

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung

Bundesgerichtsurteil 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112)

Mit Bemerkungen von MLaw Felix Buff und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Rechtsnatur des Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrags
 - 2. Selbständiges Forderungsrecht des Arbeitnehmers
 - 3. Selbständige Klageberechtigung des Gläubigers im Konkurs
 - 4. Grundlage für die Schadenersatzforderung
- III. Bemerkungen
 - 1. Problem des limitierten Haftungssubstrats
 - 2. Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen
 - 3. Wirkung der Konkurseröffnung
 - 4. Einschränkung der Klageberechtigung im Konkurs
 - 5. Schlussbetrachtung

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Kläger C war seit Dezember 2008 bei der D AG angestellt. Er erledigte für diese verschiedene Reinigungs- sowie Unterhaltsarbeiten. Am 8. August 1999 erkrankte C und wurde auf unbestimmte Zeit zu 100% arbeitsunfähig.

Die Versicherung verweigerte sodann die Leistung von Krankentaggeldern an C, da die D AG schon seit Längerem keine Prämien mehr bezahlt hatte. Dementsprechend hatte die Versicherung die Deckung per 18. April 1999 annulliert. Das Arbeitsverhältnis zwischen C und der D AG endete am 31. Dezember 1999.

Im Anschluss daran klagte C am 7. Februar 2000 gegen die D AG auf Ersatz des erlittenen Schadens in der Höhe von CHF 12 384.80, der ihm hauptsächlich durch die ausgebliebenen Versicherungsleistungen entstanden war. Das Verfahren wurde mit einem Vergleich zwischen C und der D AG erledigt. Daneben ging C auch strafrechtlich gegen A und B, zwei Verwaltungsräte der D AG, vor. Beide wurden in diesen Verfahren u.a. wegen Missbrauch von Lohnabzügen (Art. 159 StGB) verurteilt.

Am 12. Juli 2000 wurde der Konkurs über die D AG eröffnet. Im Rahmen des Konkurses hatte C

weitere offene Forderungen gegen die D AG in der Höhe von CHF 57 065.45 eingegeben, wovon die D AG CHF 56 793.80 anerkannte. Nach der Verteilung des Erlöses erhielt C einen Verlustschein über CHF 49 976.95. Am 21. Mai 2003 wurde die D AG aus dem Handelsregister gelöscht.

Für den aus seiner Sicht noch ungedeckten Schaden leitete C sodann Betreuung gegen die beiden ehemaligen Verwaltungsräte A und B ein. Am 20. Juni 2008 reichte A als Reaktion darauf negative Feststellungsklage ein und verlangte die Aufhebung der laufenden Betreuung. Am 1. Oktober 2008 erhob C Widerklage und forderte von A und B Ersatz für den erlittenen Schaden in der Höhe von CHF 38 119 zzgl. 5% Zins p.a, der ihm durch die Pflichtverletzungen der beiden Verwaltungsräte entstanden sein soll. A und B bestritten sämtliche gegen sie geltend gemachten Ansprüche.

Mit erstinstanzlichem Urteil wurden A und B zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 38 119 zzgl. 5% Zins p.a aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) verpflichtet. Das Appellationsgericht bestätigte dieses Urteil im Wesentlichen, reduzierte aber den zugesprochenen Betrag auf CHF 36 775 zzgl. 5% Zins p.a. Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangten die beiden Verwaltungsräte schliesslich ans Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Rechtsnatur des Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrags

Zur Bestimmung der Stellung von C gegenüber der Gesellschaft und dessen Verwaltungsrat macht das Bundesgericht Ausführungen zu Rechtsnatur und Reichweite des Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrags.¹ Beim vorliegenden Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag handle es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, auf den die Regeln des VVG anwendbar seien.² Durch den Abschluss eines solchen Vertrages konnte sich die D AG auf Grundlage von Art. 324a Abs. 4 OR gültig gegen die wirt-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.5.

² BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.2.

schaftlichen Folgen einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit versichern.³

2. Selbständiges Forderungsrecht des Arbeitnehmers

Das Bundesgericht weist sodann auf Art. 87 VVG hin, welcher dem Arbeitnehmer als Begünstigten eines Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrags zwingend ein selbständiges Forderungsrecht gegenüber der Versicherung einräumt.⁴ Der Arbeitnehmer werde dabei aber nicht selbst Vertragspartei; der Vertrag komme vielmehr zwischen Arbeitgeber und Versicherung zustande. Die daraus resultierende Konstellation sei vergleichbar mit derjenigen eines Vertrags zugunsten eines Dritten i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR. Komme der Arbeitgeber seinen Pflichten aus dem Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag nicht nach, hafte er gegenüber dem Arbeitnehmer aus Art. 97 Abs. 1 OR für den daraus entstehenden Schaden.⁵

