

# Art. 757 OR      II. Ansprüche im Konkurs

Druckversion<sup>1</sup>Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

<sup>2</sup>Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.

<sup>3</sup>Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889.

<sup>4</sup>In die Berechnung des Schadens der Gesellschaft sind Forderungen von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, nicht einzubeziehen.**Inhaltsübersicht**

- [Anwendungsbereich](#)
  - [In Bezug auf Insolvenzverfahren](#)
  - [In Bezug auf Gesellschaftsformen](#)
- [Regelungsinhalt](#)
- [Keine relevanten Änderungen per 1. Januar 2023](#)
  - [Abs. 1](#)
    - [Schaden](#)
      - [Direkter Schaden im Vermögen der Gläubiger/kein Schaden der insolventen Gesellschaft \(Konstellation 1\)](#)
      - [Direkter Schaden der Gesellschaft/Reflexschaden der Gläubiger bzw. Aktionäre \(Konstellation 2\)](#)
      - [Gleichzeitiger direkter Schaden der Gesellschaft und der Gläubiger \(Konstellation 3\)](#)
    - [Einreden und Einwendungen](#)
      - [In Bezug auf Ansprüche der Gläubigergesamtheit](#)
      - [In Bezug auf direkten Gläubigerschaden](#)
  - [Abs. 2](#)
    - [Vorgehen der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf den mittelbaren Schaden](#)
    - [Verwendung des Ergebnisses](#)
    - [Prozessuales](#)
  - [Abs. 3](#)
    - [Verhältnis zu Art. 260 SchKG](#)
    - [Identische Konzepte](#)
    - [Notwendigkeit einer Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG?](#)
  - [Abs. 4](#)
    - [Inkrafttreten](#)

- [Relevante Konstellation](#)

## Anwendungsbereich

### In Bezug auf Insolvenzverfahren

*Konkurs*: Art. 757 Abs. 1 und 2 OR vgl. dazu unten im Text

*Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*: Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Gleiches gilt beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* (Art. 325 SchKG). [BGE 142 III 23 E. 3.1., E. 4.1.](#) (mit Verweis auf BGE 122 III 166 E. 3b/aa) [HGer ZH HG130073 E. 3](#) Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung bzw. dem Liquidator zu die Ansprüche der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). [BGE 142 III 23 E. 3.1. vgl. dazu näher unten](#)

*Ordentlicher Nachlassvertrag*: Beim ordentlichen Nachlassvertrag ([Art. 314 ff. SchKG](#)) kommt Art. 757 OR nicht zur Anwendung. [BGer H 128/01 E. 5.1.](#)

**Kommentar 1**: Art. 757 OR kommt ebenfalls nicht zur Anwendung beim *Konkursaufschub* ([Art. 725a aOR](#); der Konkursaufschub wurde per 1. Januar 2023 abgeschafft) und *während der Nachlassstundung* ([Art. 293 ff. SchKG](#)).

### In Bezug auf Gesellschaftsformen

Die Regelung von Art. 757 OR gilt für die Aktiengesellschaft und qua Gesetzesverweis auch für die GmbH ([Art. 827 OR](#)) sowie die Genossenschaft ([Art. 917 Abs. 2 OR](#)).

### Regelungsinhalt

*Besondere Legitimationsvorschrift für den Insolvenzfall*: Art. 757 OR enthält (lediglich) eine besondere Legitimationsvorschrift für den Konkursfall. [OGer ZH PS140053 E. III.4. \(BlSchK 2015 107 ff.\)](#) **Verweis**: zur entsprechenden Anwendung *beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* [vgl. oben](#)

**Kommentar 2**: Soweit dies die Aktionäre betrifft, ist die Norm notwendig und sinnvoll. Soweit für den Insolvenzfall die Gläubiger betroffen sind und es um den mittelbaren Schaden geht, ist die *Norm einerseits ungenau*. Entgegen dem Gesetzeswortlaut (Art. 757 Abs. 2 OR) wird der Beschluss, auf die Geltendmachung des Anspruches namens der Masse zu verzichten, nicht von der Konkursverwaltung, sondern von der Gläubigergesamtheit gefasst ([vgl. dazu unten](#)).

Andererseits ist die Norm in Bezug auf die Gläubiger *weitgehend unnötig bzw. obsolet*, da diesbezüglich (unvollständig) geregelten Aspekte bereits vom SchKG beantwortet werden. Der Gemeinschuldner kann mit Verfahrenseröffnung nicht mehr über seine Aktiven (einschliesslich Ansprüche) verfügen (Art. 204 SchKG), für die Masse handelt die Konkursverwaltung (Art. 240 SchKG) und Gläubiger können Ansprüche der Masse erst geltend machen, wenn die Masse dies nicht tun will (Art. 260 SchKG). Diese *Doppelspurigkeit*, namentlich in Bezug

auf Art. 260 SchKG, ist ein Hauptgrund dafür, dass einige Fragen ungelöst sind und diese in der Rechtsprechung soweit als möglich umschifft bzw. offengelassen gelassen werden ([vgl. dazu unten](#)).

## **Keine relevanten Änderungen per 1. Januar 2023**

Das Aktienrecht wurde per 1. Januar 2023 grundlegend geändert. Art. 757 OR hat einen neuen *Abs. 4* erhalten, wonach in die Berechnung des Schadens der Gesellschaft Forderungen von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, nicht einzubeziehen sind. [vgl. unten](#). Die übrigen Absätze haben keine Änderungen erfahren. Für die nachfolgend behandelten Fragen hat die Revision des Aktienrechts damit *keine Auswirkungen*.

### **Abs. 1**

#### **Schaden**

Hinsichtlich der Art des Schadens und der Möglichkeit der Gläubiger, diesen in der Insolvenz geltend zu machen, sind *drei Konstellationen auseinanderzuhalten*. [BGE 142 III 23 E. 4.](#) [BGE 141 III 112 E. 5.2.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.1.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2](#) [BGer 4A\\_407/2018 E. 2.](#) [BGer 4A\\_26/2015 E. 5.2.](#) [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a](#) [KGer VD Jug/2014/233 E. IV.b](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.2.1.](#) [KGer NE ARMC.2014.64 E. 3](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.1.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.](#)

#### **Direkter Schaden im Vermögen der Gläubiger/kein Schaden der insolventen Gesellschaft (Konstellation 1)**

*Schaden*: Es geht in erster Linie um Zahlungen der schuldnerischen Gesellschaft an einzelne Gläubiger [BGE 142 III 23 E. 2.](#) oder wenn in Verletzung von gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften erstellte Bilanzen bei Kreditgebern zur Kreditvergabe verwendet werden. [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.5.](#) [AppGer TI 12.2017.25 E. 8](#) [AppGer TI 12.2016.152 E. 8](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.4.2.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/aa](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.1.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/i](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.a](#) [GVP SG 2000 Nr. 40 S. 115](#)

*Keine Aktivlegitimation der Insolvenzmasse*: Bei diesen Konstellationen rechtfertigt es sich nicht, auch der Konkurs- bzw. Nachlassmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen. Die Klage der Gesellschaft bzw. der Insolvenzmasse (*actio sociale*) setzt voraus, dass im Vermögen der Gesellschaft bzw. deren Masse ein Schaden im Sinne der Differenztheorie eingetreten ist. Denn nur ein solcher Gesellschaftsschaden ist Gegenstand der Klage der Insolvenzmasse [BGE 132 III 564 E. 3.2.2., E. 3.2.3.](#) [BGE 132 III 342 E. 2.3.3.](#) bzw. der aktienrechtlichen Sonderregelung von Art. 756 bis 758 OR. Die *Insolvenzmasse ist nicht legitimiert*, den Schaden bestehend aus einer

bloßen Verminderung des Verwertungssubstrats mit Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen. [BGE 142 III 23 E. 4.3.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/aa](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.1.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/i](#) Der Aktionär bzw. der Gläubiger allein ist klagelegitimiert innerhalb und ausserhalb des Konkurses. [BGE 132 III 564 E. 3.2.1](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2](#)

*Aufgabe der Raichle-Praxis:* Ist ausschliesslich ein Schaden im Vermögen von Insolvenzgläubigern eingetreten, wird dieser von der gesetzlichen Regelung, die der Insolvenzmasse eine Befugnis zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen einräumt, nicht erfasst. [BGE 142 III 23 E. 4.3.](#) Eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats kann Gegenstand einer gegen den Zahlungsempfänger gerichteten *paulianischen Anfechtungsklage* sein. [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) (mit Verweis auf BGE 101 III 92 E. 4a) Damit wurde die sog. Raichle-Praxis ([BGer 5C.29/2000](#)) aufgegeben.

