

Dr. Daniel Glasl

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Bestätigung des «Biber»-Entscheids; Rechtsschutzinteresse des Abtretungsgläubigers; Zulassung der Verrechnungseinrede gegen den Verantwortlichkeitsanspruch

Besprechung von Urteil 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005 und BGE 132 III 342

Das Karussell im Reigen der Rechtsprechungspraxis zum Verantwortlichkeitsrecht dreht sich weiter: Mit den besprochenen Entscheiden hat das Bundesgericht zwei weitere – bedeutende – Urteile zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gefällt. Im ersten Entscheid bestätigt es die mit dem Urteil im Fall «Biber» modifizierte «X.Corporation»-Doktrin, wonach im Konkurs die Klagebefugnis für eine Verantwortlichkeitsklage des unmittelbar Geschädigten bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft eingeschränkt wird. Im zweiten (publizierten) Urteil bekräftigt das Bundesgericht die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers aufgrund der rechtskräftigen Kollokation und sein Recht auf Vorausbefriedigung aus dem Prozessertlös, und es verwirft den Einwand der Vorinstanz, dem Abtretungsgläubiger fehle es mangels materieller Begründetheit seiner Forderung an einem Rechtsschutzinteresse. Entgegen der bisherigen Praxis lässt das Gericht sodann die Verrechnung des Verantwortlichkeitsanspruches mit einer kollozierten Forderung des beklagten Organs im Grundsatz zu. Ob damit die Einredebeschränkung der seit 1991 konstanten «Raschein»-Doktrin insgesamt aufgegeben wird, ist fraglich.

Inhaltsübersicht

- I. Besprechung des Urteils 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen des Bundesgerichts
 3. Kommentar
- II. Besprechung von BGE 132 II 342
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen des Bundesgerichts
 - a. Bejahung des Rechtsschutzinteresses eines Abtretungsgläubigers gestützt auf die Kollokation
 - b. Verrechnung des Verantwortlichkeitsanspruches mit der kollozierten Forderung
 3. Kommentar
 - a. Aktivlegitimation und Rechtsschutzinteresse des Abtretungsgläubigers
 - b. Einredebeschränkung gemäss «Raschein»-Doktrin differenziert
- III. Fazit und Ausblick

I. Besprechung des Urteils 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005 ^

1. Sachverhalt¹ ^

[Rz 1] Im Konkurs der D. AG wurde die Klägerin X. mit einer Gesamtforderung von CHF 13'161'386.45 rechtskräftig kolloziert. Sie hatte nach ihrer Darstellung mit der deutschen Zweigniederlassung der D. AG drei Verträge abgeschlossen, aus denen ihr Forderungen von über DM 15 Mio. zustanden. Mit Verfügung vom 4. Oktober 1995 trat das Konkursamt die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Gründern und Organen der D. AG an die Klägerin ab.

[Rz 2] Die Klägerin X. machte mit Verantwortlichkeitsklage Ansprüche von CHF 1 Mio. gegen A., B. und C. geltend mit der Begründung, sie hätten ihre aktienrechtlichen Pflichten als Organe der D. AG verletzt. Den Beklagten A. und B. warf sie vor, sie hätten ihre Pflicht zur Benachrichtigung des Richters trotz bestehender Überschuldung sowie ihre Aufsichts- und Überwachungspflichten und die Pflicht zur ordnungsgemässen Führung der Bücher und zur rechtzeitigen Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung verletzt. Ausserdem hätten die Beklagten gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen und mehrere Bilanzvorschriften verletzt.

Der Beklagten C. warf die Klägerin vor, sie hätte trotz der Überschuldung der D. AG weder die Generalversammlung, noch den Richter benachrichtigt. Erst durch diese Pflichtverletzungen sei es der D. AG überhaupt möglich gewesen, die Verträge mit der Klägerin abzuschliessen. Als Schaden machte die Klägerin X. offenbar (so ist aus dem Urteil zu schliessen) allein einen eigenen, direkten (Teil-)Schaden aus der Inanspruchnahme einer Bürgschaft geltend, welche sie in dem mit der D. AG im Jahr 1992 abgeschlossenen «N.»-Vertrag eingegangen war².

[Rz 3] Nachdem das Kantonsgericht Zug gestützt auf ein gerichtliches Gutachten mit grösster Wahrscheinlichkeit eine Überschuldung der D. AG in den Jahren 1996 bis 1998 und 1991 angenommen und die Klage gegen A. gutgeheissen hatte³, wies das Obergericht die Klage ab, da die Klägerin mangels Aktivlegitimation ihren unmittelbaren Schaden nicht geltend machen könne und ein allfälliger Gesellschaftsschaden nicht substantiiert worden sei⁴. Mit Berufung an das Bundesgericht rügte die Klägerin insbesondere, das Obergericht habe den Rechtsbegriff des unmittelbaren Schadens verkannt sowie einen solchen Schaden bundesrechtswidrig verneint. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit darauf einzutreten ist.

2. Erwägungen des Bundesgerichts ^

[Rz 4] In Erw. 1.1 weist das Bundesgericht die Rüge einer Verletzung von Art. 8 ZGB als unbegründet ab. Es verweist auf die zutreffende Schlussfolgerung der Vorinstanz, welche aus der Darlegung der Klägerin, dass sie anstelle der konkursiten AG aus der Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommen worden war, allein einen (direkten) Schaden der Klägerin, jedoch keinen (bezzifferten) Gesellschaftsschaden entnehmen konnte. Da die Klägerin keine Behauptungen zum Gesellschaftsschaden aufgestellt, sondern eine Schädigung der Gesellschaft mit ihrem eigenen Schaden unbesehen gleichgestellt hat, hat die Vorinstanz die Klage mangels Substanziierung eines Gesellschaftsschadens zu Recht abgewiesen.

