

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_36/2021: Verantwortlichkeitsklage der Gläubigerin ausserhalb eines Konkurses

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_36/2021 vom 1. November 2021 (zur Publikation vorgesehen), A.A. Ltd. SPC gegen B., aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Aktivlegitimation, Schaden.



HARALD BÄRTSCHI*

Die bundesgerichtliche Einschränkung der Klagebefugnis direkt geschädigter Gläubigerinnen oder Aktionärinnen bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft findet nur Anwendung, wenn das Risiko einer Konkurrenz zulasten der Gesellschaft bzw. Gläubigersamtheit besteht. Daran fehlt es ausserhalb eines Konkurses, weshalb die Abstützung des Verantwortlichkeitsanspruchs auf eine Norm mit doppelter Schutzwirkung genügt. Die Gegenpartei kann im Prozess eine Obliegenheit zur qualifizierten, d.h. begründeten Bestreitung treffen, falls es um eigene Handlungen oder Wahrnehmungen von ihr geht, ein Informationsgefälle besteht und ergänzende Angaben zum Geschehensablauf der Gegenpartei als zumutbar erscheinen.

I. Sachverhalt

Dem Urteil liegt die Verantwortlichkeitsklage eines Fonds gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten einer Fondsverwaltungsgesellschaft zugrunde. Diese Verwaltungsgesellschaft, spezialisiert auf ausländische kollektive Kapitalanlagen, betreute einen Unterfonds, welcher auf die Beteiligung an Immobilienprojekten in Afrika ausgerichtet war. Beim Fonds, dem geschädigten Gläubiger, handelte es sich um eine offene («open-ended») Investmentfonds-

gesellschaft mit Domizil auf den Cayman Islands.¹ Die Unterfonds waren als rechtlich unselbstständige Sondervermögen strukturiert, ähnlich wie es bei einer Umbrella-SICAV denkbar ist. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Fonds und der Verwaltungsgesellschaft stützte sich auf einen am 17. Mai 2011 abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag («Administrative Services Agreement»). Die Verwaltungsgesellschaft war bevollmächtigt, Zahlungen von den Konten des Fonds zu tätigen. Ende Juli 2011 investierte eine ausländische Zentralbank USD 25 Mio. in den Unterfonds. Anfang Oktober 2015 verlangte sie die Rückzahlung der gezeichneten Fondsanteile. Ein mutmasslich gefälschter Kontoauszug per 14. Oktober 2015 wies ein Guthaben von USD 26,7 Mio. aus. Der Verwaltungsratspräsident kündigte zunächst eine Verzögerung der Rückzahlung an und offenbarte am 18. Februar 2016, dass die Rückzahlung nicht ausgeführt werden könne, weil beim Unterfonds rund USD 26 Mio. fehlten. Zur Begründung führte er an, dass ein Teil der Gelder durch einen ehemaligen Verwaltungsrat der Verwaltungsgesellschaft verspekuliert worden sei. Der Verwaltungsratspräsident war bis am 1. März 2016 für die Verwaltungsgesellschaft tätig. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich eröffnete gegen ihn eine Strafuntersuchung unter anderem wegen Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsbesorgung.

Der Fonds klagte am 7. November 2017 gegen den Verwaltungsratspräsidenten auf Zahlung von USD 25,8 Mio. und reduzierte den Betrag in der Replik auf knapp USD 25,7 Mio. Er warf ihm eine Veruntreuung von Geldern des Unterfonds und die Verheimlichung seiner Machenschaften mittels gefälschter Bankauszüge vor. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage ab.² Es bejahte die Aktiv- und Passivlegitimation, doch war der Fonds gemäss der Auffassung des Handelsgerichts seiner Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich der Widerrechtlichkeit und des Schadens nicht nachgekommen. Die Erfüllung der übrigen Haftungsvoraussetzungen liess das Gericht offen. Der Fonds erhob am 19. Januar 2021 Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

II. Erwägungen

Der Verwaltungsratspräsident bestritt die Aktivlegitimation des Fonds mit vier Einwänden: Erstens sei der Fonds nicht berechtigt, für den Unterfonds zu handeln, zweitens habe er

* HARALD BÄRTSCHI, Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich, Leiter des Zentrums für Unternehmens- und Steuerrecht, ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Rechtsanwalt bei Fellmann Rechtsanwälte AG und Bärtschi Rechtsanwälte AG.

¹ Die Zusammenfassung des Sachverhalts stützt sich zum Teil auf das vorinstanzliche Urteil (HGer ZH, HG170213-O, 1.12.2020) sowie einen strafrechtlichen Beschluss in einer verwandten Angelegenheit (OGer ZH, UH180181-O, 20.9.2018).

² HGer ZH, HG170213-O, 1.12.2020.

freiwillig auf die persönliche Haftung des Verwaltungsratspräsidenten verzichtet, drittens habe er seine Verantwortlichkeitsansprüche an eine Drittgesellschaft abgetreten und viertens könne er, selbst wenn er noch Gläubiger der Verwaltungsgesellschaft wäre, ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen deren Organe erheben. Der Verwaltungsratspräsident hielt am dritten und am vierten Einwand fest, was das Bundesgericht als ohne Weiteres zulässig betrachtete. Es handle sich dabei nicht um eine unzulässige Anschlussbeschwerde (E. 3).

Um die Natur der eingereichten Klage zu bestimmen, rief das Bundesgericht die drei Konstellationen in Erinnerung, welche bei der Aktivlegitimation zu unterscheiden sind, abhängig von der Art des erlittenen Schadens (E. 3.2).

- a) Unmittelbare bzw. direkte und *ausschliesslich* im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintretende Schädigung («*dommage direct*»): Der Aktionär oder Gläubiger allein ist klagelegitimiert innerhalb und ausserhalb des Konkurses. Eine typische Konstellation besteht darin, dass ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft einen Kredit gewährt, den er bei rechtzeitiger Überschuldungsanzeige nicht gewährt hätte, wodurch die Gesellschaft von der zusätzlichen Liquidität profitiert.
- b) Mittelbare bzw. indirekte Schädigung, die primär im Vermögen der Gesellschaft und nur *reflexartig* – infolge des Konkurses der Gesellschaft – im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintritt («*dommage par ricochet*», Reflexschaden): Die Gesellschaft ist klagelegitimiert.
- c) Situation, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger oder Aktionär unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind: Der direkt geschädigte Gläubiger bzw. Aktionär kann seinen direkten Schaden in bestimmten Fällen nur dann einklagen, wenn das Verhalten des Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet.

Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation des Fonds, weil dieser durch die Transaktionen der Verwaltungsgesellschaft bzw. des Verwaltungsratspräsidenten unmittelbar geschädigt wurde. Ob auch die Verwaltungsgesellschaft einen direkten Schaden erlitt, konnte nach dem Handelsgericht ausserhalb eines Konkurses offenbleiben (E. 3.2.1). Das Bundesgericht bejahte eine direkte Schädigung der Verwaltungsgesellschaft wie auch des Fonds (E. 3.2.3). Schaden sei gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht die Differenz

zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er könne in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Die Verwaltungsgesellschaft hafte dem Fonds für allfälliges pflichtwidriges Verhalten ihres Organs (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Sie sei durch eine Erhöhung ihrer Verpflichtungen ebenfalls direkt geschädigt. Das Bundesgericht folgere, dass die dritte der oben umschriebenen Konstellationen vorliege.