Daneben stehe es dem Arbeitnehmer aber offen, gegen die Verwaltungsratsmitglieder einer Gesellschaft auf Grundlage von Art. 41 OR vorzugehen und diese für allfällige Schäden zu belangen. Auch ein Vergleich zwischen Gesellschaft und Arbeitnehmer über gewisse Ansprüche könne die Verwaltungsräte grundsätzlich nur dann von einer persönlichen Haftung befreien, wenn eine solche Wirkung vertraglich vorgesehen sei. Im vorliegenden Fall lasse die Vereinbarung keine solche Absicht der Parteien erkennen.⁶

3. Selbständige Klageberechtigung des Gläubigers im Konkurs

Sodann prüft das Bundesgericht die Frage, ob C als Gesellschaftsgläubiger in der vorliegenden Situation dazu berechtigt war, direkt und selbständig gegen die Verwaltungsräte zu klagen.

Zunächst weist das Bundesgericht auf seine in BGE 132 III 564, E. 3.1 zusammengefasste Rechtsprechung hin, wonach je nach Art des erlittenen Schadens dem Gesellschaftsgläubiger unterschiedliche Klagemöglichkeiten zustehen.⁷

Ursächlich für den von C erlittenen Schaden sei vorliegend gewesen, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft die Versicherungsprämien nicht bezahlt habe und die Versicherung daher anschliessend die Versicherungsleistung verweigerte.⁸ Indem bei C trotzdem Lohnabzüge hinsichtlich der Prämie der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung vorgenommen wurden, habe dieser als Gesellschaftsgläubiger einen direkten Schaden erlitten. Ebenfalls direkt geschädigt sei die Gesellschaft selbst: Durch die Ersatzforderungen von C gegenüber der D AG, welche durch das Fehlverhalten der Verwaltungsräte A und B entstanden sei, hätten sich die Passiven der D AG um den entsprechenden Betrag erhöht.⁹

Somit liege die Konstellation eines doppelten, unmittelbaren Schadens vor. Die bundesgerichtliche Praxis gewährt dem Gläubiger in diesem Zusammenhang nur eine direkte Klagemöglichkeit, wenn er seinen Anspruch auf Art. 41 OR, *culpa in contrahendo* oder eine ausschliesslich den Gläubiger schützende Bestimmung des Gesellschaftsrechts stützen kann.¹⁰ Der Grund dieser Einschränkung liege darin, dass der Anspruch des Gläubigers mit dem Anspruch der Gesellschaft in Konkurrenz um das begrenzte Haftungssubstrat treten könne.¹¹ Vorliegend relativiere sich die Bedeutung des Zwecks dieser Einschränkung allerdings stark, da im Juli 2002 der Konkurs über die D AG eröffnet wurde und im Mai 2003 die Löschung der D AG aus dem Handelsregister erfolgte.¹²

4. Grundlage für die Schadenersatzforderung

Das Bundesgericht untersucht weiter, ob C seine Schadenersatzforderung auf Art. 41 OR stützen kann. Bei reinen Vermögensschäden erfordert die vom Bundesgericht vertretene objektive Widerrechtlichkeitstheorie die Verletzung einer Schutznorm zur Begründung eines Schadenersatzanspruchs.¹³ Eine solche Schutznorm sieht das Bundesgericht vorliegend in Art. 159 StGB. Da auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind, war C entsprechend berechtigt, auf dieser Grundlage mit eigener Klage direkt gegen A und B vorzugehen. Damit erübrige

³ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.1.

⁴ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.3.

⁵ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.5.

⁶ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 4.5.

⁷ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.2.

⁸ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.2.

⁹ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.2.

¹⁰ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.2.

¹¹ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.3.

¹² BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.3.

¹³ BGer 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 6.2.

sich die Frage, ob sich A und B durch ihr Verhalten ebenfalls durch eine Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 754 Abs. 1 OR verantwortlich gemacht haben.

III. Bemerkungen

1. Problem des limitierten Haftungssubstrats

Ein Hauptproblem der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegt in der Tatsache, dass das Vermögen der Verantwortlichen als Haftungssubstrat vielfach wesentlich kleiner ist als die entstandenen Schäden. Demgegenüber existieren oft mehrere geschädigte Personen, die durch das Fehlverhalten der Haftpflichtigen einen Ausfall erlitten haben. Daraus entsteht die für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit typische Situation, dass sich verschiedene Ansprüche überlagern, die nicht alle vollständig aus dem limitierten Haftungssubstrat gedeckt werden können.¹⁴ Diese besondere Ausgangslage unterscheidet sich von derjenigen des allgemeinen Haftpflichtrechts, welchem grundsätzlich der Gedanke eines vollständigen Schadensausgleichs zugrunde liegt.