[Rz 5] In Erw. 2 prüft das Bundesgericht die Rüge, die Vorinstanz habe den *Rechtsbegriff des unmittelbaren Schadens* verkannt bzw. einen solchen Schaden bundesrechtswidrig verneint. Die Hauptbegründung des vorinstanzlichen Entscheids lautete, dass die Klägerin aus den den Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen keinen Ersatz eigenen Schadens beanspruchen könne. Dem hielt die Klägerin in der bundesrechtlichen Berufung entgegen, dass die Vorinstanz verkannt habe, dass keine Kollision bestehe, weil ausschliesslich sie selbst als Gläubigerin und nicht die Gesellschaft geschädigt sei. Das Bundesgericht weist diese Rüge zurück.

[Rz 6] In Erw. 2.1 wiederholt das Bundesgericht zunächst die zentrale Erw. 3.1.2 aus dem «Biber»-Urteil⁵. Ausgehend von den den Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen stellt es fest, dass der Klägerin nicht gefolgt werden kann, dass dadurch die Gesellschaft nicht ebenfalls geschädigt worden sei. Denn soweit der Abschluss des N.-Vertrags ohne die Pflichtverletzungen nicht zustande gekommen wäre, hätte auch die D. AG keine zusätzlichen Verpflichtungen übernommen und sich nicht weiter verschuldet (Erw. 2.2).

[Rz 7] Gestützt darauf schliesst das Bundesgericht, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt hat, wenn sie aufgrund des verbindlich festgestellten Sachverhalts schloss, dass die Klägerin aus den den Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen *keinen direkten Schaden geltend machen* kann und einen Gesellschaftsschaden (den die Klägerin aufgrund der Abtretung durch die Konkursverwaltung einzuklagen legitimiert gewesen wäre) nicht substantiiert hat (Erw. 2.3).

3. Kommentar ^

[Rz 8] Mit diesem Entscheid bestätigt das Bundesgericht die mit dem «Biber»-Entscheid modifizierte Praxis zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch Direktgeschädigte im Konkurs der Aktiengesellschaft⁶. Danach können Aktionäre und Gläubiger ihren direkten Schaden *bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft* im Konkurs nur dann geltend machen, wenn das Verhalten des verantwortlichen Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet⁷.

[Rz 9] Anders als im «Biber»-Fall, in welchem der Kläger einen Reflexschaden (d.h. einen indirekten Schaden als Folge der Vermögensverminderung bei der Gesellschaft) geltend gemacht hatte⁸, lag der Klage im hier besprochenen Entscheid (offenbar) ein Direktschaden der Klägerin zu Grunde. Sie leitete ihren Schaden nämlich nicht aus dem Schaden der Gesellschaft ab, sondern aus der unmittelbar in ihrem eigenen Vermögen eingetretenen Vermögensverminderung durch Inanspruchnahme aus einer Bürgschaftsverpflichtung aus dem mit der D. AG abgeschlossenen N.-Vertrag⁹. Der Umstand, dass neben der Klägerin X. *auch die Gesellschaft geschädigt* war, ist entscheidend, wird vom Bundesgericht aber leider nicht ausführlich(er) erörtert. Das Gericht verweist u.a. auf das Vorbringen der Klägerin selbst, wonach sie sekundär aufgrund desselben Sachverhalts einen Gesellschaftsschaden eingeklagt habe¹⁰.

[Rz 10] Da die behaupteten Pflichtverletzungen Normen mit «doppelter Schutzfunktion», d.h. Normen zum Schutz der Interessen der Gesellschaft *und* der Gläubiger, betrafen, erkannte das Bundesgericht aufgrund der verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz in konsequenter Anwendung seiner bisherigen Praxis auf Abweisung der Berufung.

[Rz 11] Die Einschränkung der Klagebefugnis von direkt geschädigten Gläubigern und Aktionären im Konkurs bezweckt die Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern und Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen¹¹. Sie gilt, wie gesehen, nur im Konkurs und (seit dem Jahr 2002¹²) nur bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft. Ausserhalb des Konkurses ist die Klagemöglichkeit keiner Beschränkung unterworfen¹³. Das Bundesgericht nimmt damit die Gefahr eines Wettlaufs um das Haftungssubstrat ausserhalb des Konkurses theoretisch in Kauf.

[Rz 12] Daraus ergibt sich die Frage, ob es sachgerecht ist, an der Beschränkung der Klagebefugnis im Konkurs gemäss «Biber»-Rechtsprechung festzuhalten, wenn *im konkreten Einzelfall* kein Wettlauf um das Haftungssubstrat besteht. Und: Kann in der Verhinderung eines (virtuellen) Wettlaufs um Haftungssubstrat überhaupt eine hinreichende Begründung liegen, um einem Geschädigten den Rechtsschutz zu verweigern?

[Rz 13] Im vorliegend besprochenen Fall bestand (soweit ersichtlich) kein Wettlauf um das Haftungssubstrat. Denn (allein) die Klägerin hatte sich allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegen die Organe von der Konkursverwaltung abtreten lassen, was voraussetzt, dass die Konkursverwaltung bzw. die Gläubigersamtheit auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet¹⁴. Als Abtretungsgläubigerin stand die Klägerin X. somit mit niemandem (ausser mit sich selbst) im Wettlauf. Dass sie ihren Direktschaden ausser Konkurs hätte einklagen können, im Konkurs aber nicht, hinterlässt einen schalen Nachgeschmack.

[Rz 14] Der Entscheid zeigt aber auch, dass zwischen dem Gesellschaftsschaden und dem Gläubigerschaden klar zu unterscheiden ist. Die Geltendmachung dieser *unterschiedlichen Ansprüche* bedarf der *gesonderten Substanziierung* sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen; der Gesellschaftsschaden ist anhand der Differenz zwischen dem Vermögensstand der *Gesellschaft* bei pflichtgemäsem Handeln und demjenigen bei pflichtwidrigem Handeln zu berechnen und kann nicht einfach mit der eigenen kollozierten Forderung eines Gläubigers oder der Gesamtheit aller kollozierter Gläubigerforderungen begründet werden¹⁵. Die Schadensberechnung bei der Individualklage und bei der Abtretungsklage bezieht sich somit auf *unterschiedliche Vermögensmassen*.