Für diese dritte Konstellation schränkte das Bundesgericht die Klagebefugnis des direkt geschädigten Gläubigers bzw. Aktionärs ein, um einen Wettlauf zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verhindern.³ In zwei späteren Urteilen erwähnte das Bundesgericht eine Konkurrenz zwischen den Ansprüchen des direkt geschädigten Gläubigers und jenen der *Gesellschaft* oder der Konkursverwaltung.⁴ Aus dieser Formulierung ist zum Teil abgeleitet worden, dass die Einschränkung der Klagebefugnis auch zur Anwendung gelangen soll, wenn die Gesellschaft aufrecht steht. Das war jedoch nicht die Absicht des Bundesgerichts. Denn bei einer aufrecht stehenden Gesellschaft komme es nicht zu einer Konkurrenzsituation (E. 3.2.3.1). Dasselbe gilt nach einer Konkursöffnung, falls feststeht, dass die Gesellschaft nicht selbst klagt, oder wenn der Konkurs geschlossen und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden ist. Denn die Konkurrenzsituation ergibt sich daraus, dass die Konkursverwaltung bei Verantwortlichkeitsklagen regelmässig erst nach der zweiten Gläubigerversammlung aktiv werden kann, während direkt geschädigte Gläubiger sofort klagen könnten. Dadurch wären die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger beeinträchtigt.

Auch ohne Konkurrenzsituation darf sich die direkt geschädigte Gläubigerin nach dem Bundesgericht allerdings nicht auf aktienrechtliche Bestimmungen berufen, die bloss die Gesellschaft schützen: «*Es ist zwar nicht erforderlich, dass sie sich auf eine ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierte Bestimmung stützen kann, jedoch muss sie sich auf eine Bestimmung stützen können, die sowohl den Schutz der Gesellschaft wie auch den Schutz der Gläubiger bezweckt (Norm mit doppelter Schutzwirkung). Dazu gehören namentlich die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung*» (E. 3.2.3.2). Die allgemeine Sorgfaltspflicht begründe hingegen nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft und sei

³ BGE 131 III 306 (Biber Holding) E. 3.1.2.

⁴ BGE 141 III 112 (Krankentaggeldversicherung) E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.2.3 («*concurrence avec les prétentions de la société*»).

keine Bestimmung, die *auch* dem Gläubigerschutz diene. Vorliegend bejahte das Bundesgericht die Aktivlegitimation des Fonds im Grundsatz. Es geht um einen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR in Verbindung mit Bestimmungen des Strafrechts, welche dem Gläubigerschutz dienen, namentlich Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung.

Dennoch konnte das Bundesgericht die Aktivlegitimation nicht abschliessend prüfen (E. 3.3.5). Als klärungsbedürftig erwies sich nämlich der Einwand des Verwaltungsratspräsidenten, der Fonds hätte seine Verantwortlichkeitsansprüche an eine Drittgesellschaft abgetreten (E. 3.3). Gemäss der Umschreibung im entsprechenden Vertrag wären die angeblich abgetretenen Forderungen entgegen der Auffassung der Vorinstanz genügend bestimmbar gewesen (E. 3.3.4). Die Vorinstanz verkannte ausserdem, dass die Abtretung auch ausservertragliche Ansprüche erfasste (E. 3.3.4), und verwechselte den für die Aktivlegitimation massgeblichen ursprünglichen Zeitpunkt der Gläubigerstellung (E. 3.3.1) mit der Frage, ob sich die Berechtigung an der Forderung infolge der Abtretung später änderte (E. 3.3.3). Die ebenfalls strittige Passivlegitimation hängt mit der Aktivlegitimation zusammen (E. 4).

Das Bundesgericht prüfte sodann, ob die Vorbringen des Fonds zum Schaden und zur Widerrechtlichkeit hinreichend substantiiert waren. Die Parteien müssen alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen behaupten, welche den von ihnen angebehrten Anspruch begründen. Dabei genüge es, wenn die zu subsumierenden Tatsachen *«in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden»* (E. 5.1.1). Die Tatsachenbehauptung müsse so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Behauptungen sind nach dem Bundesgericht hinreichend, wenn sie unter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Gericht den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die Forderung zusprechen kann. Bestreite der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, seien die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden könne. Eine Bestreitung habe so konkret zu sein, dass die Gegenpartei wisse, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen müsse. Je detaillierter ein Parteivortrag ausfalle, desto höher seien die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung durch die Gegenpartei: *«Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird»* (E. 5.1.2). So

könne die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen habe. Dagegen sei die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei. Ein qualifiziertes (begründetes) Bestreiten könne bei Sachverhalten verlangt werden, welche Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bildeten: *«Es bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien in dem Sinne[,] dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind»* (E. 5.1.3).

Zur Begründung der *Widerrechtlichkeit* berief sich der Fonds auf sieben pflichtwidrige Zahlungen (E. 6.1). In der Klageschrift legte er dar, dass die Überweisungsaufträge durch den Verwaltungsratspräsidenten in dessen Funktion als Verwaltungsrat mitunterzeichnet wurden und dass die Sorgfaltspflicht der Verwaltungsgesellschaft Zahlungen an den Verwaltungsratspräsidenten oder Rückzahlungen bei anderen Fonds ausschloss (E. 6.3). Aufgrund dieses schlüssigen Tatsachenvortrags war dem Verwaltungsratspräsidenten gemäss Bundesgericht eine substantiierte Bestreitung möglich. Der Fonds musste in der Klageschrift nicht bereits mögliche konkrete Einwände vorweg entkräften. Die Vorinstanz verlangte vom Fonds unter dem Titel Schadenersatz zu Unrecht spezifische Angaben, wer die Transaktionen anordnete bzw. vornahm, was deren Hintergrund war und mit welchen konkreten Verhaltensweisen hinsichtlich jeder einzelnen Transaktion der Verwaltungsratspräsident seine Pflichten als Verwaltungsrat verletzte (E. 6.1). Jedenfalls in der Replik kam der Fonds gemäss Bundesgericht seiner Substanziierungslast nach. Darin legte er dar, dass die Verwaltungsgesellschaft vertraglich nur befugt war, im Vertrag umschriebene oder mit dem Investment Manager des Fonds abgesprochene Zahlungen zu tätigen bzw. bestimmte Rechnungen zu begleichen (E. 6.3). Wenn der Verwaltungsratspräsident andeutete, dass sonst jemand die Überweisungen angeordnet haben könnte, hätte er dies substantiieren müssen (E. 6.4.2). Insofern unterstand er einer qualifizierten Bestreitungslast. Ähnlich brauchte der Fonds nicht den jeweiligen «Hintergrund» der einzelnen Transaktionen zu beleuchten, sondern hätte der Verwaltungsratspräsident etwaige Rechtfertigungen für die Zahlungen darlegen müssen (E. 6.4.3). Analoges gilt für eine etwaige Genehmigung der Zahlungen durch den Fonds. Der Fonds zeigte die Unzulässigkeit der Zahlungen auf und machte eine ungetreue Geschäftsführung sowie Veruntreuung geltend. Zusätzliche Ausführungen zu jeder einzelnen Zahlung erübrigten sich.