Die Suche nach einem System, das für eine faire Allokation der begrenzten Mittel auf die verschiedenen Geschädigten sorgt, erweist sich damit als eine zentrale Herausforderung des Verantwortlichkeitsrechts.¹⁵ Innerhalb des aktienrechtlichen Haftungsgefüges stellt dabei die Durchsetzungsordnung den geeignetsten Ansatzpunkt für modifizierende Eingriffe zur Erreichung dieses Ziels dar.

2. Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Das Gesetz sieht für Verantwortlichkeitsansprüche eine differenzierte Durchsetzungsordnung vor: Es regelt nicht nur die Frage, wem ein Anspruch zusteht, sondern auch, wer diesen wann klageweise geltend

machen kann.¹⁶ Die Regelung nimmt sich dabei der Problematik des limitierten Haftungssubstrats an. Der Kreis der für den einzelnen Anspruch klageberechtigten Personen wird enger gezogen als der Kreis der anspruchsberechtigten Personen.¹⁷ Mit anderen Worten kann nicht jedermann, der geschädigt worden ist, seinen daraus entstehenden Ersatzanspruch auch jederzeit selbst durchsetzen. Vielmehr statuiert der Gesetzgeber eine Sonderordnung, welche einerseits eine effektive Durchsetzung von Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gewährleisten soll, andererseits aber auch dem Ziel einer adäquaten Verteilung des Prozessergebnisses verpflichtet ist.¹⁸

Die Regelung der Klageberechtigung ist vom Grundsatz des Vorrangs einer kollektiven Durchsetzung geprägt.¹⁹ Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sollen durch die Gesamtheit der Berechtigten oder zumindest für die Gesamtheit der Berechtigten geltend gemacht werden. Im Vordergrund steht entsprechend die Durchsetzung durch oder für die Gesellschaft.²⁰ Ist die Gesellschaft selbst nicht geschädigt, sondern liegt ausschliesslich ein individueller Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers vor, kann naturgemäss keine kollektive Durchsetzung erfolgen. Stattdessen muss dann der geschädigte Gläubiger oder Aktionär berechtigt sein, direkt und in eigenem Interesse zu klagen.²¹

Das Durchsetzungssystem der Verantwortlichkeitsklage soll in erster Linie zwei wichtige Funktionen erfüllen: Einerseits eine verteilende Funktion, indem die zur Verfügung stehende Haftungsmasse den beteiligten Anspruchstellern möglichst proporti-

¹⁴ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 89; Hans Caspar von der Crone, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 2 ff., 4 f.; vgl. auch Matthew T. Reiter, Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 165 ff., 166.

¹⁵ Ähnlich Katja Roth Pellanda/Hans Caspar von der Crone, Haftung der Revisionsstelle, SZW 75 (2003), 284 ff., 288.

¹⁶ Vgl. für Ausführungen zur Terminologie Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 150 ff.

¹⁷ Vgl. Ruben Perren, Die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 2002, 184, der ebenfalls auf das Auseinanderfallen von Klageberechtigung und Berechtigung am materiellen Anspruch hinweist.

¹⁸ Von der Crone (Fn. 14), § 12 N 89.

¹⁹ Von der Crone (Fn. 14), § 12 N 90.

²⁰ Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR, Art. 756 Abs. 1 OR sowie Art. 757 Abs. 1 OR.

²¹ Das Gesetz sieht dies in Art. 754 Abs. 1 OR auch explizit so vor. Die individuelle Durchsetzung kommt also immer erst subsidiär zur Anwendung. Bei einer Kollision von individueller und kollektiver Durchsetzung konsumiert die kollektive die individuelle Durchsetzung. Dazu Roth Pellanda/von der Crone (Fn. 15), 288.

onal zugewiesen wird; andererseits eine Koordinationsfunktion, dadurch, dass die divergierenden Interessen in der Verantwortlichkeitssituation gebündelt werden und somit ein geregelter Zugriff der verschiedenen Anspruchsteller auf das begrenzte Haftungssubstrat erfolgen kann.²²

3. Wirkung der Konkursöffnung

Verantwortlichkeitsklagen müssen in der Konkursituation einer angepassten Zielsetzung gerecht werden. Bei aufrechtstehender Gesellschaft zielen sie darauf ab, den Wert der Gesellschaft und der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten. Im Konkursfall rückt das Interesse der Gesellschaftsgläubiger, das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen, in den Vordergrund.²³ Die Problematik des limitierten Haftungssubstrats akzentuiert sich mit dem Konkurs der Gesellschaft. Die Anliegen der adäquaten Verteilung der Haftungsmasse und der Gläubigergleichbehandlung²⁴ gewinnen entsprechend an Bedeutung.