[Rz 15] Allerdings ist – soweit aus den Erwägungen des Entscheids ersichtlich – auch durchaus offen, ob die beklagten Organe aufgrund der ihnen angelasteten Pflichtverletzungen für den als Folge des N.-Vertrages entstandenen (Direkt-)Schaden der Klägerin X. überhaupt hätten haftbar gemacht werden können¹⁶.

[Rz 16] Einem direkt geschädigten Gläubiger wird es praktisch verunmöglicht, im Konkurs der Aktiengesellschaft seinen Direktschaden gestützt auf eine Verletzung aktienrechtlicher Organpflichten, die nicht ausschliesslich Gläubigerschutzcharakter haben, klageweise durchzusetzen. Wenn durch eine Verletzung solcher Pflichten, etwa durch Konkursverschleppung und Anwachsen der Nettoüberschuldung, (auch) die Gesellschaft geschädigt ist, fehlt ihm dafür die Klagebefugnis¹⁷. Die «Kanalisation» aller Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs über die Schiene der Konkursverwaltung (und ggf. deren Ermächtigung an den Abtretungsgläubiger zur Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens) erweist sich unter solchen Umständen für den Direktgeschädigten als gangbarer(er), wenn auch sonst noch steiniger, Weg.

II. Besprechung von BGE 132 II 342 ^

1. Sachverhalt¹⁸ ^

[Rz 17] Die X. AG (Klägerin)¹⁹ wurde im Konkurs der D. AG mit einer Forderung aus offenen Kaufpreistraten von CHF 750'000.00 rechtskräftig kolloziert. Im Konkurs der D. AG liess sie sich die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der D. AG von der Konkursverwaltung abtreten und klagte in der Folge gegen die beiden ehemaligen Verwaltungsräte A. und B. und gegen die Revisionsstelle C. auf Ersatz des der Gesellschaft entstandenen Schadens, insbesondere des durch Konkursverschleppung verursachten Fortsetzungsschadens. Ausserdem warf sie den ehemaligen Verwaltungsräten Verletzung von Bilanzierungsvorschriften und Sorgfaltspflichtverletzungen vor. Der Revisionsstelle warf sie Verletzung ihrer Kontroll-, Prüf-, Informations- und Meldepflichten vor. Das Bezirksgericht bejahte die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der ehemaligen Verwaltungsräte A. und B. grundsätzlich. Es gelangte jedoch zum Schluss, dass für den Schaden, welchen sie der Gesellschaft verursacht hätten, aufgrund von Darlehenszahlungen des Beklagten A. an die Gesellschaft während der Konkursverschleppungsphase die «kausale Adäquanz» fehle.

[Rz 18] Demgegenüber trat das Kantonsgericht als Berufungsinstanz auf die Klage gar nicht ein, mit der Begründung, die rechtskräftig kollozierte Forderung der Klägerin sei entweder nicht entstanden oder nicht fällig, weshalb die Klägerin zu Unrecht kolloziert sei und ihr somit ein *Rechtsschutzinteresse* an der Verantwortlichkeitsklage fehle. Ausserdem qualifizierte das Kantonsgericht die Verantwortlichkeitsklage als rechtsmissbräuchlich. In einer Eventualbegründung wies das Gericht die Verantwortlichkeitsklage ab, da die Klägerin wegen Erlöschens der Forderung durch *Verrechnung* mit der kollozierten (Darlehens-)Forderung des Beklagten A. keine Ansprüche mehr geltend machen könne.

[Rz 19] Mit Berufung an das Bundesgericht beantragte die Klägerin die Aufhebung dieses Entscheids und die Anweisung der Vorinstanz, auf die Klage einzutreten und sie materiell zu beurteilen. Das Bundesgericht heisst die Berufung gut.

2. Erwägungen des Bundesgerichts ^

a. Bejahung des Rechtsschutzinteresses eines Abtretungsgläubigers gestützt auf die Kollokation ^

[Rz 20] In Erw. 2 behandelt das Bundesgericht die Frage der Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers sowie dessen Rechtsschutzinteresse. Zunächst hält es fest, dass sich die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG aufgrund einer gesetzlichen Prozessführungsbefugnis oder Prozessstandschaft ergibt. Eingeklagt werden damit nicht Ansprüche, die dem Konkursgläubiger persönlich zustehen, sondern solche der Konkursitin, welche an die Masse fallen. Dem Abtretungsgläubiger steht allerdings bei der Verteilung des Prozesserlöses ein Anspruch auf Vorausbefriedigung zu (Art. 260 Abs. 2 SchKG; Erw. 2.2).

[Rz 21] Gemäss dem Bundesgericht ist es nicht Sache des Richters, sondern der SchKG-Aufsichtsbehörde, die Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen. In einem Verfahren, das der Abtretungsgläubiger anstrengt, hat das Gericht bloss festzustellen, dass sich die Legitimation des Klägers aus einer solchen Verfügung ergibt. Die Parteien in einem solchen Verfahren sind mit Einwänden gegen den rechtskräftigen Kollokationsplan nicht zu hören (Erw. 2.2.1).

[Rz 22] Nun bejahte zwar auch die Vorinstanz die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubigerin gestützt auf Art. 260 SchKG, verneinte aber aufgrund einer Prüfung der materiellen Begründetheit der kollozierten Forderung der Abtretungsgläubigerin deren Bestand. Gestützt auf eine Minderheitsmeinung in der Lehre²⁰ verneinte die Vorinstanz deshalb das Rechtsschutzinteresse der Abtretungsklägerin und trat auf die Klage nicht ein.

[Rz 23] Diese Argumentation wird vom Bundesgericht zurückgewiesen. Gemäss dem Bundesgericht führt die Besonderheit des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses nicht dazu, dass die Gläubigereigenschaft eines im Konkurs der Gemeinschuldnerin rechtskräftig kollozierten Gläubigers im Prozess um die Haftung der Organe überprüft werden kann (Erw. 2.3).