Der Fonds behauptete die Widerrechtlichkeit der sieben Zahlungen gemäss Bundesgericht hinreichend.

Die Vorinstanz erachtete auch die Ausführungen des Fonds zum Schaden als nicht genügend substantiiert und warf dem Fonds unter anderem vor, die hypothetische Vermögensentwicklung bei pflichtgemässigem Verhalten des Verwaltungsratspräsidenten nicht dargelegt zu haben. Der Fonds klagte zunächst die Summe der sieben Zahlungen ein (E. 7.1). Beim geringfügig reduzierten Betrag gemäss Replik stützte sich der Fonds auf den von der Verwaltungsgesellschaft angegebenen Rückzahlungsbetrag abzüglich des noch vorhandenen Kontoguthabens (E. 7). Das Bundesgericht warf der Vorinstanz vor, «in doppelter Hinsicht von einem falschen Schadensbegriff auszugehen» (E. 7.2). Einerseits schien das Handelsgericht zu Unrecht einen Vermögensverwaltungsvertrag anzunehmen. Bei einem solchen Vertrag sei der Schaden «durch einen Vergleich des tatsächlichen Vermögensstands mit einem hypothetisch während derselben Periode vertragskonform verwalteten Vermögen zu bestimmen» (E. 7.2.1). Andererseits vermische die Vorinstanz den vertraglichen Anspruch des Fonds gegenüber der Verwaltungsgesellschaft auf Rückerstattung von vertraglich nicht abgedeckten Zahlungen (Art. 400 OR) und den ausservertraglichen Verantwortlichkeitsanspruch gegenüber dem Verwaltungsratspräsidenten (E. 7.2.2). Ein Vergleich zwischen verschiedenen Kontoständen berücksichtige nicht nur den Abfluss der vorgeworfenen sieben Zahlungen, sondern Zu- und Abflüsse aus weiteren Geschäftsvorgängen. Der Verwaltungsratspräsident unterstehe als möglicherweise ausservertraglich Haftpflichtiger nicht der auftragsrechtlichen Abrechnungspflicht für die weiteren Positionen, sondern hafte höchstens für die Rückerstattung der widerrechtlich vorgenommenen Zahlungen. Diese habe der Fonds hinreichend substantiiert. Der Schaden ergebe sich aus der widerrechtlichen Verfügung über das Vermögen mittels Zahlung an Unberechtigte. Ob die überwiesenen Beträge zurückgefordert werden könnten, habe der Fonds weder behaupten noch beweisen müssen. Was der rechtlich massgebliche Schaden sei, stelle eine Rechtsfrage dar. Die Änderung des Rechtsbegehrens und des Schadens bzw. der Schadensberechnung gereiche dem Fonds daher nicht zum Nachteil. Betragsmässig gelte nun aber der tiefere Betrag.

Gestützt darauf hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zwecks Prüfung der Einwände des Verwaltungsratspräsidenten gegen die Aktivlegitimation des Fonds an die Vorinstanz zurück. Bei Bejahung der Aktivlegitimation hat das Handelsgericht die Passivlegitimation des Verwaltungsratspräsidenten und gegebenenfalls die weiteren Haftungsvoraussetzungen zu beurteilen (E. 8).

III. Anmerkungen

A. Allgemeine Einordnung

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Der Entscheid erlaubt keine abschliessende Beurteilung des Verantwortlichkeitsanspruchs, weil die Haftungsvoraussetzungen nur punktuell erörtert worden sind. Auffällig und gleichzeitig bedenklich ist der Umstand, dass das Bundesgericht grundlegende Voraussetzungen der Klage wie die Aktivlegitimation, den Schaden und die Widerrechtlichkeit diametral anders eingeschätzt hat als die Vorinstanz. Hinsichtlich des Verantwortlichkeitsrechts bestätigt das Urteil die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Die durch das Bundesgericht mit hehrem Ziel, aber ohne gesetzliche Grundlage statuierte Einschränkung der Klagebefugnis im Konkurs vermag weiterhin nicht vollends zu überzeugen. Immerhin hat die Rechtsprechung der letzten Jahre die Konturen nach den anfänglichen Irrungen und Wirrungen geschärft. Die Lehre akzeptiert diese Gerichtspraxis nunmehr verschiedentlich.⁵ Die Einschränkung der Klagebefugnis weist dogmatische sowie praktische Schwächen auf. Die Tragweite des Problems des «Wettlaufs» dürfte vom Bundesgericht überschätzt,⁶ die relative Häufigkeit der massgeblichen Konstellation hingegen unterschätzt werden (unten, bei FN 15). Wenn sich das Bundesgericht daran stört, dass die Gläubigergesamtheit infolge einer zeitlich verzögerten Geltendmachung ihres Anspruchs gegenüber Individualklägerinnen einen Nachteil erleiden könnte, sollten die Rahmenbedingungen in zeitlicher Hinsicht angeglichen⁷ und nicht einer Gruppe von Ansprecherinnen mangels exklusiver Schutznorm die Klagebefugnis abgesprochen werden.

⁵ Vgl. die Übersicht über den Meinungsstand etwa bei DAVID GRIEDER, Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Basel 2019, N 558 ff.

⁶ Dass es generell «wohl nur in seltenen Konstellationen zur realen Gefahr einer Konkurrenz um den schnelleren Zugriff auf das begrenzte Vermögen der haftbaren Person» kommen dürfte, vermuten FELIX BUFF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 2015, 269 ff., 274.

⁷ Es würden – zumindest im Rahmen einer Gesetzesrevision – unterschiedliche Möglichkeiten bestehen, etwa eine Prozessführung der Konkursverwaltung für direkt geschädigte Gläubigerinnen und Aktionärinnen, die Bildung einer Sondermasse zur Verteilung des Prozessgewinns, eine Sistierung bzw. Koordination der betreffenden Gerichtsverfahren oder eine Überweisung der Klage an das zuerst angerufene Gericht (vgl. Art. 126 f. ZPO) sowie die Ausdehnung der Konkursbetreibung auf die im Handelsregister eingetragenen Organpersonen (vgl. Art. 39 Abs. 1 SchKG), wie diese früher für geschäftsführende Mitglieder einer GmbH galt (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG).

