschaden auf die betroffenen Vermögensmassen abzustellen.

(BGE 119 II 127 E. 3). Letzteres wird v.a. negativ gegenüber der Verletzung von vertraglichen Rechten abgegrenzt, was vorliegend mangels Vertragsverhältnisses zwischen Gläubigern bzw. Aktionären und Verwaltungsrat jedoch nicht einschlägig ist (vgl. dazu BGE 108 II 305 E. 2b); BGer 4C.193/2001 vom 14. März 2002, E. 2.3; BK-Brehm (Fn. 30), N 38 zu Art. 41 OR).

<sup>86</sup> Vgl. *Bärtschi* (Fn. 20), 75 Fn. 321; BSK OR II-Gericke/Waller (Fn. 22), N 16 zu Art. 754 OR (m.w.H.). Die neue relative dreijährige Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 1 E-OR, welche im Jahr 2020 in Kraft tritt, wird zu einer Annäherung an die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 760 Abs. 1 OR führen.

<sup>87</sup> Vgl. oben Ziff. III.1.2.

<sup>88</sup> BGE 112 II 118 E. 5e); 138 III 276 E. 3. Aus der Lehre *Kramer* (Fn. 73), 628 f.; *Rey/Wildhaber* (Fn. 33), N 410; *von der Crone/Carbonara/Hunziker* (Fn. 82), 5, 9.

<sup>89</sup> Freilich sofern eine entsprechende Gläubigerschutznorm verletzt worden wäre.

<sup>90</sup> Vgl. dazu *Felix Buff/Hans Caspar von der Crone*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 2015, 269–276, 271.

## IV. Schlussbemerkungen

Dem Grossteil der aktienrechtlichen Bestimmungen kommt weder im Verhältnis zum Vermögen der Gläubiger noch der Aktionäre Schutznormcharakter zu. Entsprechend selten steht einem Gläubiger aufgrund der Verletzung von aktienrechtlichen Bestimmungen ein eigener Anspruch gegen ein Organ zu. Dadurch relativiert sich die Bedeutung der richterrechtlichen<sup>91</sup> Durchsetzungssperre, welche gemäss vorliegendem Entscheid selbst bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gilt. Wenn nämlich erst gar kein eigener Anspruch eines Gläubigers besteht, kann die Durchsetzungssperre für ihn von vornherein keine Rolle spielen. In Kombination mit den weiteren sehr spezifischen Anwendungsvoraussetzungen der Durchsetzungssperre, dürfte diese in weniger Fällen über den Prozessausgang entscheiden, als dies bisweilen vermutet wird. Der vorliegende Entscheid kann hierfür als anschauliches Beispiel dienen. Hauptanwendungsfall der Durchsetzungssperre ist der direkte Gläubigerschaden infolge Konkursverschleppung (Art. 725 OR).

Davon zu unterscheiden ist die Frage der Anspruchsgrundlage für direkte Gläubigerschäden. Eine Auslegung von Art. 754 Abs. 1 OR ergibt, dass diese Bestimmung keine Anspruchsgrundlage für Schäden dieser Art darstellt. Direkte Gläubigerschäden haben mit dem körperschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht wenig gemein. Richtigerweise sind diese Ansprüche dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht zuzuordnen und ein Gläubiger wird für seinen eigenen Verantwortlichkeitsanspruch in erster Linie auf Art. 41 OR verwiesen.

<sup>91</sup> Vgl. dazu inkl. Kritik *Baum/von der Crone* (Fn. 18), 243.