[Rz 24] Das Bundesgericht ruft die konstante, 1991 begründete Praxis in Erinnerung, mit der die Unterscheidung zwischen einem Anspruch aus dem Schaden der Gesellschaft und einem solchen aus dem mittelbaren Schaden des einzelnen Gläubigers zu Gunsten eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit aufgegeben wurde²¹. Soweit die Prüfung der Gläubigerstellung im Rahmen des Verantwortlichkeitsprozesses dennoch befürwortet werde, beruhe diese Ansicht auf einer grundsätzlichen Kritik an der «Raschein»-Doktrin und entbehre daher der Grundlage (Erw. 2.3.2).

[Rz 25] In Erw. 2.4 geht das Bundesgericht auf die Frage des Rechtsschutzinteresses ein und führt dazu aus:

«Die Vorinstanz hat der Klägerin das Rechtsschutzinteresse an der vorliegenden Klage zu Unrecht abgesprochen. Selbst wenn die Klägerin mit ihrer Forderung gegenüber der Konkursitin zu Unrecht kolloziert worden wäre, ist sie aufgrund ihrer formellen Gläubigerstellung im Verantwortlichkeitsprozess nicht nur aktivlegitimiert, sondern sie hat im Falle des Obsiegens Anspruch auf Vorausbefriedigung ihrer rechtskräftig kollozierten Forderung aus dem Prozessgewinn als zusätzlichem Konkursaktivum.»

[Rz 26] Die Klägerin hat somit im Falle der Gutheissung ihrer Begehren einen praktischen Nutzen, da sie als Abtretungsgläubigerin aus dem Prozessergebnis im Rahmen des Konkurses vorweg befriedigt wird und diese Vorausbefriedigung Folge der rechtskräftigen Kollokation ist (Erw. 2.4).

b. Verrechnung des Verantwortlichkeitsanspruchs mit der kollozierten Forderung ^

[Rz 27] Nachdem das Bundesgericht in Erw. 3 einen Rechtsmissbrauch der Klägerin verneint, setzt es sich in Erw. 4 mit der Frage der Verrechnung der Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mit der kollozierten Forderung des beklagten Organs auseinander.

[Rz 28] Diese Frage betrifft einen zentralen Punkt der «Raschein»-Praxis, nämlich den Ausschluss der Einreden, welche das beklagte Organ gegenüber dem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit erheben kann²². In Erw. 4.1 hält das Bundesgericht fest, dass die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch einen Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger, welche mit dem Konkurs eintritt, *grundsätzlich* den Ausschluss der Einreden zur Folge hat, welche sich gegen die Gesellschaft richten, wie die Einrede der Décharge oder der Einwilligung der Gesellschaft.

[Rz 29] Hingegen stellt sich die Frage, ob dieser Ausschluss auch für die Einrede der Verrechnung mit Forderungen gelten soll, mit welchen das haftpflichtige Organ schon vor der Konkurseröffnung gegenüber der Gesellschaft hätte verrechnen können. Dies setzt voraus, dass die Voraussetzungen der Verrechnung im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung gegeben sein müssen und das Erfordernis der Gegenseitigkeit zusätzlich bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden haben muss (Erw. 4.2). Die Gegenseitigkeit der Forderung eines Gläubigers gegenüber der Konkursitin mit einer Forderung, welche schon vor Konkurseröffnung die Gesellschaft als Gläubigerin und den Konkursgläubiger als Schuldner hatte, ist zu bejahen. Das gilt auch für Verantwortlichkeitsansprüche, bei denen der Schuldner das verantwortliche Organ der Gesellschaft und die Gläubigerin die Gesellschaft ist. Der Umstand, dass das Gesetz vor Konkurseröffnung auch die Klage der Aktionäre zulässt, ändert gemäss Bundesgericht nichts an der Gläubigerstellung der Gesellschaft, da die Klagebefugnis der Aktionäre als Prozessstandschaft zu qualifizieren ist (Erw. 4.3).

[Rz 30] In Erw. 4.4 führt das Bundesgericht aus, dass die Gegenseitigkeit der Forderungen mit der Ablösung des eigenen Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit im Konkurs nicht beseitigt wird. Es hält dazu fest:

«Diese Ablösung hat nicht zum Zweck, den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft jemals hatte. Sie dient allein dem Ausschluss derjenigen Einreden, welche den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind. Für Einreden, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben, rechtfertigt sich dagegen der Ausschluss nicht.»

[Rz 31] Das Bundesgericht verweist auf die Ansicht in der Lehre, dass den verantwortlichen Organen – unter

Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung – diejenigen Einreden auch im Konkurs der Gesellschaft gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger erhalten bleiben sollen, die vor der Konkurseröffnung der Gesellschaft entstanden sind²³. Soweit im Urteil 4C.262/2000 Erw. 2c eine andere Auffassung vertreten worden ist, kann – so das Bundesgericht – daran nicht festgehalten werden²⁴.

[Rz 32] In Erw. 4.5 wird die Eventualbegründung der Vorinstanz indessen mit der Begründung zurückgewiesen, dass der kollozierten Forderung des beklagten Organs der gesamte, durch die schuldhaften und pflichtwidrigen Handlungen des Organs der Gesellschaft verursachte Schaden gegenübersteht und nicht bloss der in der Teilklage der Abtretungsgläubigerin geltend gemachte Betrag. Da die Vorinstanz die Voraussetzung der aktienrechtlichen Haftung der Beklagten nicht beurteilt und insbesondere keine Feststellungen zum Schaden getroffen hat, weist das Bundesgericht die Sache zur Ergänzung an die Vorinstanz zurück (Erw. 4.5 und 4.6).

3. Kommentar ^

a. Aktivlegitimation und Rechtsschutzinteresse des Abtretungsgläubigers ^

[Rz 33] Dass mit der Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers zur Geltendmachung des Anspruchs der Gläubigersamtheit gestützt auf die Ermächtigung der Konkursverwaltung gemäss Art. 260 SchKG auch ein Rechtsschutzinteresse des Abtretungsgläubigers an der Klage zu bejahen ist, ist zweifellos richtig. Denn mit der Abtretungsverfügung geht auch das Recht des Abtretungsgläubigers einher, sich vorab aus dem Prozesserslös befriedigen zu können²⁵. Dieses Recht bildet das Korrelat dafür, dass er den Anspruch zwar in Prozessstandschaft für die Masse, aber auf eigene Kosten und eigenes Risiko klageweise geltend macht.