Überdies bleibt die exakte Ausprägung der Einschränkung der Klagebefugnis unklar. Bei aktienrechtlichen Bestimmungen verlangt das Bundesgericht im Konkurs ausschliessliche Schutznormen. Ausserhalb des Aktienrechts lässt es die reguläre Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, demzufolge Schutznormen ohne Exklusivwirkung genügen, womit die Rechtslage der Situation ohne Konkurs entspricht. Mit anderen Worten erhalten Schutznormen des Aktienrechts eine Sonderbehandlung: Sie dürfen mangels Exklusivität im Konkursfall nicht als Grundlage eines Anspruchs der direkt geschädigten Gläubigerin oder Aktionärin herangezogen werden. Diese Benachteiligung gewisser Schutznormen in Abhängigkeit von der Zugehörigkeit zum Rechtsgebiet lässt sich sachlich kaum rechtfertigen. Ein Wettlauf ist bei einer Schutznorm ausserhalb des Aktienrechts ebenso denkbar. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs spielt keine entscheidende Rolle. Analoges gilt für den im bundesgerichtlichen Textblock jeweils ebenfalls angeführten Tatbestand der *culpa in contrahendo*. Diese Rechtsfigur geniesst dieselbe Privilegierung wie Schutznormen ausserhalb des Aktienrechts. Eine Haftung der Organperson lässt sich damit in der Regel nicht begründen. Das Abstellen auf die Art der Schutzausrichtung aktienrechtlicher Normen erscheint als Konstrukt, welches dem Gericht die Blockierung konkurrierender Verantwortlichkeitsklagen direkt geschädigter Gläubigerinnen oder Aktionärinnen erlaubt. In Kauf genommen wird dabei eine gewisse Rechtsunsicherheit, insbesondere wenn es darum geht, die exklusive Ausrichtung von der nicht ausschliesslichen Ausprägung einer Schutznorm abgrenzen zu müssen.

Das Erfordernis der Schutznorm ist inner- und ausserhalb eines Konkurses für die Beschränkung der Klagebefugnis besonders wirksam, wenn «*einer Bestimmung nicht leichthin Schutznormcharakter verliehen*» wird und dem «*Grossteil der aktienrechtlichen Bestimmungen [...] weder im Verhältnis zum Vermögen der Gläubiger noch der Aktionäre Schutznormcharakter*» zugeschrieben wird.⁸ Ein solches Verständnis ist nicht angebracht. Der Verwaltungsrat verfolgt das Gesellschaftsinteresse und dient dadurch gleichzeitig den Aktionärinnen. Ein einseitiger kurzfristiger Shareholder-Value-Ansatz – überspitzt: die Kursmaximierung auf Kosten der Gesellschaft – darf heute als überwunden betrachtet werden. Nur punktuell existieren vom Gesellschaftsinteresse unabhängige Partikularinteressen von Aktionärinnen, etwa bei der Zuteilung der Bezugsrechte (Art. 652b OR). Gläubigerschutzvorschriften sind auf den Erhalt eines ausreichenden Haftungssubstrats der

Gesellschaft ausgerichtet, wobei der Schutz der finanziellen Mittel auch der Gesellschaft nützt. Insgesamt dienen die Pflichten der Organpersonen mehrheitlich nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Aktionärinnen und Gläubigerinnen. Die entsprechenden Bestimmungen können deshalb als Schutznormen zu deren Gunsten betrachtet werden.⁹ Zumeist stehen aber gleichzeitig Gesellschaftsinteressen auf dem Spiel, sodass exklusive Schutznormen Seltenheitswert aufweisen,¹⁰ womit das bundesgerichtliche Konzept seinen Zweck erfüllt.

2. Prozessuale Aspekte

In verfahrensmässiger Hinsicht unterstreicht das Urteil die Wichtigkeit einer nicht bloss substanziierten, sondern qualifizierten, das heisst begründeten Bestreitung, soweit es um eigene Handlungen oder Wahrnehmungen geht, zwischen den Parteien ein Informationsgefälle besteht und ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (E. 5.1.3).¹¹ Die behauptungsbelastete Partei muss auf diese Weise erkennen können, welche Behauptungen sie weiter zu substanzieren und welche sie zu beweisen hat (E. 5.1.2; vgl. Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Das Bundesgericht stützt sich hierbei auf seine bisherige Rechtsprechung.¹² Was die abstrakte Formulierung der Anforderungen an die Substanzierungslast im Einzelfall bedeutet, ist indessen nicht immer leicht auszumachen, wie die bundesgerichtliche Rückweisung an die Vorinstanz zeigt.

B. Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen

1. Anwendung der Rechtsprechung bloss auf Konkurs

Das Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung zur eingeschränkten Klagebefugnis der direkt geschädigten Gläubigerin bzw. Aktionärin im Konkurs der Gesellschaft. Eine Ausdehnung der Einschränkung der Klagebefugnis auf Situationen mit aufrecht stehenden Gesellschaften wäre nicht gerechtfertigt gewesen. Dort fehlt eine Konkurrenzsituation oder zeigt sich eine solche zumindest nicht in derselben Form wie im Konkurs. Im beurteilten Fall war über die

⁸ So MERENS DERUNGS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, SZW 2019, 321 ff., 327 f. und 331.

⁹ Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 378.

¹⁰ Vgl. etwa zu exklusiven Gläubigerschutznormen BÖCKLI (FN 9), § 18 N 305 ff. m.w.H.

¹¹ Aus deutscher Perspektive zur sekundären Darlegungslast des Beklagten unter § 138 Abs. 2 und 3 ZPO/DE WALTER FELLMANN, BGER 4A_36/2021: Aktivlegitimation in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und sekundäre Darlegungslast des Beklagten, 29.11.2021, Internet: https://www.fellmann-rechtsanwaelte.ch/rechtsprechung/bger-4a_36-2021 (Abruf 1.2.2022).

¹² Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6 sowie die weiteren, im vorliegend kommentierten Urteil (E. 5.1) zitierten Entscheide.

Verwaltungsgesellschaft nicht der Konkurs eröffnet worden. Dass ein lokales Gericht auf den Cayman Islands den betreffenden Unterfonds in Liquidation («*receivership*») versetzt hatte,¹³ war nicht von Bedeutung. Das Risiko eines «Wettlaufs» zwischen der Konkursverwaltung und klagenden Gläubigerinnen oder Aktionärinnen bestand nicht.