In der Konkursituation verändert sich daher auch die Durchsetzungsordnung von Verantwortlichkeitsklagen grundlegend.²⁵ Nach der mittlerweile gefes-

tigten Praxis des Bundesgerichts²⁶ hat die Konkursöffnung diesbezüglich folgende Auswirkungen: Alles, was einheitlich für alle Beteiligten durchgesetzt werden kann, soll auch auf diesem Weg durchgesetzt werden. Durch die Konkursöffnung entsteht ein sog. «einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit».²⁷ Individuell geschädigte Gläubiger und Aktionäre verlieren weitestgehend ihre eigenständige Klageberechtigung.²⁸ Für eine prozessual einheitliche Durchsetzung des Anspruchs der Gläubigergesamtheit soll – im Sinne der Koordinationsfunktion der Durchsetzungsordnung – die Konkursverwaltung sorgen.

Im Folgenden soll nun die im vorliegenden Entscheid²⁹ ebenfalls thematisierte Einschränkung der Klageberechtigung von individuell geschädigten Gläubigern und Aktionären im Konkurs genauer betrachtet werden.

²² So auch *Reiter* (Fn. 14), 166; *Rolf H. Weber*, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, in: *Rolf H. Weber* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, Zürich 2006, 147 ff., 150.

²³ Zur angepassten Zielsetzung BGE 117 II 432, E. 1b/ee; vgl. zu diesem Entscheid *Perren* (Fn. 17), 7 f., der die Verantwortlichkeitsklage im Konkurs als «Instrument zur Aufbesserung der Konkursdividende» beschreibt. Vgl. ferner auch *Bärtschi* (Fn. 16), 155.

²⁴ Siehe zum Aspekt der Gläubigergleichbehandlung *Dieter Gericke/Stefan Waller*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 18 f. zu Art. 754 OR; *Perren* (Fn. 17), 56; *Thierry Luterbacher*, Die Schadenminderungspflicht – Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2005, § 3 N 76.

²⁵ *Peter Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 272 ff.; *Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury*, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht: Risiken und ihre Minimierung = Personal Liability according to Swiss Corporate Law: associated risks and their avoidance*, Zürich 2005, N 201; vgl. *Bärtschi* (Fn. 16), 149 ff.; *Claudia Suter*, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Diss. St. Gallen, Zürich 2010, 68 ff.

²⁶ Einen grundlegenden Überblick über den aktuellen Stand der bundesgerichtlichen Praxis gibt BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.1 ff. m.w.H. Vgl. weiter *Peter R. Isler*, *Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen*, in: *Rolf H. Weber/Peter R. Isler* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, Zürich 2008, 87 ff., 93 ff.; *Gericke/Waller* (Fn. 24), N 17 zu Art. 754 OR.

²⁷ Sog. «Raschein-Praxis», die in BGE 117 II 439 unter Hinweis auf *Rolf Raschein*, *Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs*, in: *Louis Dallèves et al.* (Hrsg.), *Festschrift 100 Jahre SchKG*, Zürich 1989, 357 ff., 357 ff. begründet wurde. Vgl. in Anschluss daran BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.2.2; BGE 132 III 342, E. 2.3.1; 131 III 306, E. 3.1.1. Vgl. auch *Patrick Umbach/Rolf H. Weber*, *Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen*, in: *Rolf H. Weber* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zürich 2003, 111 ff., 120, welche von einer «Anspruchsverschiebung» hin zur Gesellschaft sprechen. Zur Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit siehe auch *Hans-Ueli Vogt/Marcel Schönbächler*, *Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden*, GesKR 5 (2010), 246 ff., 249 f. Einen Überblick über die weiteren vertretenen Theorien geben *Gericke/Waller* (Fn. 24), N 4 ff. zu Art. 757 OR.

²⁸ Vgl. zu den Klagemöglichkeiten, die einem Gesellschaftsgläubiger im Konkurs zur Verfügung stehen, zunächst BGE 122 III 176, E. 7 sowie die anschließende Präzisierung des Anwendungsbereichs dieser Praxis in BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3 (= BGE 129 III 129; E. 3 nicht publiziert) und in BGE 131 III 306, E. 3.1.2. Dazu auch *Weber* (Fn. 22), 150.

²⁹ BGER 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.2.3 und E. 5.3.3.