*Keine Aktivlegitimation von Abtretungsgläubigern:* Ein *Abtretungsgläubiger* kann nicht mehr oder anderes verlangen, als es die Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse könnte. Aufgrund dessen kann er gleich wie die Konkursverwaltung nicht den *Schaden einklagen*, der ausschliesslich im Vermögen einzelner Konkursgläubiger eingetreten ist. [BGer 4A\\_623/2017 E. 3.4.](#) [KGer NE ARMC.2014.64 E. 3, E. 4](#)

*Aktivlegitimation einzelner Gesellschaftsgläubiger:* Ist ausschliesslich ein Schaden im Vermögen einzelner Konkursgläubiger eingetreten, so können diese den jeweils sie betreffenden Schaden *ausschliesslich* und *ohne Einschränkungen* geltend machen. Es steht ihnen ein *Individualanspruch* zu. [BGE 142 III 23 E. 4.2., E. 4.3.](#) [BGE 141 III 112 E. 5.2.1.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.1.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.2.](#) [BGer 4A\\_407/2018 E. 2.](#) [BGer 4A\\_623/2017 E. 4.2., E. 4.3.3.](#) [BGer 4A\\_26/2015 E. 5.2.](#) [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.1.](#) [BGer 4C.48/2005 E. 2.1.](#) [BGer 4C.200/2002 E. 3](#) (nicht publiziert in [BGE 129 III 129 ff.](#)) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer VD Jug/2014/233 E. IV.c](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.1.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/i](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.1.](#) [KGer GR ZK2 11 32 E. 8c/bb](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.a](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.a/b](#) vgl. auch [BGer 4C.316/2003 E. 6.1.](#)

*Grundlage des Anspruchs:* Rechtsgrundlage bilden die allgemeinen *Regeln des Haftpflichtrechts* [BGE 141 III 112 E. 5.2.1.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.1.](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.3.](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.1.](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b](#) namentlich *Art. 41 OR* [BGE 141 III 112 E. 5.2.1.](#) [KGer TI 12.2023.29 E. 5](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.3.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.1.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/i](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.a](#) *culpa in contrahendo* oder die *Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Norm*, welche auch (aber nicht notwendigerweise ausschliesslich) die Interessen der Gläubiger schützt. [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.5.](#) [AppGer TI 12.2016.152 E. 8](#) [AppGer TI 12.2017.25 E. 8](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/i](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.a](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#)

**Direkter Schaden der Gesellschaft/Reflexschaden der Gläubiger bzw. Aktionäre (Konstellation 2)**

*Schaden*: In dieser Konstellation erleidet die *Gesellschaft* einen *Schaden*. Sofern die Gesellschaft insolvent wird (und erst dann), werden die Gläubiger dergestalt geschädigt, als sie von der Gesellschaft für ihre jeweiligen Forderung keine vollständige Deckung mehr erhalten. Die Gläubiger sind nur *indirekt* (mittelbar) bzw. *reflexartig* geschädigt. [BGE 141 III 112 E. 5.2.2.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.1.2.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.1.](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2](#) [BGer 4A\\_407/2018 E. 2.](#) [BGer 4A\\_355/2018 E. 6.1.](#) [BGE 4A\\_597/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.2.](#) [BGer 4C.188/2003 E. 3.1.](#) Diese Konstellation fällt unter Art. 757 OR. [BGE 141 III 112 E. 5.2.2.](#) [BGer 4C.130/2001 E. 2b](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.2.](#) [AppGer TI 12.2016.152 E. 8](#) [AppGer TI 12.2017.25 E. 6, E. 8](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/bb](#) [KGer VD Jug/2014/233 E. IV.c](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/ii](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.1.2.](#) [HGer SG HG.2011.18 E. II.1.b.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.b](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.a](#)

*Häufigkeit*: Dies ist ein (sehr) häufiger Fall. [BGE 132 III 564 E. 3.1.2.](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.2.](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.1.2.](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/aa](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#)

**Kommentar 3**: Dagegen gibt es in der Praxis kaum je Fälle, da Aktionäre im Insolvenzfall *mittelbaren Schaden geltend machen*. Soweit ersichtlich, befassten sich auf dieser Webseite aufgeführten Entscheide gerade zwei mit Klagen von Aktionären. [BGer 4C.298/2000 E. 3, E. 5](#) [AB GE DCS0/441/2011 E. 2.2., E. 3.](#) Grund dafür ist, dass bei der Verteilung die Gläubiger vor den Aktionären berücksichtigt werden, so dass es sich für Aktionäre ökonomisch kaum je lohnt, neben Gläubigern vorzugehen.

*Einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit (sog. Raschein-Praxis)*: Art. 757 OR begründet einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit. [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.3.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#) [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.2., E. 2.3.](#) [KGer TI 15.2021.123 E. 3.4.3.](#) [EGV-SZ 2005 A 2.5 E. 3.e](#) Mit Konkurseröffnung werden die Ansprüche der Gesellschaft durch jene der Gläubigergesamtheit abgelöst (sog. Raschein-Praxis – sie geht zurück auf [BGE 117 III 432 E. 1.b](#)). [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) [BGE 136 III 322 E. 4.5.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.3.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#) [BGer 4A\\_630/2012 E. 3.2.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2](#) [BGer 4A\\_478/2008 E. 4.3.2.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.2.](#) [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#) [KGer VD PT19.028673-211325 137 E. 5.1.2.4.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. V.a](#) [KGer NE ARMC.2014.64 E. 3](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.2.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.d](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/bb](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#)

**Kommentar 4**: Gleiches gilt bei *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* im Zeitpunkt der Rechtskraft dessen richterlicher Genehmigung (Art. 310, Art. 319 SchKG).

**Kommentar 5**: Das Mantra der sog. Raschein-Praxis, dass die Ansprüche der Gesellschaft mit Insolvenzeröffnung durch solche der Gläubigergesamtheit abgelöst werden, ist ein *juristisches Konstrukt*. Es dient primär dazu, durch eine Art „Parteiwechsel“ dem belangten Organ gewisse *Einreden und Einwendungen gegenüber der Masse abzuschneiden*. Dies ist geradezu der *Hauptzweck* der Raschein-Praxis vgl. grundlegend: [BGE 117 III 432 E. 1.b/gg](#) und seither: [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.5.](#) [BGE 132 III 342 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_15/2013 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_478/2008 E. 4.3.2.](#) [BGer 4A\\_503/2007](#)

[E. 2.5., E. 6. BGer 4A\\_501/2007](#) [E. 2.5., E. 6. BGer 4C.182/2006](#) [E. 4 BGE 4C.366/2000](#) [E. 6.b/bb](#) **Verweis:** zum partiellen Ausschluss gewisser Einreden und Einwendungen [vgl. unten](#) Insofern weist das Konzept gewisse *Gemeinsamkeiten mit der paulianischen Anfechtung* auf, indem vorbestehende zivilrechtliche Handlungen oder Abreden im Insolvenzfall nicht (mehr) zulasten der Gesellschaft wirksam sind.

Dieses juristische Konstrukt ist *nur der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit eigen*. Es ist bei keinen sonstigen, vor der Insolvenz bestehenden Ansprüchen anzutreffen. Grund dafür dürfte sein, dass bei der Verantwortlichkeit von Leitungsorganen ein inhärenter Interessenkonflikt bzw. eine *Konstellation* besteht, *welche einem Insichgeschäft sehr nahe kommt*. Es soll verhindert werden, dass Leitungsorgane zulasten der Gesellschaft und zu eigenen Gunsten agieren, indem Ansprüche nicht durchgesetzt werden, keine verjährungsunterbrechenden Handlungen vorgenommen oder eine Entlastung bewirkt bzw. der Generalversammlung beantragt werden. Die Organe sollen Ansprüche der späteren Insolvenzmasse nicht „zu Lebzeiten der Gesellschaft“ unterminieren können.

Insofern ist das Konstrukt *für vergleichbare Fälle* durchaus *analogiefähig*. Dies ist m.E. der Fall, wenn sich in Bezug auf *arbeits- oder auftragsrechtliche Beziehungen* zwischen der Gesellschaft und denselben Leitungsorganen vergleichbare Fragen stellen. Dies könnte etwa Forderungsverzichte oder Saldoabreden vor der Insolvenz beschlagen.

Keine Individualklage der Gesellschaftsgläubiger: Eine *Individualklage* der Gesellschaftsgläubiger (oder der Aktionäre) ist *ausgeschlossen*. [BGE 131 III 306 E. 3.1.1.](#) [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.1.](#) [BGer 4A\\_231/2011 E. 2](#) [BGer 4A\\_446/2009 E. 2.3](#) (nicht publiziert in [BGE 136 III 107](#)) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD Jug/2014/233 E. IV.c](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/ii](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.b](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#)

Geltendmachung: Nach Konkurseröffnung kann der mittelbare Schaden durch die *Gläubigergesamtheit* oder durch an deren Stelle *klagende Gläubiger i.S.v. Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 260 SchKG* geltend gemacht werden. [BGer 4A\\_231/2011 E. 2.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2.](#) [BGer 4C.273/2004 E. 3.1.](#) [BGer 4P.213/2004 E. 2.2.](#) [BGer 4C.292/2003 E. 3.3.](#) [BGer 4C.160/2001 E. 2e/aa](#) [BGer 4C.275/2000 E. 2.](#) [KGer TI 15.2021.123 E. 3.4.1](#) [KGer TI 12.2023.29 E. 5](#) [CdJ GE ACJC/89/2023 E. 2.1](#)

Vorrang der Konkursmasse: Der *Konkursverwaltung* kommt der Vorrang zu, den Schaden der Gläubigergesamtheit geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet hat, können die *Gesellschaftsgläubiger* gestützt auf Art. 757 OR [KGer TI 15.2021.123 E. 3.5.](#) bzw. Art. 260 SchKG den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend machen. [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.2.](#) [KGer TI 12.2023.29 E. 5](#) [KGer VD PT19.028673-211325 137 E. 5.1.2.4.](#) [KGer GR ZK2 11 32 E. 8c/aa](#) Dabei handelt es sich um den *Schaden der Gesellschaft* bzw. der Gläubigergesamtheit. [BGE 128 III 180 E. 2c](#) (mit Verweis auf [BGE 122 III 195 E. 9a](#)) [BGE 127 III 374 E. 3a](#) [BGE 4A\\_597/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_587/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.2.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2](#) [BGer 4A\\_503/2007 E. 2.5., E.](#)