2. Existenz und Natur des Gesellschaftsschadens

a. Schaden der Gesellschaft

Zur Einschränkung der Klagebefugnis direkt geschädigter Gläubigerinnen oder Aktionärinnen kommt es nur, wenn gleichzeitig die Gesellschaft geschädigt ist. Die Vorinstanz fragte sich, ob überhaupt Fälle direkter Schäden von Gläubigerinnen oder Aktionärinnen denkbar seien, ohne dass auch die Gesellschaft potenziell geschädigt werde. Inwieweit vorliegend die Verwaltungsgesellschaft einen Schaden erlitt, wurde vom Bundesgericht nicht vertieft erörtert. Das Bundesgericht verwies auf die Organhaftung gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB und bejahte gestützt darauf eine direkte Schädigung der Verwaltungsgesellschaft. Im Schweizer Aktienrecht ist für widerrechtliche Handlungen von Organpersonen Art. 722 OR anwendbar. In erster Linie wäre eine vertragliche Haftung der Verwaltungsgesellschaft gegenüber dem Fonds denkbar, falls Organe der Verwaltungsgesellschaft unberechtigte Zahlungen getätigt hätten. Möglicherweise würde es an einem Vermögensnachteil des Fonds fehlen, soweit geschuldete Rückzahlungen für andere Teilfonds derselben Rechtseinheit geleistet wurden. Der Vermögensverlust dürfte letztlich bei der Investorin, das heisst der ausländischen Zentralbank, eintreten, falls die Rückzahlung der gezeichneten Anteile des Teilfonds ausbliebe. Die Stellung dieser Investorin wurde im Entscheid nicht behandelt. Jedenfalls gingen das Bundesgericht und die Vorinstanz davon aus, dass der Fonds seinerseits direkt geschädigt wurde (E. 3.2.3).

b. Abhängigkeit vom Gläubigerschaden

Die Vorinstanz hat mangels Konkurses offengelassen, ob ein Gesellschaftsschaden anzunehmen ist, wenn die Gefahr besteht, dass die Gesellschaft von einer Gläubigerin wegen einer durch eine Organperson begangenen Vertragsverletzung belangt werden kann. Für eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft spreche der Umstand, dass ein solcher Schadenersatzanspruch unabhängig von dessen Durchsetzung grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens, das heisst der Vornahme der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen, begründet und fällig werde. Doch berge generell «*jedes gläubigerschädigende Organverhal-*

ten eine latente Gefahr der Belangung der Gesellschaft mittels Schadenersatzklage. Würde aufgrund dieser latenten Gefahr nebst der unmittelbaren Gläubigerschädigung stets eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft bejaht, so wäre bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung eine unmittelbare und ausschliessliche Schädigung eines Gläubigers (gemäss der dargelegten Konstellation 1) gar nicht mehr möglich. Denn der Gesellschaft entstünde aus dem direkten Gläubigerschaden ebenfalls [ein] Schaden, da sie aufgrund der Haftung für ihre Organe (Art. 722 OR, Art. 55 ZGB) dafür aufkommen müsste [...].»¹⁴ Das Bundesgericht zitierte die vorinstanzliche Erwägung (E. 3.2.1), ging aber nicht näher darauf ein. Der Entscheid begnügte sich mit dem Hinweis, dass die Gesellschaft wegen der Erhöhung ihrer Verpflichtungen direkt geschädigt sei (E. 3.2.3).

Es handelt sich in solchen Konstellationen – entgegen der allgemeinen Auffassung und Bezeichnung – um eine Art *mittelbarer* Schaden der Gesellschaft. Denn der potenzielle Vermögensverlust der Gesellschaft leitet sich ab aus dem direkten Schaden der Gläubigerin oder Aktionärin, welchen die Organperson im Rahmen ihrer Tätigkeit verursacht hat und wofür die Gesellschaft einstehen muss. Veranlasst das Organ der Verwaltungsgesellschaft eines Anlagefonds unrechtmässige Überweisungen auf sein eigenes Bankkonto, kann der Fonds als Gesellschaftsgläubiger gegen das Organ oder aus Vertrag gegen die Verwaltungsgesellschaft vorgehen. Es geht im Prinzip selbst im Konkurs um ein und denselben Schaden (E. 3.2.3.1), obgleich nach der Konkurseröffnung Besonderheiten beim Anspruch und bei dessen Geltendmachung zu beachten sind.

An sich ist auch bei dem vom Bundesgericht als erste Konstellation umschriebenen Sachverhalt eine Vermehrung der Passiven der Gesellschaft anzunehmen. Gewährt eine Gläubigerin einer überschuldeten Gesellschaft ein Darlehen, weil der Verwaltungsrat es in Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR versäumt hat, das Gericht zu benachrichtigen, erhöhen sich dank der erhaltenen Mittel die Aktiven der Gesellschaft, vermehren sich im Umfang der Rückzahlungsverpflichtung die Passiven und besteht hinsichtlich des pflichtwidrigen Verhaltens des Verwaltungsrats eine Schadenersatzpflicht auch der Gesellschaft. Die beiden Positionen der Passiven hängen zusammen, indem eine Organhaftung der Gesellschaft entfällt, soweit das Darlehen zurückgezahlt wird. Der Zuwachs der Aktiven gleicht die Schuld aus, sodass die Gesellschaft insgesamt keinen Vermögensverlust erleiden sollte.

¹³ HGer ZH, HG170213-O, 1.12.2020, S. 14 (Ziff. I.7).

¹⁴ HGer ZH, HG170213-O, 1.12.2020, S. 30 f. (E. 3.2.4.2) unter Verweis auf DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012, N 31.

c. Häufigkeit paralleler Schäden

Das Bundesgericht bezeichnete die dritte Konstellation mit gleichzeitigen Gesellschafts- und direkten Gläubiger- oder Aktionärsschäden im Konkurs verschiedentlich – insbesondere im entsprechenden Textblock auf Französisch – als selten(er),¹⁵ sah im vorliegend kommentierten Entscheid jedoch von einer Aussage zur Häufigkeit ab. Es ist zweifelhaft, ob diese Situation verglichen mit den übrigen Verantwortlichkeitsfällen bloss selten eintritt, zumal wenn man bedenkt, dass Verantwortlichkeitsansprüche häufig erst im Konkurs geltend gemacht werden. Wann immer die belangte Organperson als solche tätig geworden ist oder eine gebotene Handlung unterlassen hat und die Haftungsvoraussetzungen von Art. 41 OR bzw. der Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* erfüllt sind oder die Gesellschaft aufgrund einer Vertragsverletzung belangt werden kann, resultiert grundsätzlich eine potenzielle Vermehrung der Passiven der Gesellschaft, womit die Gesellschaft aus Sicht des Bundesgerichts als direkt geschädigt gilt. So betrachtet ist der Geltungsbereich der bundesgerichtlichen Einschränkung der Klagebefugnis weit.

3. Konnex der Schäden

Die bundesgerichtliche Einschränkung der Klagebefugnis setzt voraus, dass der Schaden der Gesellschaft und derjenige der Gläubigerin oder Aktionärin durch dieselbe Pflichtverletzung der belangten Organperson bewirkt werden. Die Gesellschaft und die Gläubigerin oder Aktionärin müssen «durch dasselbe Handeln des Organs» direkt geschädigt werden.¹⁶ In einzelnen Urteilen ist von einem «gleichzeitigen» Schaden die Rede («à la fois»¹⁷). Im besprochenen Urteil erwähnte das Bundesgericht – für den Fall einer aufrecht stehenden Gesellschaft – zwei Schadenersatzforderungen für ein und denselben Schaden. Es bestehe unechte Solidarität, und der Gläubiger könne wählen, ob er gegen das Organ oder gegen die Gesellschaft vorgehen wolle (E. 3.2.3.1). Die belangte Gesellschaft habe in der Folge einen Rückgriffsanspruch gegenüber dem verantwortlichen Organ (Art. 51 Abs. 2 OR). Für die Frage der Konkurrenzsituation geht es nicht um eine Klage der Gläubigerin gegen

die Gesellschaft, sondern um eine solche der Gesellschaft gegen die Organperson.