4. Einschränkung der Klageberechtigung im Konkurs

4.1 Praxis des Bundesgerichts

Für den Fall, dass nebst den Gläubigern und Aktionären auch die konkursite Gesellschaft durch die fehlbaren Personen geschädigt ist,³⁰ schränkt das Bundesgericht die individuelle Klagebefugnis der Gläubiger und Aktionäre ein. In seiner Rechtsprechung hat es für diese Konstellation eine Durchsetzungssperre entwickelt: Geschädigte Gläubiger und Aktionäre können ihren individuellen Schaden nach Eröffnung des Konkurses nur noch ausnahmsweise geltend machen. Eine Individualklage ist nur möglich, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen³¹ oder die Schadenersatzpflicht auf einem widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet.³²

4.2 Begründung der Einschränkung

Wenn sowohl ein individueller Aktionärs- oder Gläubigerschaden als auch ein Gesellschaftsschaden vorliegen, kann die individuelle Klage des Aktionärs oder des Gläubigers mit den Ansprüchen der Gesellschaft konkurrenzieren.³³ Könnten die individuell geschädigten Personen parallel und unabhängig zur Konkursverwaltung ihre Ansprüche geltend machen, entstünde die Gefahr eines Wettlaufs auf das be-

grenzte Haftungssubstrat.³⁴ Indem das Bundesgericht die Klageberechtigung der direkt geschädigten Gläubiger oder Aktionäre auf wenige Ausnahmefälle beschränkt, will es unbillige Ergebnisse aus solchen Konkurrenzsituationen verhindern.³⁵

Die unbeschränkte Zulassung der Geltendmachung eines Anspruchs aus individuellem Gläubiger- oder Aktionärsschaden könnte den individuell Geschädigten gegenüber den übrigen Beteiligten faktisch privilegieren.³⁶ Die Konkursverwaltung kann über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen regelmässig erst nach der zweiten Gläubigerversammlung, d.h. nach Vorliegen des Kollokationsplans, entscheiden.³⁷ Individuell geschädigte Kläger sind von keiner solchen Einschränkung betroffen. Sie können ihre Ansprüche bereits im Moment der Konkursöffnung selbständig geltend machen.³⁸ Ihnen eröffnet sich damit die Möglichkeit, die verantwortliche Person mit zeitlichem Vorsprung zu belangen.³⁹ Deren Privatvermögen ist nicht vom Konkursverfahren über die Gesellschaft erfasst, sondern unterliegt grundsätzlich der Betreibung auf Pfändung.⁴⁰ Beim Zugriff auf das limitierte Haftungssubstrat könnten sich individuell geschädigte Gläubiger oder Aktionäre folglich einen entscheidenden Vorteil verschaffen.

Bei einem Verstoß gegen Bestimmungen, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Gläubigerschutz dienen, wird deswegen dem individuell geschädigten Gläubiger die Klageberechtigung

³⁰ Zu dieser Konstellation *Stephan Hartmann*, Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft, SZW 78 (2006), 321 ff., 325 ff.

³¹ Vgl. zur «Suche» nach solch einer Bestimmung *Böckli* (Fn. 25), 305 ff.

³² BGE 131 III 306, E. 3.1.2, bestätigt in BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.2.3; BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1. Vgl. zu diesem Gedanken aus der älteren Rechtsprechung BGE 128 III 180, E. 2c; 127 III 374, E. 3b; 125 III 86, E. 3a; 122 III 176, E. 7. Vgl. aus dem Schrifttum *Peter Böckli*, Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 27 ff., 60.

³³ BGE 131 III 306, E. 3.2.1; vgl. weiter BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.2.3; BGer 4A_174/2007 vom 13. September 2007, E. 3.2.3; BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005, E. 2.1.

³⁴ Vgl. *Sarah Dobler/Hans Caspar von der Crone*, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 77 (2005), 211 ff., 215; *Hans Peter Walter*, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 73 ff., 91 f.; *Bärtschi* (Fn. 16), 172; *Harald Bärtschi*, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 39 ff., 75; *Urs Bertschinger*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 2 zu Art. 756 OR.

³⁵ Vgl. auch *Perren* (Fn. 17), 56, wonach es in diesem Kontext ein «first come first serve»-Prinzip zu verhindern gilt.

³⁶ *Böckli* (Fn. 25), § 18 N 302; vgl. *Roth Pellanda/von der Crone* (Fn. 15), 287.

³⁷ BGE 122 III 176, E. 7c.

³⁸ BGE 122 III 176, E. 7c.

³⁹ Vgl. *Bärtschi* (Fn. 34), 75; *Böckli* (Fn. 32), 37.