[6. BGer 4A\\_501/2007 E. 2.5.](#), [E. 6. BGer 4C.182/2006 E. 3.1.](#) [BGer 4C.118/2005 E. 3.2.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.1.](#) [BGer 4P.305/2001 E. 2b](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. V.a](#) [KGer NE CACIV.2014.84 E. 4](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.2.](#) [HGer SG HG.2011.18 E. II.2.](#) [EGV-SZ 2006 A. 2.6 E. 4.a](#) [HGer ZH HG160283 E. 2.4.2.2.](#) **Verweis:** zur Frage, ob ein Gesellschaftsgläubiger einer *Abtretung gemäss Art. 260 SchKG* bedarf [vgl. unten](#) **Verweis:** dazu, dass der *Verzichtsbeschluss* von der *Gläubigersamtheit* und nicht von der Konkursverwaltung ausgehen muss [vgl. unten](#)

*Vorrang der Nachlassmasse:* Im Fall eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* stehen den Liquidatoren (beide Entscheide sprechen von der „Nachlassverwaltung“) die gleichen Rechte zu wie der Konkursverwaltung im Konkurs. [BGE 142 III 23 E. 3.1.](#) [HGer ZH HG130073 E. 3](#)

**Kommentar 12:** Der mit der sog. Raschein-Praxis propagierte Vorrang der Masse vor der individuellen Geltendmachung von Ansprüchen durch einzelne Gläubiger entspricht dem „Normalfall“ im SchKG – und zwar für sämtliche Rechtsansprüche (Art. 240, Art. 243, Art. 256, Art. 260 SchKG). Insofern besagt die Raschein-Praxis – was die Prozessführungsbefugnis angeht – nichts anderes als im SchKG gang und gäbe ist.

### **Gleichzeitiger direkter Schaden der Gesellschaft und der Gläubiger (Konstellation 3)**

*Schaden:* Es können auch *gleichzeitig* die Gesellschaft *und* die Gläubiger *direkt* in ihrem Vermögen geschädigt sein. [BGE 142 III 23 E. 4.2.](#), [E. 4.2.2.](#) [BGE 141 III 112 E. 5.2.3.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.3.](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.3.](#)

*Seltene Konstellation:* Diese Konstellation ist selten. [BGE 141 III 112 E. 5.2.3.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.3.](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.4.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/cc](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.3.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/iii](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.1.3.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.c](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.c](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/aa](#)

*Einschränkungen:* Um in diesen Fällen einen *Wettlauf* zwischen der Konkursverwaltung einerseits und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären andererseits *zu verhindern*, werden den Gläubigern bzw. Aktionären für ihre Individualklagen Einschränkungen auferlegt (sog. *Durchsetzungssperre* [BGer 4A\\_623/2017 E. 4.3.3.](#)) und der *Klage der Gesellschaft* wird *Priorität eingeräumt*. [BGer 4A\\_26/2015 E. 5.2.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/cc](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.3.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.c](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/bb](#) [EGV-SZ 2006 A. 2.6 E. 4.a](#) Diese Einschränkungen gelten nur bei *gleichzeitigem direkten Schaden* der Gesellschaft und der Gläubiger bzw. Aktionäre (und nicht den anderen beiden Konstellationen). [BGE 141 III 112 E. 5.2.3.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.3.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.2.](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.4.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/cc](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.3.](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.3.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.c](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/bb](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#)

*Voraussetzung für eine Individualklage der Gläubiger und Aktionäre in der*

*Insolvenz der Gesellschaft*: Eine Individualklage der Gläubigern bzw. Aktionäre ist nur zulässig, wenn das Verhalten des Gesellschaftsorgans *gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst*, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen, die Schadenersatzpflicht auf einem widerrechtlichen Verhalten i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet. [BGE 141 III 112 E. 5.2.3.](#) [BGE 136 III 14 E. 2.4.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.3.](#) [BGE 131 III 306 E. 3.1.2.](#) [BGE 128 III 180 E. 2c](#) [BGE 127 III 374 E. 3b](#) (mit Verweis auf [BGE 125 III 86 E. 3a](#), [BGE 122 III 176 E. 7](#)) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2](#) [BGer 4A\\_407/2018 E. 2., E. 3.](#) [BGer 4A\\_623/2017 E. 4.3.3.](#) [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.3.](#) [BGer 4C.48/2005 E. 2.1.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.1.](#) [BGer 4C.188/2003 E. 3.1.](#) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.4.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/cc](#) [KGer VD Jug/2014/233 E. IV.c](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.3.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/iii](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.3.](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.c](#) [KGer GR ZK2 11 32 E. 8c/bb](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#) [AppGer TI 12.2009.98 E. 10](#) [AppGer TI 12.2006.45 E. 9](#)

*Keine Einschränkung der Individualklage ausserhalb der Insolvenz der Gesellschaft*: Es besteht keine Einschränkung in dem Sinne, dass als Gläubiger nur aktivlegitimiert ist, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer Verletzung einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründet. Es ist zwar nicht erforderlich, dass er sich auf eine ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierte Bestimmung stützen kann, jedoch muss er sich auf eine Bestimmung stützen können, die sowohl dem Schutz der Gesellschaft wie auch den Schutz der Gläubiger bezweckt (*Norm mit doppelter Schutzwirkung*). [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2.3.2](#) – Dazu gehören die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung [BGE 128 III 180 E. 2c](#) [BGE 127 III 374 E. 3c](#) [BGE 125 III 86 E. 3b](#) [BGE 122 III 176 E. 7c](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2.3.2](#) nicht aber Art. 717 OR. [BGE 110 II 391 E. 2b](#) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2.3](#)

### *Kasuistik*

Klagemöglichkeit der Gläubiger bzw. Aktionäre bejaht:

- Kreditgewährung gestützt auf falsche oder irreführende Bilanzen oder in Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht [HGer ZH HG120180 E. 3.2.4.2.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. IV.a/aa](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.1.](#)
- Bei Nichtbezahlung der Prämien einer Krankentaggeldversicherung durch den Arbeitgeber (widerrechtliche Handlung der Organe) [BGE 141 III 112 E. 5.3.](#)
- Unerlaubter Handlung (Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung) [BGer 4A\\_36/2021 E. 3.2.3.2](#)

Klagemöglichkeit der der Gläubiger bzw. Aktionäre verneint:

- bei Verletzung der Normen über die Einlage und den Erhalt des Aktienkapitals [BGE 128 III 180 E. 2c](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.3.](#) (mit Verweis auf [BGE 117 IV 259 E. 5a](#), [BGE 97 IV 10 E. 2](#)) [BGer 4C.316/2003 E.](#)



[6.2.](#) (mit Verweis auf BGE 128 III 180 E. 2c, BGE 125 III 86 E. 3b) [HGer ZH HG120180 E. 3.5.](#)

- bei Verletzung der Bestimmung von [Art. 725 aOR](#), bzw. [Art. 725b OR](#) bei Überschuldung den Konkursrichter zu benachrichtigen. [BGE 136 III 14 E. 2.4.](#) [BGE 128 III 180 E. 2c](#) [BGE 127 III 374 E. 3c](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2.](#) vgl. Vorinstanz in [BGer 4C.48/2005 E. 2.2., E. 2.3.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.2.](#) (mit Verweis auf BGE 128 III 180 E. 2c, BGE 125 III 86 E. 3b) [AppGer TI 12.2017.143 E. 3.5.](#) [HGer ZH HG120180 E. 3.2.4.2., E. 3.3.1., E. 3.5.](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.3.3.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/aa/iii](#) [GVP SG 2000 Nr. 40 S. 115](#)
- bei Verletzung der Bilanzierungsvorschriften (Art. 662 ff. aOR bzw. [Art. 957 ff. OR](#)) [GVP SG 2000 Nr. 40 S. 115](#)
- bei Verletzung der Aufsichts- und Überwachungspflichten des Verwaltungsrates vgl. Vorinstanz in [BGer 4C.48/2005 E. 2.2., E. 2.3.](#)
- bei Verletzung zur ordnungsgemässen Führen der Bücher vgl. Vorinstanz in [BGer 4C.48/2005 E. 2.2., E. 2.3.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.2.](#) (mit Verweis auf BGE 128 III 180 E. 2c, BGE 125 III 86 E. 3b) [HGer ZH HG120180 E. 3.3.3.](#)
- bei Verletzung der rechtzeitigen Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung vgl. Vorinstanz in [BGer 4C.48/2005 E. 2.2., E. 2.3.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.2.](#) (mit Verweis auf BGE 128 III 180 E. 2c, BGE 125 III 86 E. 3b)
- bei Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen [BGer 4A\\_407/2018 E. 2., E. 3 ff.](#)
- bei Verletzung der [Art. 164, 165 und 167 StGB](#), da diese Normen den Schuldner und nicht die einzelnen Gläubiger schützen, so dass letzteren nur ein mittelbarer Schaden entsteht [OGer ZH LB110018 E. III.6.](#) [CdJ GE ACPR/983/2023 E. 1.7.2](#) [CdJ GE ACPR/364/2022 E. 2.7](#)