[Rz 34] Es ist folgerichtig, dass sowohl die Klagebefugnis, als auch die Verteilung des Prozesserslöses durch die rechtskräftige Kollokation abschliessend und definitiv festgelegt sind²⁶. Wer ein Recht auf Vorausbefriedigung hat, dem bringt die Klage auch einen konkreten Nutzen. Die materielle Begründetheit der Forderung des Abtretungsgläubigers darf im Verantwortlichkeitsprozess vom Gericht nicht überprüft werden, soweit sich dies auf die Aktivlegitimation, das Rechtsschutzinteresse und die Verteilung des Prozessergebnisses bezieht. Daran ändert nichts, dass die rechtskräftige Kollokation keine präjudizielle Wirkung für den materiellen Bestand der Forderung hat²⁷, denn die Vorausbefriedigung des Abtretungsgläubigers ist Folge der rechtskräftigen Kollokation.

b. Einredebeschränkung gemäss «Raschein»-Doktrin differenziert ^

[Rz 35] Kern- (und Hauptkritik-)Punkt der «Raschein»-Praxis war der Einredeausschluss. Die Praxis dazu lautete bisher: «Gegenüber dem Anspruch der Gläubigersamtheit sind die Einreden, welche bis zur Konkurseröffnung dem Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft entgegengehalten werden konnten, ausgeschlossen»²⁸.

[Rz 36] Obschon anfänglich heftig kritisiert²⁹, hat die «Raschein»-Doktrin in den letzten Jahren in der Lehre zunehmende Akzeptanz gefunden und gilt heute als etabliert³⁰. Mit der Zulassung der Verrechnung der kollozierten Forderung des beklagten Organs mit der Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit differenziert das Bundesgericht nun diese Praxis im Bereich der Einredeordnung. Dieser neueste Entscheid wirft auf den ersten Blick eine Reihe von Fragen auf, die nachfolgend kurz erörtert werden. Weitere, im Folgenden nicht erörterte Probleme stellen sich z.B. bei Fragen des Verrechnungsverzichts und des Rechtsmissbrauchsverbots, im Zusammenhang mit Form und Zeitpunkt der Kompensation, in Bezug auf die (unterschiedliche) Wirkung der Anerkennung der kollozierten Forderung durch Gemeinschuldner, Konkursverwaltung und Mit-Gläubiger, bei der materiellen Überprüfung der zur Verrechnung gebrachten Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, bei der Wirkung der Verrechnung auf Solidarschuldner, usw.

[Rz 37] Eine erste Problematik betrifft die Frage der Entstehung und des Rechtsträgers des Verantwortlichkeitsanspruchs, mithin die Voraussetzung der Gegenseitigkeit. Die Verrechnung setzt zwei sich gleichartig gegenüberstehende Forderungen voraus, die vor Konkurseröffnung entstanden sind³¹. Normalerweise findet die Verrechnung von gegenseitigen Forderungen³² im Rahmen der Kollokation statt. Mit der Verrechnung wird über ein Aktivum der Masse entschieden³³. Verantwortlichkeitsansprüche werden allerdings selten schon im Kollokationsverfahren verrechnet, sondern bilden in der Regel Streitpunkt von jahrelangen gerichtlichen Verfahren.

Die Haftungsansprüche aus Verantwortlichkeit beruhen auf Pflichtverletzungen des haftbaren Organs während des «Lebens» der Gesellschaft, d.h. auf Tatsachen, die vor der Konkursöffnung eingetreten sind. Auch wenn der daraus entstandene Schaden erst nach der Konkursöffnung ermittelt werden kann und nicht selten bis zum Tag der Konkursöffnung wächst³⁴, ist der Verantwortlichkeitsanspruch im Keim vor der Konkursöffnung entstanden³⁵. Dass die Gegenseitigkeit nach der Konkursöffnung (noch) besteht, erscheint fraglich, da mit der Konkursöffnung der Kreis der Anspruchsberechtigten ändert³⁶.

[Rz 38] Die Verrechnung mit einer eigenen kollozierten Forderung des verantwortlichen Organs stellt eine *Form der Tilgung* der Schuld gegenüber der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dar. Daher ergibt sich – dies ein zweites Problemfeld – als Folge der neuen Rechtsprechung die Frage der Überprüfung der materiellen Begründetheit der zur Verrechnung gestellten Gegenforderung. Die Tilgung durch Verrechnung bildet, gleich wie der Verantwortlichkeitsanspruch selbst, eine *materielle Rechtsfrage*, die vom Verantwortlichkeitsrichter frei zu prüfen ist³⁷. Kommt er zum Ergebnis, dass die Gegenforderung – trotz rechtskräftiger Kollokation – nicht oder nicht in voller Höhe besteht oder mit Rangrücktritt³⁸ versehen ist, ist die Verrechnung unwirksam. Andererseits kann eine Forderung auch Bestand haben und zur Kompensation dienen, die *nicht im Kollokationsplan* aufgeführt ist. Das Bundesgerichtsurteil veranlasst den Verantwortlichkeitskläger (Konkursverwaltung, Abtretungsgläubiger), sich vor Prozesseinleitung ausführlich mit (allfälligen) Gegenforderungen des aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in Anspruch genommenen Organs gegen die Gesellschaft zu befassen; vor bösen Überraschungen ist der Kläger aber selbst dann nicht gefeit.