⁴⁰ Art. 89 ff. SchKG. Siehe dazu auch sogleich hinten III.4.3.1.

entzogen, wenn daraus gleichzeitig ein Gesellschaftsschaden resultiert.⁴¹ Die Klageberechtigung des individuell geschädigten Gläubigers oder Aktionärs wird diesfalls an die Gläubigergesamtheit übertragen. Die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen wird im Sinne einer möglichst adäquaten Allokation des Haftungssubstrats durch diese Einschränkung zusätzlich vereinheitlicht.⁴²

4.3 Beurteilung der Einschränkung

4.3.1 Konkurrenz um das Haftungssubstrat

Mit der Vermeidung eines Wettlaufs um das begrenzte Haftungssubstrat sowie der Verhinderung einer Klagehäufung greift die bundesgerichtliche Praxis zwei berechnete Anliegen auf. Die Praxis vermag daher im Ergebnis zu überzeugen.⁴³ Bei deren Herleitung zeigen sich allerdings einige Ungereimtheiten.⁴⁴

Es ist durchaus zweckmässig, das Haftungssubstrat der verantwortlichen Personen ebenso gerecht zu verteilen wie das Restvermögen der konkursiten Gesellschaft. Das Vermögen der verantwortlichen Personen ist allerdings nicht Gegenstand des Konkursverfahrens. Die im SchKG geregelte Durchsetzungsordnung von Forderungen im Konkurs greift diesbezüglich nicht.⁴⁵ Art. 756 f. OR sehen ebenfalls keinen Ansatzpunkt für die Errichtung einer Durchsetzungssperre vor. Auf eine gesetzliche Grundlage kann sich die Praxis des Bundesgerichts somit nicht stützen.⁴⁶

Soweit die Einschränkung der Klagebefugnis der Gläubiger und Aktionäre nach Konkurseröffnung aber tatsächlich eine Konkurrenz um den möglichst schnellen Zugriff auf das Haftungssubstrat verhin-

dert, kann sie immerhin als eine pragmatische Lösung für die zahlreichen damit verbundenen Probleme bezeichnet werden.⁴⁷

4.3.2 Fehlende Gefahr einer zeitlichen Privilegierung

Nicht immer, wenn ein Gläubiger oder Aktionär einen individuellen Schaden bei gleichzeitig vorliegendem Gesellschaftsschaden geltend machen will, entsteht daraus die Gefahr eines unerwünschten Wettlaufs auf das Vermögen der haftbaren Personen. Der vorliegende Entscheid zeigt dies anschaulich. Das Konkursverfahren war im Zeitpunkt der Klageerhebung durch den individuell geschädigten Gläubiger schon seit längerer Zeit abgeschlossen und die Gesellschaft aus dem Handelsregister gelöscht. Die Möglichkeit, sich einen zeitlichen Vorsprung gegenüber anderen Anspruchstellern zu verschaffen, bestand für den klagenden Gläubiger im Klagezeitpunkt somit nicht mehr.⁴⁸

Generell dürfte es wohl nur in seltenen Konstellationen zur realen Gefahr einer Konkurrenz um den schnelleren Zugriff auf das begrenzte Vermögen der haftbaren Person kommen. Die Mehrheit aller Konkursverfahren wird in der Schweiz mangels Aktiven eingestellt.⁴⁹ In all diesen Fällen wird wegen fehlender Vorschussleistung eines Gläubigers an die Verfahrenskosten (vgl. Art. 230 Abs. 2 SchKG) kein Konkursverfahren durchgeführt.⁵⁰ Allfällige der Gesellschaft zustehende Verantwortlichkeitsansprüche werden mit

⁴¹ BGE 122 III 176, E. 7c.

⁴² Böckli (Fn. 25), § 18 N 302.

⁴³ Vgl. *Dobler/von der Crone* (Fn. 34), 216; *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (Fn. 25), N 205; *Umbach/Weber* (Fn. 27), 121; *Luterbacher* (Fn. 24), § 3 N 72 ff. Ebenfalls zustimmend *Bertschinger* (Fn. 34), N 6 zu Art. 756 OR.

⁴⁴ Dazu ausführlich *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 11 ff. Vgl. ferner *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (Fn. 25), N 205.

⁴⁵ Vgl. *Isler* (Fn. 26), 97; *Bärtschi* (Fn. 34), 76.

⁴⁶ Zur Problematik der fehlenden gesetzlichen Grundlage von *der Crone/Carbonara/Hunziker* (Fn. 44), 14 f.; *Isler* (Fn. 26), 97; *Bärtschi* (Fn. 34), 76; vgl. ferner *Rolf Sethe*, Verantwortlichkeitsrecht, in: *Rolf Watter* (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 299 ff., 322.

⁴⁷ Kritisch *Bärtschi* (Fn. 34), 76, nach dessen Ansicht sich ein Wettlauf insbesondere dadurch verhindern liesse, dass sich das angerufene Gericht nach dem Stand des Konkursverfahrens erkundigt und die entsprechenden Massnahmen zur Koordination der Verfahren (vgl. Art. 126 Abs. 1 Satz 1 ZPO und Art. 127 Abs. 1 ZPO) trifft. Das Bundesgericht habe aber wohl kaum die Möglichkeit, solche Verfahrensschritte anzuordnen.