## Einreden und Einwendungen

### In Bezug auf Ansprüche der Gläubigergesamtheit

*Im Allgemeinen: Verweis:* zu den Einreden und Einwendungen gegenüber einem Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG [vgl. zu Art. 260 SchKG](#)

*Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubigergesamtheit:* Mit Konkurseröffnung werden die Ansprüche der Gesellschaft durch jene der Gläubigergesamtheit abgelöst. [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) [BGE 136 III 322 E. 4.5.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.3.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#) [BGer 4A\\_478/2008 E. 4.3.2.](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.2.](#) [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#) Dies gilt auch, wenn nicht die Masse selbst, sondern ein Abtretungsgläubiger den Anspruch geltend macht. [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#) Der Abtretungsgläubiger macht den Schaden der Gesellschaft bzw. der Gläubigergesamtheit geltend. [BGE 127 III 374 E. 3a](#) [BGer 4A\\_503/2007 E. 2.5., E. 6.](#) [BGer 4A\\_501/2007 E. 2.5., E. 6.](#)

*Unzulässige Einreden gegenüber der Gläubigergesamtheit/Grundsatz:* Weil ein Abtretungsgläubiger den Schaden der Gläubigergesamtheit geltend macht, kann ihm der Abtretungsgegner nicht sämtliche *Einreden* gegenüber der Gesellschaft entgegenhalten, sondern nur diejenigen, die dem Abtretungsgegner auch gegenüber der Gläubigergesamtheit zustehen. Die Ablösung des eigenen Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit im

Konkurs dient allein dem *Ausschluss derjenigen Einreden*, die den *Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt* sind. [BGE 136 III 107 E. 2.5.1.](#) [BGE 132 III 342 E. 4.4.](#) [BGer 4A\\_15/2013 E. 4.1.](#)

*Unzulässige Einreden gegenüber der Gläubigergesamtheit/Beispiele:*  
*Ausgeschlossen* sind Einreden, welche aus der *Zustimmung bzw. Einwilligung der Gesellschaft vor* Konkurseröffnung resultieren [BGer 4A\\_478/2008 E. 4.3.2.](#) [KGer GR ZK2 11 32 E. 10d](#), wie etwa die *Déchargeerteilung* durch die Generalversammlung ([Art. 758 OR](#)) [BGE 142 III 23 E. 4.4.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.5.](#) (mit Verweis auf [BGE 117 II 432 E. 1b/gg](#)) [BGE 132 III 342 E. 4.1.](#) (mit Verweis auf [BGE 117 II 432 E. 1b/gg](#)) [BGer 4A\\_15/2013 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_630/2012 E. 3.2.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2.](#) [BGer 4C.262/2000 E. 2b](#) [AB GE DCS0/390/2015 E. 2.2.](#) [GVP ZG 2011 S. 276 ff. E. 4.3.1](#) oder die Einrede des *Selbstverschuldens* oder der *Mitverursachung* [GVP ZG 2008 S. 240 f. E. 16.1.](#) ([GVP ZG 2007 S. 241 ff. E. 16.1.](#)) [GVP ZG 2008 S. 215 ff. E. 3.1.](#)

**Kommentar 13:** Der partielle Einredenausschluss ist eine (gerechtfertigte) *Folge der sog. Raschein-Praxis* und stellt eine *Besonderheit* in Bezug auf Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dar. Bei allen sonstigen Ansprüchen des Gemeinschuldners bzw. der Konkursmasse sind die materiellen Einreden vor und nach Konkurs grundsätzliche dieselben (vgl. Kommentar 5).

*Zulässige Einreden gegenüber der Gläubigergesamtheit/Grundsatz:* Die Ablösung des eigenen Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit im Konkurs hat nicht zum Zweck, den Gläubigern mehr Rechte zu verschaffen, als die Gesellschaft jemals hatte. Einreden, die *unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft* vor der Konkurseröffnung bestanden haben, können zulässig bleiben. [BGE 136 III 107 E. 2.5.1.](#) [BGE 132 III 342 E. 4.4.](#) [BGer 4A\\_15/2013 E. 4.1.](#) [AB GE DCS0/390/2015 E. 2.2.](#)

*Zulässige Einreden gegenüber der Gläubigergesamtheit/Beispiele:* Zulässig wäre der Einwand, dass sowohl die Gesellschaft als auch der Abtretungsgläubiger in die schädigende Handlung *eingewilligt* haben. [BGer 4C.262/2000 E. 2b](#) Eine Ausnahme in Bezug auf die Berücksichtigung eines *Selbstverschuldens* andeutend, wobei es sich um einen *Ausnahmefall* (eine Art Anlagebetrug handelte, welcher fast sämtliche Gläubiger betraf) [EGV-SZ 2006 A. 2.6 E. 5](#)

*Zulässige Einreden gegenüber der Gläubigergesamtheit/Verrechnung:* Das belangte Organ kann die Verrechnungseinrede mit Gegenforderungen gegen die Gesellschaft, welche schon *vor* Konkurseröffnung entstanden sind, erheben. [BGE 136 III 322 E. 4.5.](#) [BGE 136 III 148 E. 2.5.](#) [BGE 136 III 107 E. 2.5.1.](#) [BGE 132 III 342 E. 4.3.](#), [E 4.4.](#) [BGer 5C.140/2003 E. 3.2.](#) [BGer 4C.262/2000 E. 2c](#) [AB GE DCS0/390/2015 E. 2.2.](#), [E. 2.3.](#) [EGV-SZ 2006 A 2.7 E. 7a](#), [E. 7d](#) Das belangte Organ kann mit ihrer rechtskräftig kollozierten Forderung verrechnen. Die unangefochtene Aufnahme der vom Organ angemeldeten Forderung in den Kollokationsplan hat auch für den Abtretungsgläubiger volle Wirkung. Er muss sich entgegenhalten lassen, er hätte die vom Organ zur Verrechnung gestellte und in den Kollokationsplan aufgenommene Forderung durch Verzicht auf Anfechtung des Kollokationsplanes ([Art. 250 Abs. 2 SchKG](#)) selbst anerkannt. [EGV-SZ 2006 A 2.7 E. 7d](#) (mit Verweis auf [BGE 103 III 46](#)) **Verweis:** zur *Bindungswirkung* des Abtretungsgläubigers an eine von der Konkursverwaltung bei der Kollokation erklärte *Verrechnung* [vgl. zu Art. 260 SchKG](#)

*Relative Verjährungsfrist/Beginn nicht vor der Konkurseröffnung:* Im Konkurs wird der eigene Anspruch der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit abgelöst. Ausgeschlossen ist die Einrede der *relativen* Verjährung, soweit er der Gesellschaft (vor der Insolvenzeröffnung) entgegengehalten werden könnte. [BGE 136 III 322 E. 4.5.](#) [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#) Die relative Verjährungsfrist von [Art. 760 Abs. 1 OR](#) beginnt deshalb nicht vor Konkurseröffnung zu laufen. [BGE 136 III 322 E. 4.4., E. 4.6.](#) (mit Verweis auf BGE 122 III 195 E. 9c) [BGer 4A\\_174/2007 E. 5.1.](#) (mit Verweis auf BGE 122 III 195 E. 9c, BGE 102 II 253 E. 2a, BGE 87 II 293 E. 4) [KGer VS C1 12 93 E. 8.5.2., E. 10.3.](#) [HGer ZH HG120137 E. 2.3.](#) – Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* ist dessen Genehmigung (durch das Nachlassgericht) massgeblich. [HGer ZH HG120137 E. 2.3.](#)

*Relative Verjährungsfrist in Bezug auf Ansprüche aus Konkursverschleppung/Beginn mit Auflage Kollokationsplan und Inventar:* Aus dogmatischer Sicht kommt vor dem Hintergrund des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit nur ein einheitlicher Verjährungsbeginn in Frage und zwar (in Bezug auf den Konkursverschleppungsschaden) im Zeitpunkt der Auflage von Inventar und Kollokationsplan. [BGE 126 V 443 E. 4c](#) [EVGer H 138/00 E. 4c](#) (beide mit Verweis auf BGE 122 III 195, BGE 111 II 167 E. 1a, BGE 116 II 158) [BGer 4C.298/2000 E. 5.b](#) (mit Verweis auf BGE 122 III 95 E. 9c, BGE 116 II 158, BGE 108 Ib 97 E. 1c) [AB GE ACJC/830/2018 E. 4.1.1.](#) [KGer VS C1 12 93 E. 10.3.](#) [EGV-SZ 2005 A 2.5 E. 3.g/h](#) – Wo aufgrund *besonderer Umstände* die Gläubigergesamtheit (d.h. die Konkursverwaltung oder alle Gläubiger) bereits vorher Kenntnis des Schadens hat, steht dem Beklagten der Beweis dieser *früheren Kenntnis* offen. [BGer 4C.298/2000 E. 3, E. 5.b](#) (mit Verweis auf BGE 116 II 158 E. 4b) [KGer VS C1 12 93 E. 10.3.](#) [EGV-SZ 2005 A 2.5 E. 3.g/h](#)