Die Zurückführung auf dieselbe Pflichtverletzung bzw. auf das identische Schadensereignis und der Konnex der beiden Schäden bedeuten für die an der Geltendmachung ihres Anspruchs gehinderte Gläubigerin und Aktionärin, dass Letztere auch die Möglichkeit haben, einen Anspruch gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen. Im Konkurs partizipieren sie dabei proportional am Verlust sowie am Erlös aus dem Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubiger-gesamtheit. Insoweit entschärft sich das Problem der Beschneidung des Rechtswegs der direkt geschädigten Gläubigerinnen oder Aktionärinnen.

Es ist aber nicht zwingend, dass der ersatzfähige direkte Schaden der Gläubigerin umfangmässig exakt dem Schaden der Gesellschaft entspricht – insbesondere dann nicht, wenn als Gesellschaftsschaden nicht einfach die Vermehrung der Passiven in der Höhe des Verantwortlichkeitsanspruchs gegen die Organperson betrachtet wird. Einzelne Faktoren der Schadensberechnung fallen womöglich abweichend aus. Unter dem Vertrag können weitere Positionen schadensvermehrend oder auch -mindernd hinzutreten (vgl. E. 7.2.2). Ausserdem kann die Gläubigerin den Ersatz des positiven Interesses fordern. Abweichungen sind auch beim Organbegriff denkbar. Das Verhalten der Organperson muss der Gesellschaft zugerechnet werden können. Hinzu kommen prozessuale Aspekte. Die Schadenersatzforderungen wären in unterschiedlichen Gerichtsverfahren zu beurteilen. Gegebenenfalls bestünde auch eine abweichende örtliche und sachliche Gerichtszuständigkeit.

Die Einschränkung der Klagebefugnis greift nicht, wenn die Gesellschaft und die Gläubigerinnen oder Aktionärinnen als Folge *unterschiedlicher Pflichtverletzungen* gleichzeitig geschädigt werden, obwohl die finanziellen Mittel der belangten Organperson auch hier begrenzt sind und sich eine Konkurrenzsituation ergeben kann. Die zufällige zeitliche Koinzidenz von zwei unabhängigen Schadensereignissen rechtfertigt eine Limitierung der Klagebefugnis nicht. Eine solche wäre auch nicht praktikabel: Die direkt geschädigte Gläubigerin oder Aktionärin könnte ihre Prozesschancen nicht verlässlich beurteilen, sondern müsste jederzeit damit rechnen, dass ihre Klagebefugnis als Folge einer anderweitigen, ihr womöglich nicht bekannten Schädigung der Gesellschaft eine Einschränkung erfahren könnte. Heikel sind Fälle, in denen dem Schaden einer Gläubigerin oder Aktionärin zunächst eine unterschiedliche Pflichtverletzung zugrunde liegt, begleitet von einem fortwährenden «gleichzeitigen» Versäumnis, etwa bei einer Kreditgewährung an eine überschuldete Gesellschaft und einer anschliessenden Verschlechterung der finanziellen

¹⁵ Auf Deutsch etwa BGE 142 III 23 E. 4.2.2 («seltene[r] Fall, dass gleichzeitig Gläubiger und die Gesellschaft direkt in ihrem Vermögen geschädigt wurden»); auf Französisch BGE 141 III 112 E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.1.3 («il existe encore des situations, plus rares, dans lesquelles [...]»).

¹⁶ BGer, 4A_26/2015, 21.5.2015, E. 5.2 («wenn dieselbe Pflichtverletzung von Gesellschaftsorganen sowohl der Gesellschaft wie einzelnen Gläubigern direkt Schaden verursacht hat»).

¹⁷ BGE 141 III 112 E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.1.3 («on discerne à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société»).

Lage der Gesellschaft infolge einer weiteren bzw. fortgesetzten Pflichtverletzung.¹⁸ Anzeigt ist hier eine differenzierte Betrachtung.

4. Nichtanwendung der Rechtsprechung im Konkurs

Wie aufgezeigt setzt die Einschränkung der Klagebefugnis einen gleichzeitigen, aus derselben Pflichtverletzung resultierenden Schaden der Gesellschaft voraus. Hat die der Organperson vorgeworfene Pflichtverletzung nur einen Schaden der Gläubigerin, nicht jedoch einen Vermögensverlust der Gesellschaft bewirkt, ist die Klagebefugnis der Gläubigerin nicht eingeschränkt.¹⁹ Es sind weitere Fälle denkbar, in denen es trotz Vorliegens der dritten Konstellation nicht zu einer Konkurrenzsituation kommt. Sobald sich ergibt, dass der Anspruch der Gläubigeresamtheit auf Ersatz des Gesellschaftsschadens aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht durchgesetzt wird bzw. werden kann, hat die Einschränkung der Klagebefugnis zu entfallen.²⁰ Massgeblich muss sein, ob eine Konkurrenzsituation besteht oder nicht. Eine solche ist zu verneinen, falls das erstinstanzliche Gericht die Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens mangels genügender Substanziierung abgewiesen hat und das Urteil insofern in Rechtskraft erwachsen ist, über den gestützt auf Art. 260 SchKG eingeklagten Gesellschaftsschaden somit rechtskräftig entschieden worden ist.²¹

Wird das Konkursverfahren, wie es häufig der Fall ist,²² mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 SchKG), bejaht das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Einschränkung der Klagebefugnis.²³ Zu einer Konkurrenzsituation kommt es jedoch nicht ohne Weiteres, wenn keine Gläubigerin die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt. Immerhin können sich Gesellschaftsgläubigerinnen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch nach der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven und der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen. Denn der geschlossene Konkurs kann vom Konkursgericht wiedereröffnet werden, wenn nachträglich Vermögen der Gesellschaft, beispielsweise ein Ver-

antwortlichkeitsanspruch, entdeckt wird.²⁴ Die Forderungen gingen mit der Löschung der Gesellschaft nicht unter. Deren Durchsetzung und die Verwertung sind im Rahmen eines Nachkonkurses auch ohne Wiedereintragung der Gesellschaft in das Handelsregister möglich (vgl. Art. 269 SchKG). Aufgrund der Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG dürfen die Gläubigerinnen gemäss Bundesgericht die abgetretenen Ansprüche eintreiben, auch wenn das Konkursverfahren im Übrigen geschlossen und die konkursite Gesellschaft im Handelsregister gelöscht ist.²⁵