⁴⁸ BGE 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015, E. 5.3.3.

⁴⁹ Siehe dazu die Statistik über die Konkurse und Nachlassverfahren, welche vom Bundesamt für Statistik jährlich veröffentlicht wird (<<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.Document.20945.xls>>, besucht am 05.05.2015): Im Jahr 2014 wurden von 12 805 Konkursverfahren nur 5724 im summarischen oder ordentlichen Verfahren durchgeführt (was 44,7% entspricht). In den Vorjahren bewegte sich dieser Prozentsatz jeweils in einer ähnlichen Grössenordnung: 40,9% (2013); 38,6% (2012); 41,1% (2011).

⁵⁰ Grundlegend zur Konkurseinstellung mangels Aktiven *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 44 N 21 ff.

anderen Worten als zu wenig ergiebig erachtet, als dass sich die Durchführung eines Konkursverfahrens unter Einbezug dieser Ansprüche lohnen würde. Entsprechend existiert in diesen Fällen jeweils auch keine Konkursverwaltung, die mit parallel zur Gesellschaft individuell geschädigten Gläubigern in Konkurrenz treten könnte.⁵¹

Die gleiche Überlegung gilt für die Konstellationen, in denen ein individuell geschädigter Gläubiger oder Aktionär nach Abschluss eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens eine Verantwortlichkeitsklage erheben will.

4.3.3 Überschiessende Wirkung der Konkurseröffnung

Die vom Bundesgericht aufgestellte Durchsetzungssperre soll primär für eine angemessene Verteilung des in der Konkursituation noch stärker begrenzten Haftungssubstrats sorgen. Nur im Sinne dieses übergeordneten Ziels erscheint es gerechtfertigt, dass in die Rechtsposition individuell geschädigter Gläubiger und Aktionäre eingegriffen und deren Klageberechtigung eingeschränkt wird. Sobald die Gefahr einer zeitlichen Privilegierung nicht mehr besteht, entfällt die Grundlage für das Aufrechterhalten von Einschränkungen. Ansprüchen, welche ausserhalb des Konkurses von individuell geschädigten Aktionären und Gläubigern geltend gemacht werden könnten,⁵² würde für den Konkursfall ohne sachlichen Grund die Durchsetzung verwehrt werden.⁵³ Die

Sperre würde hier ihre ihr eigentlich zugeordnete kanalisierende bzw. koordinierende Funktion⁵⁴ verlieren und in unzulässiger Weise darüber hinaus wirken.

Letztendlich würde damit in gewissen Fällen gar die Durchsetzung legitimer Schadenersatzansprüche gegen fehlbare Organpersonen verhindert.⁵⁵ Die Wirkung der Konkurseröffnung würde sich derjenigen einer faktischen Haftungsbeschränkung annähern und infolgedessen überschreiten.⁵⁶

4.4 Vorschlag zur Präzisierung der Praxis

Steht eine Individualklage eines Aktionärs oder Gläubigers in Konkurrenz zu einem Anspruch der Gesellschaft, ist das Aufstellen einer Durchsetzungssperre sachgerecht. Daneben sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen die Einschränkung der Klagebefugnis individuell geschädigter Gläubiger und Aktionäre über ihr eigentliches Ziel hinausgeht. Die Praxis des Bundesgerichts ist in diesem Sinne weiter auszudifferenzieren.

Zur Vermeidung einer überschüssenden Wirkung der Konkurseröffnung auf die Klageberechtigung individuell Geschädigter könnte die diesbezügliche Praxis stärker an ihren Zweckgedanken geknüpft werden. Nur wenn tatsächlich parallele Ansprüche und die damit verbundene Gefahr einer Konkurrenz um das Haftungssubstrat bestehen, ist die Anwendung einer Durchsetzungssperre gerechtfertigt. Können sich individuell geschädigte Gläubiger oder Aktionäre aber keinen zeitlichen Vorteil gegenüber der Konkursverwaltung verschaffen, beispielsweise weil der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wurde, besteht kein Anlass für Einschränkungen bei deren Klageberechtigung.

Ein ähnlicher Gedanke lag im Übrigen auch der Praxisänderung zugrunde, welche das Bundesgericht mit BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3 (= BGE 129 III 129; E. 3 nicht publiziert) vollzogen hatte:⁵⁷ Für diejenigen Sachverhalte, in denen die Verletzung einer Norm mit doppelter Schutzwirkung

⁵¹ Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen zur Frage, ob mittelbar geschädigte Gläubiger und Aktionäre gestützt auf Art. 757 OR nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven noch Verantwortlichkeitsansprüche erheben können, siehe *Suter* (Fn. 25), 115 f. Vgl. auch *Bertschinger* (Fn. 34), N 19 ff. zu Art. 757 OR.