*Relative Verjährungsfrist/Beginn mit Erlass der Abtretungsverfügung?:* **Offengelassen** hat das Bundesgericht, ob die relative Verjährungsfrist für den Abtretungsgläubiger (erst) zu laufen beginnt, wenn dieser (einige Zeit nach Konkurseröffnung) die Möglichkeit hat, durch Klageeinreichung die Verjährung zu unterbrechen. [BGE 136 III 322 E. 4.7.](#) **contra:** Nicht zu folgen ist der Auffassung, die Verjährung beginne für die klagenden Abtretungsgläubiger frühestens mit der Abtretung. Eine solche Interpretation lässt sich mit dem Wortlaut von Art. 760 Abs. 1 OR, der an die „Kenntnis“ des Geschädigten anknüpft, nicht vereinbaren. [EGV-SZ 2005 A 2.5 E. 3.g](#)

**Kommentar 6:** Die Masse oder der Gesellschaftsgläubiger machen beide *denselben Anspruch* der Gläubigergesamtheit geltend. Aufgrund dessen muss zum einen der Kreis der zulässigen bzw. unzulässigen *Einreden und Einwendungen* des haftpflichtigen Organs in Bezug auf diesen Anspruch der Gläubigergesamtheit *identisch* sein, unabhängig davon, ob der Anspruch von der Insolvenzmasse selbst von einem Gesellschaftsgläubiger geltend gemacht wird. Zum anderen muss dies auch für den Lauf der relativen Verjährungsfrist gelten. Ob der Anspruch von der Masse oder von einem Gesellschaftsgläubiger geltend gemacht wird, ist eine „interne“ Angelegenheit im Konkursverfahren und kann keine Auswirkungen im Aussenverhältnis zum Haftpflichtigen haben. Damit ist der *Erlass der Abtretungsverfügung* für den Lauf der relativen Verjährungsfrist *irrelevant*.

*Relative Verjährungsfrist für Aktionäre:* Für die *Aktionäre* beginnt die

Verjährungsfrist erst mit *Auflage der Verteilungsliste* im Konkurs. [BGer 4C.298/2000 E. 3, E. 5b/c](#)

*Verjährungsunterbrechende Handlungen des Abtretungsgläubigers*: Nach Art. 135 Ziff. 2 OR taugliche Handlungen, welche der Abtretungsgläubiger im eigenen Namen vorgenommen hat, wirken verjährungsunterbrechend, auch wenn der Anspruch materiell der Insolvenzmasse zusteht. [ZWR 2016 S. 177 ff. E. 3.3.2.1.](#)

*Unterbrechungshandlungen in Bezug auf unmittelbaren Schaden der Gläubiger*: Handlungen, welche (Abtretungs-)Gläubiger für ihren eigenen unmittelbaren Schaden vornehmen, bewirken in Bezug auf den (mittelbaren) Schaden der Gläubigergesamtheit keine Unterbrechung der Verjährung. [KGer VS C1 12 93 E. 10.2., E. 10.3.](#)

*Betreibung eines Gläubigers vor Insolvenzeröffnung*: Eine vom (nachmaligen) Abtretungsgläubiger vor Konkurseröffnung eingeleitete Betreibung gegen den Anspruchsgegner wirkt in Bezug auf den (dannzumal noch nicht existierenden) Schaden der Gläubigergesamtheit nicht verjährungsunterbrechend. [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#)

### **In Bezug auf direkten Gläubigerschaden**

*Einwilligung („volenti non fit iniuria“)*: In Bezug auf den direkten Gläubigerschaden ist dem Haftpflichtigen die Zustimmung bzw. Einwilligung des Gesellschaftsgläubigers nicht abgeschnitten. [KGer GR ZK2 11 32 E. 10d](#)

### **Abs. 2**

### **Vorgehen der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf den mittelbaren Schaden**

*Verzicht der Masse*: Der Gesetzestext spricht davon, dass die *Konkursverwaltung* auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche verzichtet (Art. 757 Abs. 2 OR). Die Gerichtspraxis wiederholt jeweils den Gesetzestext (wonach ein Verzicht der Konkursverwaltung erforderlich ist), ohne weitere Ausführungen zur Kompetenzordnung zu machen. vgl. [BGE 4A\\_597/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_587/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_77/2014 E. 4.1.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. V.a](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.2.](#) [KGer GR ZK2 11 32 E. 8c/aa](#) [HGer SG HG.2011.18 E. II.2.](#)

**Kommentar 7**: Vom wem der Verzicht auf die Geltendmachung namens der Konkursmasse ausgehen muss, ist eine vollstreckungsrechtliche und keine materiellrechtliche Frage. Insofern schadet der ungenaue Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR nicht. Es ist so zu lesen, wie wenn vom Verzicht der Masse die Rede wäre (so denn auch [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#) [BGer 4P.305/2001 E. 2b](#)). Vollstreckungsrechtlich steht es nicht der *Konkursverwaltung* zu, auf die Geltendmachung eines Anspruchs zu verzichten, *sondern der Gläubigergesamtheit*. Diese Regelung gilt *generell* und damit auch in Bezug auf Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit. Art. 757 Abs. 2 OR will diesbezüglich auch nicht von der generellen einheitlichen Regelung von Art. 260 SchKG abweichen, auf welche Bestimmung Abs. 2 und 3 von Art. 757 OR

ausdrücklich verweisen. Der *Verzichtsbeschluss* muss somit – auch in Bezug auf Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit – von der *Gläubigergesamtheit* ausgehen. vgl. [BGE 136 III 322 E. 4.7.](#) [AB GE DCS0/60/2019 Sachverhalt A](#) [AB GE DCS0/278/2018 Sachverhalt A.g.](#) [KGer VD Plainte/2011/23 Sachverhalt 1.b](#) [AB TI 15.2010.120 Sachverhalt A](#) [AB TI 15.2010.120 E. 2](#) [AB GE DCS0/560/2007 Sachverhalt A](#) [KGer TI 15.2021.123 E. 3.5.](#) **Verweis:** zur Kompetenz *im Konkurs* zum *Verzicht* auf die Geltendmachung von Ansprüchen für die Masse [vgl. zu Art. 260 SchKG](#)

*Legitimation ex lege:* Die Legitimation der Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter nach Art. 757 OR beruht unmittelbar auf dem Gesetz. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.4.1](#)

*Beginn der Legitimation der Gesellschaftsgläubiger:* Die Legitimation der Gesellschaftsgläubiger *gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR* beginnt mit der Kollokation deren Forderung im Konkurs und nach dem Verzicht der Konkursmasse. [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#) – Eine vom (nachmaligen) Abtretungsgläubiger *vor* Konkurseröffnung eingeleitete Betreuung gegen den Anspruchsgegner wirkt deshalb in Bezug auf den Schaden der Gläubigergesamtheit *nicht* verjährungsunterbrechend. [BGer 4C.363/2006 E. 4.3.](#)

*Relevanz der Kollokation:* Nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger ist zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt. [BGE 146 III 441 E. 2.1.](#) [BGE 136 III 322 E. 4.7.](#) [BGer 4A\\_527/2020 E. 5.4.1.](#) [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.3., E. 2.3.](#)

**Verweis:** zum Verhältnis von Art. 757 Abs. 2 OR zu Art. 260 SchKG bzw. zur Frage, ob ein Gesellschaftsgläubiger gestützt auf die erstgenannte Norm direkt oder nur gestützt auf eine Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG vorgehen kann, [vgl. unten](#)

**Kommentar 8:** Kommentar 8 Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rechtslage anders sein sollte als in Bezug auf Art. 260 SchKG, worauf Art. 757 Abs. 2 und 3 OR verweisen. Aufgrund dessen muss es auch in Bezug auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR genügen, dass ein Gläubiger seine Forderung im Konkurs angemeldet hat und (noch) nicht rechtskräftig abgewiesen worden ist; eine rechtskräftige Kollokation ist nicht erforderlich. [vgl. zu Art. 260 SchKG](#)

*Auch bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven:* Die Gesellschaftsgläubiger können sich auch noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden ist. [BGE 146 III 441 E. 2.1.](#) [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.3.](#) (mit Verweis auf BGE 110 II 396 E. 2)

## Verwendung des Ergebnisses

*Regel:* Die Gesellschaftsgläubiger machen den Schaden der Gläubigergesamtheit geltend, aber das Ergebnis der Klage dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderung derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat. [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#)

## Prozessuales

*Sachliche Zuständigkeit der Handelsgericht für den Schaden der*

Gläubigergesamtheit: Bei Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit handelt es sich um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, so dass die Handelsgerichte gemäss [Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO](#) sachlich zuständig sind. [HGer ZH HG160283 E. 1.2.2.](#) [HGer ZH HG130073 E. I.1](#) [OGer ZH V0110070 E. 3.1.](#) vgl. auch [BGE 142 III 23 E. Sachverhalt B](#) [BGer 4A\\_503/2007 Sachverhalt B](#) [BGer 4A\\_501/2007 Sachverhalt B.](#) [HGer SG HG.2011.18](#)

**Kommentar 13:** Die Person des klagenden Gläubigers ist diesbezüglich irrelevant.

*Sachliche Zuständigkeit der Handelsgericht für den unmittelbaren Gläubigerschaden:* Diesbezüglich ist (einzig) auf den klagenden Gläubiger abzustellen, um die Voraussetzungen von [Art. 6 ZPO](#) zu prüfen. Vgl. [KGer SG BZ.2003.7 E. II.2.b/aa](#) (welcher Entscheid noch zur [SG ZPO](#) erging)