5. Rechtslage ausserhalb eines Konkurses

a. Mögliche Konkurrenzsituation

Es ist nicht ausgeschlossen, dass es auch ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens zu einer Konkurrenzsituation zwischen einem Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft und einem solchen von direkt geschädigten Gläubigerinnen oder Aktionärinnen kommt. Der Entscheid über die Erhebung einer Klage der Gesellschaft ist delikant: Ressourcen der Unternehmensführung werden durch ein Gerichtsverfahren gebunden, unvorteilhafte Interna können an die Öffentlichkeit gelangen, und es gilt, das Kostenrisiko abzuwägen. Häufig wird der Rechtsweg erst infrage kommen, wenn die zu belangenden Organpersonen abberufen worden oder zurückgetreten sind. Unter Umständen ist zuerst eine Generalversammlung abzuhalten. Rechtliche Abklärungen sind vorzunehmen, und die Angelegenheit ist an Verwaltungsratssitzungen zu besprechen. Kommt der Anstoss aus dem Kreis der Aktionärinnen, muss die nächste ordentliche Generalversammlung abgewartet oder die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verlangt werden. Obleich sich daraus eine zeitliche Benachteiligung bei der Geltendmachung des Gesellschaftsschadens ergeben kann, wird die Klagebefugnis direkt geschädigter Gläubigerinnen oder Aktionärinnen in einem solchen Fall nicht im besprochenen Sinne eingeschränkt.

b. Haftungsvoraussetzungen

Gleichwohl begrenzt das Bundesgericht die Klagebefugnis direkt geschädigter Gläubigerinnen und Aktionärinnen ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens: Denn gemäss Bundesgericht kann sich die direkt geschädigte

¹⁸ Hierzu JENNY (FN 14), N 228 ff. m.w.H.

¹⁹ BGE 142 III 23 E. 4.2.2 und 4.3 m.w.H.

²⁰ Vgl. BGer, 4A_26/2015, 21.5.2015, E. 5.2 («Ziel dieser Rechtsprechung entfällt, wenn feststeht, dass die Gesellschaft nicht selber klagt»).

²¹ BGer, 4A_26/2015, 21.5.2015, E. 5.3.

²² Weniger als die Hälfte der abgeschlossenen Konkursverfahren (2020: 13'761; 2019: 14'707) wird gemäss der Betriebs- und Konkursstatistik des Bundesamts für Statistik im ordentlichen oder summarischen Verfahren erledigt (2020: 6022; 2019: 6110), vgl. Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html> (Abruf 1.2.2022).

²³ BGer, 4A_407/2018, 5.2.2019, E. 4.

²⁴ BGE 146 III 441 E. 2.1 m.w.H.

²⁵ BGE 146 III 441 E. 2.7. Das vorliegend in E. 3.2.3.1 angeführte Zitat von BGE 141 III 112 E. 5.3.3, wonach keine Konkurrenz mehr bestehe, da der Konkurs geschlossen und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden sei, ist insofern zu relativieren. Immerhin wurde in der Originalquelle (BGE 141 III 112 E. 5.3.3) präzisiert, dass sich aus dem kantonalen Entscheid weder eine Klage der Konkursverwaltung noch eine Abtretung des Anspruchs der Masse ergebe.

Gläubigerin nur auf aktienrechtliche Bestimmungen berufen, welche *auch* ihren Schutz bezwecken, namentlich die Bilanzvorschriften und die Verhaltensregeln bei einer eingetretenen Überschuldung (E. 3.2.3.2). Schutznormen ausserhalb des Aktienrechts, welche die Begründung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR ermöglichen, kommen ebenfalls infrage. Vorliegend ging es um Bestimmungen des Strafrechts mit Schutzwirkung zugunsten des Fonds. Dieser Standpunkt ist gerechtfertigt, sofern man die Geltendmachung direkter Schäden der Gläubigerinnen oder Aktionärinnen nicht den besonderen Verantwortlichkeitsbestimmungen unterstellen will.

c. Rechtsnatur

Die Anwendung des Schutznormerfordernisses des allgemeinen Haftpflichtrechts wirft die Frage nach der Rechtsnatur derartiger Ansprüche und nach dem Verhältnis zu Art. 41 ff. OR auf. Es trifft nach hier vertretener Meinung zu, dass Verantwortlichkeitsansprüche direkt geschädigter Gläubigerinnen oder Aktionärinnen ausservertraglicher Natur sind. Deshalb ist es vertretbar, bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für direkte Schäden von Gläubigerinnen oder Aktionärinnen die Anforderungen eines Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 41 Abs. 1 OR zu berücksichtigen. Bereits die Botschaft zur Revision des Gesellschaftsrechts von 1937 hielt fest, dass sich für die Geltendmachung des unmittelbaren Schadens besondere Vorschriften erübrigten, weil hier die allgemeinen Bestimmungen von Art. 41 ff. OR gälten.²⁶ Es wäre nach hier vertretener Auffassung jedoch verfehlt, die Ansprüche direkt geschädigter Gläubigerinnen und Aktionärinnen nicht als solche der gesellschaftsrechtlichen (bzw. spezialgesetzlichen) Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 753 ff. OR (bzw. Art. 69 FIDLEG) zu betrachten.²⁷ Das Bundesgericht liebäugelt allerdings schon länger mit dieser Anschauung.²⁸ Die Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit wird im Verantwortlichkeitsrecht – auch zugunsten direkt geschädigter Gläubigerinnen und Aktionärinnen – im Vergleich zu Art. 41 Abs. 1 OR teilweise modifiziert, wie sich etwa bei der Gründungs- (Art. 753 OR) oder der Prospekthaf-

tung (Art. 69 FIDLEG) zeigt.²⁹ Eine besondere Prüfung der Schutzausrichtung der entsprechenden Normen entfällt. Es ist jedoch weiterhin nicht ausgeschlossen, als Gläubigerin oder Aktionärin einen Anspruch direkt auf Art. 41 Abs. 1 OR zu stützen, sodass die besonderen Modalitäten des Verantwortlichkeitsrechts keine Anwendung finden.³⁰

Die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind nicht von einheitlicher Rechtsnatur. Die belangten Organpersonen stehen in einem qualifizierten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Es handelt sich um eine vertragsähnliche Beziehung. Dieser Umstand rechtfertigt eine gegenüber der ausservertraglichen Haftung verschärfte Verantwortlichkeit. Ähnlich wie ein Beauftragter gestützt auf Auftragsrecht kann ein Verwaltungsratsmitglied schadenersatzpflichtig werden, wenn er gegen irgendwelche Pflichten, beispielsweise seine Sorgfalts- oder Treuepflicht (Art. 717 OR), verstossen hat. Das Verhalten der Organperson braucht nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR zu sein. Demgegenüber fehlt es bei der direkt geschädigten Gläubigerin oder Aktionärin an einem besonderen Rechtsverhältnis zur Organperson. Die Organperson muss eine ihr obliegende Pflicht verletzt haben. Der Anspruch ist ausservertraglicher Natur.