⁵² Gemeint sind insbesondere diejenigen Fälle eines unmittelbaren Schadens, welche aus der Verletzung einer Norm mit doppelter Schutzwirkung resultieren. Ausführlich dazu *Böckli* (Fn. 25), § 18 N 238 ff., insbesondere N 241 f.; *von der Crone/Carbonara/Hunziker* (Fn. 44), 20. Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3.1.1.; BGE 110 II 391 (= Pra 73 (1984) Nr. 179), E. 1.; BGer 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 4.

⁵³ Vgl. hierzu *Bärtschi* (Fn. 34), 76 f., der die Konkurseröffnung als Anknüpfungspunkt für eine Durchsetzungssperre allgemein hinterfragt: Auch ausserhalb eines Konkursverfahrens können Wettlaufsituationen entstehen, welche die Gefahr einer Konkurrenz um den möglichst schnellen Zugriff auf das begrenzte Vermögen einer Organperson mit sich bringen.

⁵⁴ Siehe vorne III.2.

⁵⁵ Vgl. *Bärtschi* (Fn. 34), 75, wonach unmittelbar geschädigte Gläubiger und Aktionäre, die ihren Anspruch nicht auf eine exklusive Schutznorm stützen können, von einer «im Prinzip sachfremden Verschärfung der Anforderungen an die Pflichtwidrigkeit» betroffen sind.

⁵⁶ Vgl. dazu *Dobler/von der Crone* (Fn. 34), 217.

⁵⁷ Siehe dazu die Entscheidbesprechung von *Roth Pellanda/von der Crone* (Fn. 15), 286 ff.

einen individuellen Schaden des Gläubigers oder Aktionärs verursacht, ohne dass dabei parallel die Gesellschaft geschädigt wird, hat das Bundesgericht mangels Konkurrenzierung durch die Konkursverwaltung die bis dahin bestehende Beschränkung der Klageberechtigung für ausschliesslich individuell geschädigte Gläubiger aufgehoben.⁵⁸

Der Vorrang des kollektiven Anspruchs soll nur dort gelten, wo individuell geschädigte Aktionäre oder Gläubiger im Zugriff auf die limitierte Haftungsmasse bevorzugt sein können.⁵⁹

5. Schlussbetrachtung

Die vom Bundesgericht aufgeworfenen Zweifel hinsichtlich des Zwecks einer eingeschränkten Klagebefugnis von individuell geschädigten Gläubigern und Aktionären in Situationen, in denen keine Konkurrenz um das begrenzte Haftungssubstrat besteht, sind berechtigt. Im vorliegenden Urteil musste es allerdings nicht entscheiden, ob es auch für solche Fälle an der entwickelten Durchsetzungssperre festhält.

Infolge des versicherungsrechtlichen Kontexts waren die Voraussetzungen für eine Individualklage gestützt auf Art. 41 OR erfüllt. Wie das Bundesgericht diese Frage beurteilen würde, wenn kein solcher Spezialfall vorliegt, bleibt offen. Die dem vorliegenden Entscheid zugrunde liegende Konstellation zeigt aber, dass die Einschränkung der Klageberechtigung individuell geschädigter Gläubiger und Aktionäre eine potenziell überschüssende Wirkung haben kann.

Die Durchsetzungssperre sollte daher ausschliesslich in Fällen zur Anwendung gebracht werden, in denen sich die Konkursverwaltung als Vertreterin der Gläubigergesamtheit und individuell geschädigte Personen zumindest potenziell um einen möglichst raschen Zugriff auf das Haftungssubstrat konkurrieren. Existiert kein Risiko einer zeitlichen Privilegierung von individuell geschädigten Personen, ist hingegen von einer Anwendung der Durchsetzungssperre abzusehen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass legitimen Ansprüchen von Aktionären und Gläubigern der Rechtsschutz verwehrt wird.

⁵⁸ Vgl. *Hartmann* (Fn. 30), 325 ff.: «Es rechtfertigt sich daher, die Klagebefugnis des einzelnen Gläubigers nur soweit hinter die Klagebefugnis der Konkursverwaltung zurücktreten zu lassen, als die Gesellschaft selbst einen Schaden erlitten hat».

⁵⁹ In dem nach Abgabe des Manuskripts ergangenen Urteil BGer 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.2 bekräftigt das Bundesgericht unter Bezugnahme auf den hier besprochenen Entscheid diese Ansicht.