*Prozessstandschaft:* Der Gesellschaftsgläubiger oder Aktionär, welcher gestützt auf Art. 757 OR agiert, übt ein Prozessführungsrecht aus [HGer ZH HG160244 E. 1.2.1.](#) [GVP SG 2000 Nr. 40 S. 115](#), welches jenem gemäss Art. 260 SchKG entspricht. [AB GE DCS0/441/2011 E. 2.1.](#) Als Abtretungsgläubigerin klagt sie aus dem Recht der Gläubigergesamtheit gemäss Art. 757 Abs. 2 OR. [HGer ZH HG 200175 E. 3.4](#) **Verweis:** dazu, dass beiden Normen der gleiche Mechanismus zugrunde liegt [vgl. unten](#) und die gleichen Rechte verliehen werden [vgl. unten](#)

*Notwendige Streitgenossenschaft:* Die nach Art. 757 Abs. 2 OR klageberechtigten Gläubiger bilden wie bei Art. 260 SchKG eine notwendige Streitgenossenschaft. [BGer 4C.263/2004 E. 1.2.](#) (nicht abgedruckt in [BGE 132 III 222](#)) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) vgl. auch [HGer SG HG.2011.18 E. II.2.](#) **Verweis:** [vgl. dazu auch unten](#)

*Unwirksamkeit einer statutarischen Schiedsklausel in Bezug auf Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit:* Bei der Einrede des beklagten Organs, es bestehe für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche eine statutarische Schiedsklausel, handelt es sich nicht um eine Einrede, welche unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft besteht. Es rechtfertigt sich nicht, die Einrede gegenüber der Gläubigergesamtheit, die keinen Einfluss auf die Statuten hatte, zuzulassen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Organe durch entsprechende statutarische Bestimmungen die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gläubiger im Konkurs erschweren. Die Gläubigergesamtheit ist deshalb an eine statutarische Schiedsklausel nicht gebunden. [BGE 136 III 107 E. 2.5.2.](#)

**Kommentar 9:** Damit ist weder die Masse noch sind Gesellschafts- bzw. Abtretungsgläubiger an statutarische Schiedsklausel gebunden. Gleiches gilt für statutarische *Gerichtstandklauseln*.

*Häufige Fehler im Prozess:* Einer der häufigsten Fehler in Prozessen betreffend gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit, welche von (Abtretungs-)Gläubigern geführt werden, besteht darin, dass diese nicht sauber zwischen ihrem eigenen Anspruch und dem von der Abtretung erfassten Anspruch (der Gläubigergesamtheit) unterscheiden. [OGer ZH LB150005 E. 3.2.2.](#) vgl. auch [KGer NE CACIV.2014.97 E. 2, E. 3](#)

### Abs. 3

#### Verhältnis zu Art. 260 SchKG

*Ungeklärte Fragen:* Bis heute liefert die bundesgerichtliche Rechtsprechung keine unmissverständlichen Antworten zum Verhältnis von Art. 757 OR und Art. 260 SchKG. [KGer NE CACIV.2014.84 E. 8](#) Die Lehre ist sich uneins über die Bedeutung dieser Bestimmung im Allgemeinen und über den Vorbehalt in Abs. 3 im Besonderen. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.2., E. 3.2.4](#) (mit ausführlicher Wiedergabe der verschiedenen Lehrmeinungen) **Verweis:** dazu, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis heute **offen gelassen** hat, ob ein Gesellschaftsgläubiger, der gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR vorgehen will, einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bedarf, [vgl. unten](#)

**Kommentar 10:** Wenn man sich mit dem Verhältnis zwischen Art. 757 OR und Art. 260 SchKG befasst, sollte man sich zwei Umstände vergegenwärtigen:

Zum einen ist Art. 757 Abs. 2 OR, wonach der Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit von der Konkursverwaltung erfolgt, *unzutreffend*. Der Verzichtsbeschluss muss von der Gläubigergesamtheit gefällt werden – nicht von der Konkursverwaltung. [Vgl. dazu oben](#) Zum anderen ist Art. 757 OR, was die Aktivlegitimation der Gläubiger im Insolvenzfall betrifft, *obsolet*, weil diese Frage bereits einheitlich für sämtliche Ansprüche der Masse vom SchKG, namentlich dessen Art. 260 geregelt wird.

Ein Grossteil der offenen Fragen rührt daher, dass (in Bezug auf die Gläubiger) durch den späteren Erlass des OR (1912) *eine unnötige Doppelspurigkeit* zum bereits früher (1892) in Kraft getretenen SchKG geschaffen worden ist. **Verweis:** zum *Regelungsinhalt von Art. 757 OR* [vgl. oben](#)

#### Identische Konzepte

*Gleicher zugrunde liegender Anspruch:* In materieller Hinsicht besteht *kein Unterschied* zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und demjenigen, den die Aktionäre oder Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erheben. [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.2.](#) [BGer 4A\\_446/2009 E. 2.4.](#) (nicht publiziert in [BGE 136 III 107](#)) [KGer NE ARMC.2014.64 E. 3](#) [KGer BL 460 12 164 E. 1.2.2.](#) vgl. auch [BGer 4A\\_97/2013 E. 2](#) [HGer ZH HG150128 E. 2.2.3.](#) – Der Gesellschaftsgläubiger macht den Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Namen der Gläubigergesamtheit geltend, sei es gestützt auf Art. 757 OR *oder* nach Art. 260 SchKG [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.2.](#) (mit Verweis auf BGE 117 III 432 E. 1b/ff) *oder gestützt auf beide Normen.* [KGer VD Jug/2015/351 E. V.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.2.2.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [KGer BL 460 12 164 E. 1.2.2.](#) Ein mittelbarer Schaden kann nach Konkurseröffnung durch den an Stelle der Gläubigergesamtheit klagenden Gläubiger i.S.v. Art. 757 Abs. 2 OR *bzw.* Art. 260 SchKG geltend gemacht werden. [BGer 4C.160/2001 E. 2.e/aa](#) [BGer 4C.275/2000 E. 2.](#)

*Gleicher Mechanismus:* Der *Mechanismus* von Art. 757 Abs. 1 und 2 OR korrespondiert mit der Forderungsabtretung gemäss Art. 260 SchKG. [KGer VD PT19.028673-211325 137 E. 5.1.2.4.](#) [KGer VD Jug/2015/351 E. V.b](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.d](#) [KGer VD AP/2010/81 E. 4b/aa](#) [KGer VD Jug/2009/41 E. III.b](#) – Im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ist dieser *Mechanismus* in Art. 260 SchKG geregelt. [BGer 4C.263/2004 E. 1.2.](#) (nicht publiziert in [BGE 132 III 222](#)) Der Gesellschaftsgläubiger, welcher die Abtretung der Rechte der Masse erlangt hat, agiert aufgrund einer Prozessstandschaft. Er ist aufgrund dessen legitimiert, den Schaden der Gläubigergesamtheit geltend zu machen. [BGE 136 III 148 E. 2.3.](#) [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#) (mit Verweis auf BGE 121 III 488 E. 2.b) [BGE 4A\\_597/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_587/2016 E. 3.1.](#) [BGer 4A\\_555/2009 E. 2.2](#) [BGer 4A\\_174/2007 E. 3.2.2.](#) [AppGer VD HC/2012/718 E. 3.2.2.](#) – Der Gesellschaftsgläubiger oder Aktionär, welcher gestützt auf Art. 757 OR agiert, übt ein Prozessführungsrecht aus, welches jenem gemäss Art. 260 SchKG entspricht. [KGer GE ACJC/92/2021 E. 6.1](#) [AB GE DCS0/441/2011 E. 2.1.](#)

*Gleiche Rechte:* Der in Art. 757 Abs. 3 OR enthaltene Vorbehalt der Abtretung der Ansprüche der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG *verleiht keine weiteren Rechte.* [AbR 2012/13 Nr. 12 E. 4.2.2.](#) ([BlSchK 2016 61 ff. E. 4.2.2.](#))

*Gleiches Ergebnis:* Art. 260 SchKG ist ein *alternativer prozessualer Weg*, welcher dem Gläubiger auch offensteht, um *zum gleichen Ergebnis* zu gelangen. [AB GE DCS0/441/2011 E. 3.](#)

*Kein Unterschied:* Folgt man der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit, so macht es keinen Unterschied, ob ein Aktionär bzw. Gläubiger sich einen Anspruch gemäss Art. 260 SchKG abtreten lässt oder ihn direkt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR gestützt geltend macht. [HGer ZH HG160244 E. 1.2.1.](#) **contra** Der einzige Unterschied der beiden Konzepte besteht darin, dass der Abtretungsgläubiger einer Ermächtigung der Konkursverwaltung gemäss Art. 260 SchKG bedarf, während sich die Klagebefugnis gemäss Art. 757 OR *direkt aus dem Gesetz* ergibt. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.4.1.](#)

*Zweck von Art. 757 Abs. 3 OR:* Diese Bestimmung hat einzig zum Zweck, jede Diskussion darüber zu vermeiden, dass die Vorgehensweise nach Art. 260 SchKG nicht durch Art. 757 Abs. 3 OR verdrängt wird. [AB GE DCS0/441/2011 E. 3.](#) Art. 757 Abs. 3 OR kommt *nur rein deklaratorische Bedeutung* zu. [AbR 2012/13 Nr. 12 E. 4.2.2.](#) ([BlSchK 2016 61 ff. E. 4.2.2.](#)) **contra** [KGer TI 15.2021.123 E. 3.6.](#) Der Entscheid [EGV-SZ 2004 A. 2.6 E. 3](#) spricht von der „Bedeutungslosigkeit von Art. 757 Abs. 3 OR“. – Art. 757 OR stellt einen *Anwendungsfall* von Art. 260 SchKG dar. [KGer SG BZ.2003.7 E. II.2.b/aa](#) (mit Verweis auf BGE 117 II 432 E. 1b/ff)