[Rz 39] Ein *dritter Fragenkomplex* betrifft den Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung. Die Generalexekution bezweckt die Liquidation des Gesellschaftsvermögens unter vollständiger Gleichbehandlung der (gleichrangigen) Gläubiger (*pars conditio creditorum*)³⁹. Der Gläubiger, dem die Möglichkeit der Kompensation offen steht, kann seine Forderung mittels Verrechnung voll befriedigen, während sich diejenigen Gläubiger, die keine verrechenbare Forderung haben, mit der Konkursdividende begnügen müssen. Die Verrechnung greift somit die Konkursmasse in ihrer Substanz an⁴⁰. Es erscheint als stossend, wenn just derjenige Gläubiger, der den Schaden zu verantworten hat, mittels (nachträglicher) Verrechnung voll befriedigt wird. Eine Verrechnung kann angefochten werden, um fraudulöse Substratsverminderung zu verhindern⁴¹. Die Anfechtung bedarf u.a. des (nicht leicht zu erbringenden) Nachweises einer subjektiven Schädigungsabsicht. Das Bundesgericht verweist in Erw. 4.4 zwar auf den in der Literatur erwähnten Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung bei Zulassung der Verrechnungseinrede; es bleibt aber offen, was es damit genau meint.

[Rz 40] *Viertens* fragt sich, ob das Bundesgericht mit dem besprochenen Entscheid die Tür für weitere Einreden im Konkurs öffnen und vom Einredeausschluss gemäss «Raschein»-Praxis ganz abrücken will. Was versteht das Bundesgericht unter den «*Einreden, welche den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind*», bzw. unter den *Einreden, die «unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkursöffnung bestanden haben»*? Nach diesem Entscheid wird das Publikum gespannt weiterverfolgen, ob – und mit welcher Begründung – künftig die Einrede der Décharge und der Einwilligung in die Verletzung bei der Klage der Gläubiger Gesamtheit oder eines Abtretungsgläubigers ausgeschlossen bleiben.

[Rz 41] Es ist denkbar, dass von der «Raschein»-Praxis nur noch der Grundsatz übrig bleibt, wonach der Anspruch der Gesellschaft abgelöst wird durch denjenigen der Gläubiger Gesamtheit, während ein Gläubigeranspruch «aus eigenem Recht» nicht besteht (Ablehnung der alten Lehre von der Doppelnatur des Anspruchs). Dann wäre – abgesehen von der Frage der *Befugnis zur Geltendmachung der Ansprüche*, die aber keine materielle Wirkung hätte – dieser Anspruch mit dem (ausser Konkurs bestehenden) Gesellschaftsanspruch *absolut identisch*. Die Einredebeschränkung fiel ganz weg, und es wären sogar wieder Einreden möglich, die vor «Raschein» ausgeschlossen waren, weil sie nicht (auch) gegenüber dem «aus eigenem Recht» klagenden Gläubiger Bestand hatten.

III. Fazit und Ausblick ^

[Rz 42] Die Hoffnung, dass das Bundesgericht bei der «Raschein»-Praxis bleibt und damit in diesem zentralen Punkt des Schweizer Verantwortlichkeitsrechts die jetzt erreichte Konstanz der Praxis gewährleistet⁴², war berechtigt und ist es immer noch. Die neue Differenzierung des Einredeausschlusses im Konkurs – Zulassung der

Verrechnungseinrede, Ausschluss anderer, «nicht gerechtfertigter» Einreden – mag als notwendige Korrektur oder aber als Gefährdung dieser Konstanz gewertet werden. Systemwidrig ist die unterschiedliche Bewertung der Einredemöglichkeiten allemal. Die Bundesgerichtsentscheide in diesem Gebiet beruhen eben nicht auf einem dogmatisch in sich vollkommen stimmigen (legislatorischen) Gesamtsystem. Sicher ist einzig, dass verlässliche Prognosen bei der anwaltlichen Beratung mit dem neusten Entscheid noch schwieriger geworden sind. Dreht sich das Karrussell im Reigen der Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht immer schneller, gefährdet dies aber die Rechtssicherheit. Ob das längerfristig den Ruf nach einer Gesetzesänderung fördert, wird sich weisen.

Dr. Daniel Glasl ist Rechtsanwalt und Partner bei Bratschi Emch Rechtsanwälte, Zürich und Bern.

- ¹ Wiedergabe auszugsweise; vgl. Urteil 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005.
- ² Vgl. 4C.48/2005, Sachverhalt lit. B.b.
- ³ Vgl. 4C.48/2005, Sachverhalt lit. B.a.
- ⁴ Vgl. 4C.48/2005, Sachverhalt lit. B.b.
- ⁵ BGE 131 III 306, 311; Erw. 3.1.2 ist auszugsweise wiedergegeben bei Daniel Glasl, Praxisänderung zu Schaden und Aktivlegitimation in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Jusletter 27. Juni 2005, Rz. 7 f.
- ⁶ Vgl. zum «Biber»-Entscheid die eingehenden Bemerkungen von Sarah Dobler/Hans Caspar von der Crone, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 4/2005, S. 211 ff.; Rolf H. Weber, Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: Jusletter 24. Oktober 2005; Daniel Glasl (Fn 5) und ders., Fall «Biber» – unmittelbarer Aktionärsschaden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ST 9/05 S. 692 ff.
- ⁷ Urteil 4C.48/2005, Erw. 2.1; BGE 131 III 306, 311, Erw. 3.1.2 («Biber»); BGE 128 III 180, Erw. 2c; BGE 127 III 347 Erw. 3b; BGE 125 III 86 Erw. 3a; Urteil 4C.344/1998 vom 24.11.2000; BGE 122 II 176 («X-Corporation»).
- ⁸ Der Aktionär erlitt einen Reflexschaden, da der Kursrückgang der Biber-Aktien auf eine Wertverminderung der Gesellschaft zurückzuführen war. Der bloss mittelbar geschädigte Gläubiger oder Aktionär kann keine eigenen Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen. Der Gesellschaftsschaden aber wurde durch die Konkursverwaltung geltend gemacht und in einem Gesamtvergleich mit den Organen realisiert. Damit blieb im Fall «Biber» auch kein Raum für eine Klage des Aktionärs auf Ersatz des Gesellschaftsschadens.
- ⁹ Dies bestätigte die Klägerin durch ihre vor Bundesgericht vorgebrachte Rüge, die Vorinstanz habe verkannt, dass ausschliesslich sie selbst als Gläubigerin und nicht die Gesellschaft geschädigt sei (Erw. 2). Eine vertiefte Analyse, ob tatsächlich Direktschaden vorliegt, wäre allerdings womöglich aufschlussreich.
- ¹⁰ Vgl. Erw. 2.2; ob ein solches Vorbringen allein schon ausreichen würde, um einen Gesellschaftsschaden dem Grundsatz nach anzunehmen, erscheint allerdings äusserst fraglich. Wesentlicher dürften die Verpflichtungen der D. AG aus dem N.-Vertrag gewesen sein, die ohne die Pflichtverletzungen nicht (mehr) entstanden wären, und somit (für sich allein betrachtet) einen Passivposten im Gesellschaftsvermögen bildeten. Ob die Gesellschaft tatsächlich geschädigt wurde, muss anhand der Differenztheorie unter Berücksichtigung aller Aktiven und Passiven ermittelt werden; vgl. BGE 128 III 180, 184.
- ¹¹ Urteil 4C.48/2005, Erw. 2.1; BGE 131 III 306, 311, Erw. 3.1.2 («Biber») m.w.H. Vgl. für viele dazu Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N 302 ff.
- ¹² Urteil 4C.200/2002 vom 13. November 2002, nicht publ. Erw. 3 von BGE 129 III 129 ff.
- ¹³ Urteil 4C.48/2005, Erw. 2.1; BGE 131 III 306, 311, Erw. 3.1.2 («Biber»). Allerdings fallen Gläubiger ausserhalb des Konkurses als *Geschädigte* nur in speziellen Fällen in Betracht, da bei Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ihre Forderungen ja durch Aktiven gedeckt sind; vgl. Böckli, § 18 N 267 ff.; Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, N 198 f.
- ¹⁴ Art. 260 Abs. 1 SchKG.