C. Behauptungs- und Substanziierungslast

Die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Substanziierung verdienen hinsichtlich der *Widerrechtlichkeit* grundsätzliche Zustimmung. Die Anforderungen, welche die Vorinstanz an die Substanziierung gestellt hat, erscheinen für eine aussenstehende Klägerschaft als kaum erfüllbar. Die externe Gläubigerin vermag nicht einzuschätzen, wer fehlerhafte Zahlungen letztlich ausgelöst hat. Wenn eine Überweisung den vertraglichen Vereinbarungen widerspricht, muss nicht noch der «Hintergrund» der unrechtmässigen Mittelverwendung aufgezeigt werden. Eine entsprechende Abklärung ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden.

²⁶ Botschaft vom 21. Februar 1928 zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, BBl 1928 I 205 ff., 265.

²⁷ So etwa DERUNGS/VON DER CRONE (FN 8), 330.

²⁸ Gemäss dem Bundesgericht stellen verschiedene Autoren «insoweit mit guten Gründen in Frage, ob die Klage, mit welcher ein Gläubiger einen [ausschliesslich im Vermögen von Konkursgläubigern eingetretenen] Schaden individuell geltend macht, überhaupt einen Anwendungsfall des körperschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts darstellt» (BGE 142 III 23 E. 4.3 m.w.H.).

²⁹ Vgl. zur Prospekthaftung PHILIPPE WEBER/LUKAS FAHRLÄNDER, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 69 N 20 und 58 ff. (Prospekthaftung als Deliktshaftung, *lex specialis* zu Art. 41 Abs. 1 OR, wobei die Widerrechtlichkeit auf eine Verletzung der gesetzlichen Pflichten zur Prospekterstellung gemäss Art. 35 ff. FIDLEG gestützt wird).

³⁰ Vgl. BÖCKLI (FN 9), § 18 N 246 m.w.H.; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich/Basel/Genf 2021, § 14 N 1; ferner BGer, 4A_26/2015, 21.5.2015, E. 4.3 (zur Revisionshaftung; die allgemeine Verschuldenshaftung wird durch die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nicht ausgeschlossen, sondern die Verletzung von zum Schutz Dritter erlassenen aktienrechtlichen Pflichten begründet gleichzeitig Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR).

Es ist der Vorinstanz allerdings zugutezuhalten, dass sie vom Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall für eine zu grosszügige Haltung bei den Anforderungen an die Substanziierung gerügt worden ist (vgl. FN 32).

Beim *Schaden* ist die Beurteilung des Bundesgerichts im Ergebnis grösstenteils richtig, aber in der Begründung nicht durchweg optimal ausgefallen. Gemäss der bundesgerichtlichen Differenztheorie ist unter Umständen auch ausserhalb eines Vermögensverwaltungsvertrags zu ermitteln, wie sich der von den pflichtwidrigen Überweisungen betroffene Vermögensteil der geschädigten Gläubigerin entwickelt hätte, wenn er nicht missbräuchlich verwendet, sondern vertragskonform investiert worden wäre. Ob der Investitionsentscheid durch die Beauftragte (so bei der Vermögensverwaltung) oder die Kundin (wie bei der Anlageberatung) zu fällen gewesen ist, hat damit nichts zu tun. Bei einer Anlageberatung ist unter Umständen ebenfalls die hypothetische Wertentwicklung relevant.³¹ Hingegen ist für die Schadensberechnung ohne Vermögensverwaltungsvertrag grundsätzlich nicht auf die Wertentwicklung eines Gesamtportfolios abzustellen. Vielmehr ist der Schaden anhand der vertragswidrig getätigten Transaktionen zu ermitteln.³²

Zu beachten ist hier überdies, dass die ausservertragliche Verantwortlichkeitsklage der direkt geschädigten Gläubigerin nicht auf den Ersatz eines *positiven Interesses* (Erfüllungsinteresses) zielt. Die zweckentfremdeten Mittel hätten *in casu* nach Massgabe des Unterfonds für die afrikanischen Immobilienprojekte eingesetzt werden müssen. Die Investition erfolgte im Sommer 2011. Im Herbst 2015 wurde die Rückzahlung der Fondsanteile verlangt. Die unrechtmässigen Überweisungen im Gesamtumfang von USD 25,8 Mio. sollen grösstenteils im Zeitraum von Herbst 2011 bis Herbst 2012 getätigt worden sein, eine letzte Transaktion folgte im Oktober 2015. Bei einem vertraglichen Vorgehen der Gläubigerin gegen die Gesellschaft – vorliegend einer Klage des Fonds gegen die Verwaltungsgesellschaft – könnten die wegen der nicht vertragskonformen Anlage entgangenen Gewinne einen Teil des Schadens bilden.³³ Unter das ne-

gative Interesse fiele demgegenüber, wenn die geschädigte Gläubigerin substanziiert vorbringen könnte, dass sie sonst die finanziellen Mittel gewinnbringend angelegt hätte.³⁴ Im Verantwortlichkeitsprozess hat die geschädigte Gläubigerin aufzuzeigen, welchen Stand ihr Vermögen ohne das pflichtwidrige Verhalten der belangten Organperson aufweisen würde. Insoweit könnten entgangene Gewinne im Rahmen des adäquaten Kausalzusammenhangs ebenfalls Berücksichtigung finden.

D. Fazit

Das Urteil bestätigt im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung. Die amtliche Publikation wird erfolgen, um Missverständnissen hinsichtlich der Einschränkung der Klagebefugnis in Konstellationen ausserhalb eines Konkurses vorzubeugen. Im Konkurs dürfte die bundesgerichtliche Einschränkung der Klagebefugnis auch nach dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision von 2020 bestehen bleiben.³⁵

³¹ Vgl. beispielsweise BGer, 4A_202/2019, 11.12.2019, E. 6.5.1.

³² Vgl. BGE 144 III 155 E. 2.2.1 und 2.2.2. Im erwähnten Entscheid hatte das Zürcher Handelsgericht die Substanziierung des Schadens als genügend erachtet. Das Bundesgericht widersprach, weil der Schaden aus 16 nicht genehmigten Transaktionen aufgrund des Wertverlusts des gesamten deponierten Vermögens geschätzt worden und die Substanziierung nicht anhand der einzelnen vertragswidrigen Transaktionen erfolgt war.

³³ Vgl. zum Ganzen ANDREAS SCHNEUWLY/SEBASTIAN MÜLLER, Substanziierung des Anlageschadens, *ius.focus* 3/2020, Nr. 61, 8 ff., 9; ferner ANDREAS SCHNEUWLY, Anlageschaden quo vadis?, *ius.focus* 7/2020, Nr. 169, 8 f., 9.

³⁴ Vgl. HARALD BÄRTSCHI, in: Andreas Abegg/Harald Bärtschi/Andreas Dietrich (Hrsg.), *Prinzipien des Finanzmarktrechts*, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 765b.

³⁵ Zu den überschaubaren Anpassungen im Verantwortlichkeitsrecht anlässlich der Aktienrechtsrevision PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, *Schweizerisches Aktienrecht 2020*, Bern 2022, 552 ff.