*Art. 757 Abs. 3 OR behält nur die Abtretung nach Art. 260 Abs. 1 und 2 SchKG, nicht aber die Verwertung nach Art. 260 Abs. 3 SchKG vor:* Alles deutet darauf hin, dass die Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre für eine Geltendmachung i.S.v. Art. 757 Abs. 2 OR nicht abwarten müssen, bis das Konkursamt eine Verwertung nach Art. 260 Abs. 3 SchKG versucht hat. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.6.2.3.](#) – Es obliegt den Gesellschaftsgläubigern und Aktionären (im Sinne einer *Informationspflicht*) der Konkursverwaltung mitzuteilen, dass sie beabsichtigen, im Falle eines Verzichts der Konkursgläubiger auf die



Geltendmachung des Anspruchs ihre Rechte gemäss Art. 757 Abs. 2 OR auszuüben. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.6.3.](#) Ohne einer solchen Information steht einer Verwertung von Verantwortlichkeitsansprüchen (gemäss Art. 260 Abs. 3 SchKG) nichts im Weg. [KGer TI 15.2021.123 E. 3.6.3., E. 4., E. 4.3.](#)

**Kommentar 14:** Dieser Sichtweise ist zu widersprechen:

Für die Gläubiger (die «Gesellschaftsgläubiger» i.S.v. Art. 757 OR sind ganz normale «Gläubiger» i.S. des SchKG) gelten abschliessend die Regel des SchKG – und damit auch von Art. 260 Abs. 3 SchKG, d.h. wenn keine Abtretung verlangt wird, dann versucht die Konkursverwaltung auch aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche zu versteigern oder freihändig zu verwerten.

Für die Aktionäre bleibt es dabei, dass sie allen Gläubigern nachgelagert sind – dies betrifft sowohl ihre materiellrechtliche Stellung als auch deren Stellung im Verfahren. Ein Vorgehen der Aktionäre gestützt auf Art. 757 OR kommt damit nur und erst in Frage, wenn eine Verwertung der Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 Abs. 3 SchKG gescheitert ist.

### **Notwendigkeit einer Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG?**

*Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG erforderlich:* Für eine Vorgehensweise gestützt auf Art. 757 OR hat sich der Gesellschaftsgläubiger in Anwendung von Art. 260 SchKG i.V.m. Art. 757 Abs. 3 OR die Rechte der Masse abtreten zu lassen [HGer ZH HG120180 E. 3.2.3.2.](#) [KGer NE CACIV.2014.84 E. 8, E. 9](#) oder ihre Ansprüche gemeinsam geltend zu machen (Art. 757 Abs. 3 OR). [HGer SG HG.2011.18 E. II.2.](#)

*Tendenz zur Notwendigkeit einer Abtretungsverfügung:* Im Konkurs der Gesellschaft können die Gesellschaftsgläubiger *unter den Voraussetzungen von Art. 260 SchKG* die Abtretung der Ansprüche der Masse verlangen (Art. 757 OR). [BGer 4A 509/2007 E. 2.1.](#) Ein Gesellschaftsgläubiger kann nur auf der Grundlage einer Prozessstandschaft, d.h. als Abtretungsgläubiger der Masse agieren (Art. 260 SchKG, Art. 757 Abs. 2 OR). [BGE 128 III 180 E. 2c](#) (mit Verweis auf BGE 122 III 195 E. 9a) [BGer 4P.213/2004 E. 2.2.](#) [BGer 4C.316/2003 E. 6.1.](#) [BGer 4C.188/2003 E. 3.1.](#) (mit Verweis auf BGE 128 III 180 E. 2c und BGE 127 III 374 E. 3a) [OGer ZH NP160025 E. 4.4.2](#) [KGer NE CACIV.2014.84 E. 4](#) [KGer VD Jug/2014/268 E. VI.b](#)

*Keine Notwendigkeit einer Abtretungsverfügung:* Der Gesellschaftsgläubiger kann den Anspruch der Gläubigergesamtheit gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR *selbständig* geltend machen, *ohne* dass er einer „Abtretung“ bedarf. [AB GE DCS0/441/2011 E. 3.](#) [EGV-SZ 2005 A 2.5 E. 3.g](#) [EGV-SZ 2004 A. 2.6 E. 3](#) [KassGer ZH AC030132 E. II.4c/bb](#) ([ZR 2005 Nr. 6 S. 14](#)) Dies ergibt sich auch daraus, dass selbst ein *Aktionär* gestützt auf Art. 757 OR vorgehen kann, welcher nie eine Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG erlangen kann. [AB GE DCS0/441/2011 E. 3.](#) – Der Gesellschaftsgläubiger kann eine Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen *oder* den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen. [BGE 146 III 441 E. 2.1.](#) [BGer 4A 527/2020 E. 5.4.1.](#) Die

Vorgehensweisen nach Art. 757 Abs. 2 OR und nach Art. 260 SchKG *koexistieren nebeneinander*. [KGer VD Jug/2015/351 E. V.b](#) [KGer VD HC/2014/429 E. 3.2.2.](#) [KGer VD Jug/2013/104 E. IV.d/bb](#) [KGer VD Jug/2011/234 E. IV.d](#)

*Frage offengelassen*: Inwieweit ein Vorgehen gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR ebenfalls einer formellen Abtretung nach Art. 260 SchKG bedarf, konnte die Rechtsprechung bisher offenlassen (weil der in diesen Fällen klagende Gläubiger über eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verfügte oder die Klage aus anderen Gründen abgewiesen wurde). [BGer 4A\\_384/2016 E. 2.1.2.](#) [BGer 4A\\_446/2009 E. 2.4.](#) (nicht abgedruckt in [BGE 136 III 107](#)) [BGer 4C.263/2004 E. 1.2.](#) (nicht abgedruckt in [BGE 132 III 222](#)) vgl. auch [BGE 132 III 564 E. 3.2.2.](#)

*Tendenz andeutend*: Immerhin erscheint es fraglich, ob es der *Rechtsicherheit* bzw. der Koordination unten den klagebefugten Gläubigern halber nicht (doch) einer *Ermächtigung* oder zumindest einer *förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung* bedarf, denn die nach Art. 757 Abs. 2 OR klageberechtigten Gläubiger bilden wie bei Art. 260 SchKG eine notwendige Streitgenossenschaft. [BGer 4C.263/2004 E. 1.2.](#) (nicht abgedruckt in [BGE 132 III 222](#))

**Kommentar 11**: Die bisherige Diskussion von Art. 757 OR erfolgte primär aus gesellschaftsrechtlicher Sicht. Aufgrund dessen soll vorliegend die Regelung von Art. 757 OR vor dem Hintergrund der allgemeinen Regelung in Art. 260 SchKG *durch die „vollstreckungsrechtliche Brille“* betrachtet werden. Es ergibt sich folgende Sichtweise:

### Aktionäre

Ein Aktionär kann immer *nur* gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR, aber *nie* nach Art. 260 SchKG vorgehen (sofern er nicht gleichzeitig Gläubiger ist). Er braucht keine Ermächtigung des Konkursamtes (Aktionäre nehmen denn am Konkursverfahren auch in keiner Weise teil).

Er agiert als Prozessstandschafter (aus dem Recht der konkursiten Gesellschaft). Mehrere Aktionäre bzw. Aktionäre zusammen mit Gläubigern bilden eine *bedingt notwendige Streitgenossenschaft*, da alle denselben matriellrechtlichen (Verantwortlichkeits-)Anspruch geltend machen. Es muss *im gleichen Verfahren* und in einem *einheitlichen Urteil* über die Verantwortlichkeitsansprüche *entschieden werden*. Einzig bei der Verteilung des Prozesserlöses müssen die Aktionäre gegenüber den prozessführenden Gläubigern „hinten anstehen“ (Art. 757 Abs. 2 OR), erhalten aber vor den übrigen (nicht prozessführenden) Gläubigern Deckung.

Konstellationen, da im Konkurs der Gesellschaft Aktionäre neben Gläubigern Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen, sind in der Praxis sehr selten.

### Gesellschaftsgläubiger

Soweit ein Gesellschaftsgläubiger einen unmittelbaren Schaden erlitten hat und er diesen nach den beschriebenen Regeln geltend machen kann, kommt Art. 260 SchKG nicht zur Anwendung; massgebend ist einzig Art. 757 OR.

In Bezug auf einen Gesellschaftsgläubiger hat Art. 260 SchKG dort eine Relevanz, wo er einen mittelbaren Schaden im Sinne eines Schadens der Gläubigergesamtheit geltend macht. Diesbezüglich gilt folgendes:

Sowohl nach Art. 757 Abs. 1 und 2 OR als auch nach Art. 260 SchKG geht es um *denselben zugrundeliegenden Anspruch*, nämlich um den Schaden der Gläubigergesamtheit. Nach **beiden Konzepten** müssen die Gläubiger *kolloziert* (bzw. noch nicht rechtskräftig aus dem Kollokationsplan weggewiesen) worden sein. Sie agieren als *Prozessstandschafter*. Mehrere Gläubiger bilden eine *uneigentlich notwendige Streitgenossenschaft*. Es muss *im gleichen Verfahren* und mit einem *einheitlichen Urteil* über die Verantwortlichkeitsansprüche *entschieden werden*. Entgegen dem Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR steht die *Kompetenz*, auf die Geltendmachung des Anspruchs durch die Masse zu *verzichten*, der *Gläubigergesamtheit* (und nicht der Konkursverwaltung) zu (vgl. dazu oben). Die *Verteilung des Erlöses* unter die Gesellschaftsgläubiger ist nach beiden Konzepten *identisch* (Art. 757 Abs. 2 OR verweist auf Art. 260 SchKG).