- ¹⁵ BGE 132 III 342, 348 (Erw. 2.3.3); BGE 122 III 195; Urteil 4C.117/1999 vom 16.11.1999; zur Problematik des Begriffs des «mittelbaren» [Gläubiger- oder Aktionärs-]Schadens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. Daniel Glasl, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 4/2005, S. 168 und ders., Praxisänderung zu Schaden und Aktivlegitimation in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Jusletter 27. Juni 2005, Rz. 18 ff. Kritisch Rolf H. Weber, Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: Jusletter 24. Oktober 2005, Rz. 13. Wer am Begriff des «mittelbaren Schadens» in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit festhalten will, muss sich bewusst sein, dass es sich dabei um *nicht ersatzfähigen Schaden* handelt.
- ¹⁶ Dem Bundesgerichtsurteil kann zu den übrigen Haftungsvoraussetzungen nichts entnommen werden. Im Licht der Erwägungen im Urteil 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 (Verneinung des natürlichen Kausalzusammenhangs) dürfte v.a. der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung aktienrechtlicher Organpflichten und dem Schaden aus dem N.-Vertrag fraglich gewesen sein.
- ¹⁷ Dies ist besonders dann problematisch, wenn sich die (blosse) Konkursöffnung nicht nur auf die Durchsetzbarkeit, sondern auf den materiellen Bestand des Schadenersatzanspruchs des Direktgeschädigten schlechthin auswirken sollte (vgl. Rolf H. Weber, Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: Jusletter 24. Oktober 2005, Rz. 15; Sarah Dobler/Hans Caspar von der Crone, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 4/2005, S. 216 f.; dagegen Böckli, § 18 N 320). Ob die Verneinung der *Klagebefugnis* des direkt Geschädigten im Konkurs tatsächlich den *Untergang* des materiellen Anspruchs bewirkt, ist fraglich und geht aus der Praxis des Bundesgerichts nicht eindeutig hervor. Soweit ersichtlich fehlt ein Präjudiz, z.B. bei Beurteilung des Verantwortlichkeitsanspruchs im Rahmen einer Verrechnungseinrede in einem Prozess zwischen Organ und Direktgeschädigtem. M.E. kann der Anspruch, analog eines verjährten Ersatzanspruchs, mit Forderungen des ersatzpflichtigen Organs verrechnet werden.
- ¹⁸ Urteil 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006.
- ¹⁹ Die Klägerin X. wird im vorliegenden Fall von Anwälten aus der Kanzlei des Autors vertreten.
- ²⁰ vgl. Erw. 2.2.3; Hütte, Zum Rechtsschutzinteresse des zu Unrecht kollozierten Gläubigers, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht [IWIR] 3/2000 S. 41 ff.; vgl. zur materiellen Überprüfung der kollozierten Forderung im Verantwortlichkeitsprozess auch: Glasl, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 157 ff.
- ²¹ BGE 117 II 432 ff. (sog. «Raschein»-Praxis); vgl. auch folgende Fn.
- ²² Die mit der «Raschein»-Doktrin begründete Praxis geht davon aus, dass der Anspruch der Gesellschaft aus Verantwortlichkeitshaftung gegenüber den Organen mit der Konkursöffnung durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst wird und dass der Gesellschaftsschaden im Konkurs primär von der Konkursverwaltung, sekundär bei deren Verzicht von kollozierten Gesellschaftsgläubigern eingeklagt werden kann. Ein Abtretungsgläubiger klagt somit ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergesamtheit und kann Ersatz des gesamten Schadens fordern, welchen die verantwortlichen Organe der Gesellschaft (und mittelbar auch den Gläubigern) zugefügt haben, wobei dem Abtretungsgläubiger weder Einreden gegen ihn persönlich, noch solche gegen die Gesellschaft entgegengehalten werden können; vgl. BGE 117 II 432 ff., u.a. bestätigt in BGE 122 III 166, S. 169 und Urteil 4C.262/2000 vom 15.12.2000, Erw. 2c (letzterer Fall ausdrücklich für die Verrechnungseinrede).
- ²³ Böckli, § 18 Rz. 277; BSK OR II-Widmer/Banz, N 28 und N 30 zu Art. 757 OR; Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 184 ff.
- ²⁴ Im Entscheid 4C.262/2000 Erw. 2c hat das Bundesgericht die Frage der Gegenseitigkeit der kollozierten Forderung des verantwortlichen Organs mit dem von einem Abtretungsgläubiger geltend gemachten Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geprüft und (noch) ausdrücklich verneint. Es führte dazu wörtlich aus: «Zum Anderen liegt auch nichts Stossendes darin, dass der Verantwortliche verrechnen kann, wenn die Gesellschaft selbst den von ihr – unmittelbar – erlittenen Schaden einklagt, nicht dagegen, wenn der Abtretungsgläubiger den ihm bzw. der Gesamtheit der Gläubiger mittelbar erwachsenen Schaden einklagt. Diese differenzierte Wertung der sich jeweils gegenüberstehenden Interessen ist der gesetzlichen Regelung immanent.»
- ²⁵ Art. 260 Abs. 2 SchKG; vgl. auch Art. 757 Abs. 2 OR.
- ²⁶ Vgl. Daniel Glasl, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 4/2005, S. 160 ff. und 167 ff.
- ²⁷ BGE 122 III 202; Pra 1996 Nr. 208, S. 809; BGE 111 II 81.