Die **Unterschiede** sind folgende: Bei Art. 260 SchKG besteht ein *klar definiertes Prozedere*, wonach ein Gläubiger innert einer *Verwirkungsfrist* die Abtretung verlangen muss. Nachfolgend stellt die Konkursverwaltung eine (gemäss Art. 80 KOV umschriebene) Abtretungsverfügung aus (für welche ein Formular besteht), in welcher alle Abtretungsgläubiger genannt sind. Diese Verfügung unterliegt einer Befristung zur Geltendmachung des Anspruchs und sie kann unter gewissen Bedingungen widerrufen werden. Die Abtretungsverfügung erlaubt es dem Richter, zu prüfen, ob alle Abtretungsgläubiger am Prozess teilnehmen oder auf die Abtretung verzichtet haben, so dass alle notwendigen Streitgenossen im Prozess auftreten. In Bezug auf Art. 757 OR *fehlt* ein solches koordinierendes Prozedere und es sind keine Abtretungsverfügungen vorgesehen.

Dies führt zu folgenden Schlussfolgerungen:

- i. Aufgrund der „erdrückenden“ Gemeinsamkeiten macht es sehr viel Sinn, zu verlangen, dass Art. 260 SchKG auch bei der Geltendmachung von Ansprüchen (mittelbarer Gläubigerschaden) aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit umfassend zur Anwendung gelangt. Darauf deutet auch Art. 325 SchKG hin, welcher (für die Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) auf Art. 260 SchKG verweist und diesbezüglich ausdrücklich auch die „Verantwortlichkeitsklage“ nennt (und Verantwortlichkeitsansprüche meint).
- ii. Eine (gesetzlich unklar geregelte und auch kaum gewollte) „Parallelwelt“ nach Art. 757 OR bringt *keine* Vorteil. Sie ist neben Art. 260 SchKG singulär und ist weder notwendig noch geboten, sondern schafft in erster Linie Unklarheit und Rechtsunsicherheit.
- iii. Unterstellt man das Vorgehen nach Art. 757 Abs. 1 und 2 OR den Verfahrensregeln von Art. 260 SchKG, dann wird damit namentlich ausgeschlossen, dass es nach Ablauf der Verwirkungsfrist, um eine Abtretungsverfügung zu verlangen, noch weiteren Gesellschaftsgläubigern möglich ist, (nachträglich) dieselben Ansprüche geltend zu machen, was zu konzeptionell sehr schwierigen, wenn nicht unlösbaren Problemen führen würde – und zwar für das Gericht, die Abtretungsgläubiger, die

nach Art. 757 OR vorgehenden Gesellschaftsgläubiger und die beklagten Organe.

- iv. Der „Gesellschaftsgläubiger“ (i.S.v. Art. 757 OR) ist im Konkursverfahren über eine juristische Person ein ganz „gewöhnlicher“ Gläubiger (i.S.v. Art. 260 SchKG). Es ist ihm wie in Bezug auf andere Ansprüche (als solche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit) ohne Weiteres zuzumuten, das Prozedere von Art. 260 SchKG einzuhalten, insbesondere innert Frist die Abtretung verlangen (und damit bis dahin seine Forderung im Konkurs anzumelden).
- v. Die einheitliche Handhabung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach den verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Art. 260 SchKG erlaubt es der *Konkursverwaltung*, alle strittigen Ansprüche (aus welchem Rechtsgrund auch immer) in gleicher Weise zu administrieren.
- vi. Zudem ermöglicht es dem *Zivilrichter*, die von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung, dass alle bedingt notwendigen Streitgenossen am Prozess beteiligt sind, (in Bezug auf die Gläubiger) zur selben Zeit und auf verlässlicher Grundlage (nämlich aufgrund der Abtretungsverfügung gemäss Art. 260 SchKG) einer Prüfung zu unterziehen.
- vii. Letztlich betrachten und beschreiben Art. 757 OR und Art. 260 SchKG (was die Gläubiger angeht) dasselbe Objekt (Verantwortlichkeitsansprüche) im gleichen Zusammenhang (Konkurs) nur aus unterschiedlichem Blickwinkel. Oder anders gesagt: Art. 757 OR ist in Bezug auf das Prozessführungsrecht der Gläubiger (zur Sonderstellung der Aktionäre [vgl. oben](#)) ein Anwendungsfall von Art. 260 SchKG, ohne eigenen materiellen Regelungsgehalt.
- viii. In Bezug auf den partiellen *Einredenausschluss* behält die *Raschein-Praxis unverändert ihre Gültigkeit*. Diese Besonderheit gründet in der Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bzw. darin, dass die verantwortlichen Personen durch Handlungen vor Konkurs ihre Haftung gegenüber der späteren Konkursmasse nicht schmälern können sollen.
- ix. Nachtrag zu den Aktionären: Art. 757 OR kommt damit einzig in Bezug auf die *Aktionäre* (welche von Art. 260 SchKG konzeptionell nicht erfasst werden können) eine Bedeutung und ein eigener Regelungsgehalt zu. Es ist zwar „unschön“, dass die Aktionäre verfahrensmässig nicht „nahtlos“ in das auf die Gläubiger ausgerichtete System (gemäss Art. 260 SchKG) integriert werden können. Dies ist jedoch zum einen systemimmanent (da den Aktionären im Konkursverfahren keine Stellung zukommt) und deshalb letztlich hinzunehmen. Zum anderen stellen sich in der Praxis kaum je Probleme, da in der Gerichtspraxis Klagen von Aktionären (im Konkurs der Gesellschaft) so gut wie nie vorkommen. In den obenstehend wiedergegebenen Entscheiden gab es zwei Fälle, da Aktionäre im Konkurs der Gesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche geltend machten.
- x. Praktische Empfehlung für klagewillige Aktionäre: Wenn ein Aktionär (z.B. ein Allein- oder Grossaktionär, sofern keine Gläubiger mit wesentlichen Forderungen vorgehen wollen) tatsächlich einmal vorgehen will, so ist ihm zu empfehlen, beim Konkursamt (unter Hinweis auf Art. 757 Abs. 2 OR und Art. 8a SchKG) Auskunft darüber zu verlangen, wann und an welche Gläubiger eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG erfolgt ist, so dass er sich mit diesen absprechen und koordinieren kann.

## Abs. 4

### Inkrafttreten

*Zeitpunkt:* Abs. 4 ist per 1. Januar 2023 in Kraft getreten. [AS 2022 109](#)

*Übergangsrecht:* In Bezug auf Art. 757 Abs. 4 OR gibt es keine besonderen Übergangsbestimmungen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen gelten grundsätzlich die Art. 1-4 des Schlusstitels ZGB. Vgl. allgemein [BGE 133 III 105 E. 2.1](#) [BGer 5A\\_282/2016 E. 6.1](#) [BGer 4A\\_6/2009 E. 2.5.1](#) Zudem werden die Bestimmungen des neuen Rechts mit seinem Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar (Art. 1 Abs. 2 Übergangsbestimmungen; [AS 2022 4005](#)).

**Kommentar 15:** Aus Art. 1 Abs. 1 und 3 SchlT ZGB ergibt sich der Grundsatz der Nichtrückwirkung. [BGE 133 III 105 E. 2.1.1](#) [BGer 4A\\_6/2009 E. 2.5.2](#) Davom sehen die Art. 2 bis 4 SchlT ZGB Ausnahmen vor. [BGer 5A\\_282/2016 E. 6.2](#) [BGer 4A\\_6/2009 E. 2.5.3](#) Gemäss Art. 3 SchlT ZGB sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem *neuen Recht* zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet wurden. [BGer 4A\\_6/2009 E. 2.5.4](#) Die Art. 752 ff. OR beschlagen die gesetzliche Haftung der Organe einer Gesellschaft, sodass Art. 3 SchlT ZGB in Bezug auf diese Bestimmungen im Allgemeinen und in Bezug auf Art. 757 Abs. 4 OR im Besonderen zur Anwendung gelangt. Damit findet das (für die Schädiger günstige und für die Geschädigte ungünstigere) Regime von Art. 757 Abs. 4 OR Anwendung, wenn der Richter nach dem 1. Januar 2023 entscheidet, selbst wenn der Schaden vorher entstanden und/oder der Rangrücktritt vorher abgegeben worden ist.

### Relevante Konstellation

**Kommentar 16:** Gemäss der Botschaft sind bei der Berechnung des Schadens der Gesellschaft die Forderungen von Gläubigern mit Rangrücktritt nicht miteinzubeziehen ([BBl 2017 600 f.](#)). Da es nur um den Schaden der Gesellschaft geht, betrifft Abs. 4 nur die Konstellationen 2 und 3, nicht aber die Konstellation 1, bei welcher nur die Gläubiger, nicht aber die Gesellschaft geschädigt sind. **Verweis:** [vgl. oben](#)