²⁸ BGE 122 III 166, S. 169.

²⁹ Vgl. für viele Böckli, § 18 N 290 ff., insbes. bei Fn 491; zur Einredeordnung vgl. u.a. Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 313 ff.; Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, S. passim; Peter R. Isler, Die Einreden des Verwaltungsrates bei Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der AG, in Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 439, 452 m.w.H.

³⁰ BSK OR II-Widmer/Banz, N 16 zur Art. 757 OR; Böckli, § 18 N 298 mit zahlreichen Hinweisen; Bernard Corboz, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire, Basel 2005, Art. 757 CO, N 18; Forstmoser/Sprecher/Töndury, N 202.

³¹ Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; vgl. SchKG II – Stäubli/Dubacher, N 6 zu Art. 213.

³² Wie etwa eine Forderung aus dem vor Konkurseröffnung getätigten Verkauf von Aktiven, vgl. BGE 103 III 46.

³³ Das setzt m.a.W. voraus, dass die Verrechnung auch ausser Konkurs möglich und zulässig (gewesen) wäre. Anders zu beurteilen sind etwa paulianische Anfechtungsansprüche; diese entstehen originär in der Konkursmasse, und sind daher nicht mit der vollen Konkursforderung, sondern wie Massaforderungen (nur) mit Massschulden, insbesondere dem Dividendenanspruch, zu verrechnen; vgl. Urteil 7B.18/2006 vom 24. April 2006; BGE 83 III 71.

³⁴ Was aufgrund der Differenztheorie z.B. beim Fortsetzungsschaden bei Konkursverschleppung der Fall sein kann; vgl. z.B. Urteil 4C.263/2004 vom 23.5.2005, Erw. 3.

³⁵ Dass damit gleichzeitig die Verrechnungsmöglichkeit zu bejahen ist, kann aber durchaus kritisch hinterfragt werden, insbesondere bei der Forderung auf Ersatz des Fortsetzungsschadens im Fall verspäteter Konkurseröffnung.

³⁶ Art. 757 OR. Der Anspruch der Gesellschaft wird mit der Konkurseröffnung abgelöst durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit. Dieser kann die Einrede der Décharge oder die Einrede der Einwilligung des Verletzten («volenti non fit injuria») – die ausser Konkurs zu schützen wären – im Konkurs nicht entgegengehalten werden; vgl. Böckli § 18, N 452, 455; Corboz, Art. 757 N 21; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 160; Forstmoser/Sprecher/Töndury, N 168, N 182; BSK OR II-Widmer/Banz, N 28 zu Art. 757.

³⁷ Dabei trägt m.E. derjenige die volle Behauptungs- und Beweislast, der aus der Unrichtigkeit der im Kollokationsplan bezeugten Tatsachen Rechte ableitet. Ausführlich zur Frage der materiellen Überprüfung der kollozierten Forderung im Verantwortlichkeitsprozess: Daniel Glasl, SZW 4/2005, S. 157 ff. Der Kollokationsplan hat grundsätzlich bindende Wirkung innerhalb des Konkursverfahrens, wie der erste der hier besprochene Entscheid hinsichtlich der Rechte des Abtretungsgläubigers bestätigt.

³⁸ Der Gläubiger von subordinierten Darlehen hat gegenüber den anderen Gläubigern hintanzustehen; zur Annahme eines konkludenten Rangrücktritts des Aktionärsgläubigers bei Darlehenshingabe nach Eintritt der Überschuldung vgl. Ueli Huber, Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft? SZW 4/2006, S. 282 m.w.H.

³⁹ Amonn/Walther, § 35 N 3.

⁴⁰ SchKG II – Stäubli/Dubacher, N 23 zu Art. 213; Amonn/Walther, § 40, N 39f.

⁴¹ Art. 214 und Art. 285 SchKG. Anfechtbar ist eine Verrechnung bei Vorliegen einer anfechtbaren Rechtshandlung des Gemeinschuldners (paulianische Anfechtungsklage) oder wenn der Schuldner des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit eine Forderung an denselben erworben hat, um sich oder einem anderen durch Verrechnung unter Beeinträchtigung der Masse einen Vorteil zuzuwenden (Art. 214 SchKG). Das Instrument der Anfechtung ist in diesem Zusammenhang noch relativ wenig diskutiert.

⁴² Böckli, § 18 N 298.

Rechtsgebiet: Aktienrecht

Erschienen in: Jusletter 23. Oktober 2006

Zitiervorschlag: Daniel Glasl, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Bestätigung des «Biber»-Entscheids; Rechtsschutzinteresse des Abtretungsgläubigers; Zulassung der Verrechnungseinrede gegen den Verantwortlichkeitsanspruch, in: Jusletter 23. Oktober 2006

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=5094>