



**Fall-Nr.:** HG.2011.18  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Handelsgericht  
**Publikationsdatum:** 10.05.2011  
**Entscheiddatum:** 10.05.2011

### Entscheid Handelsgericht, 10.05.2011

**Art. 41, Art. 754 und Art. 757 OR (SR 220). Als Gesellschaftsgläubiger hat der Kläger insbesondere gestützt auf Art. 41 ff. OR keinen Ersatzanspruch, den er ausser Konkurs gegenüber den Beklagten als Organe der X. Immobilien und Treuhand AG geltend machen kann, nachdem er ein widerrechtliches Verhalten nicht nachgewiesen hat. Der Kläger, der den mittelbaren Schaden geltend macht, hat in einem Konkursverfahren, das mangels Aktiven eingestellt wurde, seine Aktivlegitimation nachzuweisen (Handelsgericht, 10. Mai 2011, HG. 2011.18).**

Erwägungen

I.

1. M. S. (Kläger) war ab März 2006 bis Anfangs 2007 Arbeitnehmer bei der X. Immobilien und Treuhand AG (vgl. kläg.act. 6). Am 5. Februar 2007 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristlos. Er reichte in der Folge eine Klage gegen die X. Immobilien und Treuhand AG beim Arbeitsgericht Y. ein (Beilage 1 des Beklagten 1; nachfolgend bekl.1act. 1). Anlässlich der Vorbereitungsverhandlung vom 18. Juli 2007 schlossen M. S. als Kläger 1 und die U.-Arbeitslosenkasse als Klägerin 2 einerseits sowie die X. Immobilien und Treuhand AG als Beklagte vor dem Präsidenten des Arbeitsgerichts Y. folgenden Vergleich ab:

"1. Die Beklagte bezahlt dem Kläger 1 Fr. 9'802.15 brutto sowie Fr. 8'117.55 und der Klägerin 2 Fr. 5'409.15, alles zahlbar bis 15. August 2007.



2. Die Beklagte überweist den Betrag von 3'069.00 Fr. BVG-Arbeitnehmerbeiträge sowie den entsprechenden Arbeitgeber-Anteil an eine noch festzulegende BVG Einrichtung. Die Beklagte stellt die Bestätigung über die erfolgte Anmeldung dem Kläger 1 zu.

3. ...

4. ...

5. Damit erklären sich die Parteien als aus dem Arbeitsverhältnis per Saldo auseinandergesetzt."

Mit Entscheid vom 19. Juli 2007 schrieb das Arbeitsgericht Y. die Streitsache zufolge des soeben erwähnten Vergleichs ab. An der Vorbereitungsverhandlung war die Y. Immobilien und Treuhand AG durch P. N. (Beklagter 1) vertreten gewesen (kläg.act. 2). P. N. war vom 5. Dezember 2001 bis 17. Juli 2002 als Mitglied des Verwaltungsrats der X. Immobilien und Treuhand AG im Handelsregister eingetragen gewesen. H.R. V. (Beklagter 2) war gemäss Handelsregisterauszug Mitglied des Verwaltungsrats vom 19. August 2004 bis 16. August 2007 (kläg.act. 3; vgl. kläg.act. 7).

Die X. Immobilien und Treuhand AG bezahlte in der Folge die Beträge gemäss Vergleich vom 18. Juli 2007 nicht. Über sie wurde am 12. März 2008 der Konkurs eröffnet (kläg.act. 4). Das Konkursverfahren wurde am 19. März 2008 mangels Aktiven eingestellt. Vom Konkursamt wurde eine Einsprachefrist bis 9. April 2008 angesetzt, die unbenützt ablief. Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven wurde



rechtskräftig, worauf die Gesellschaft von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wurde.

2. Am 10. Juli 2009 reichte der Kläger die vorliegende Klage mit dem eingangswiedergegebenen Rechtsbegehren ein, wobei er vorbrachte, mit der Klage würden Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 754 OR geltend gemacht. Er führte aus, der Beklagte 1 sei zwar formell lediglich bis 17. Juli 2002 als Mitglied des Verwaltungsrates der X. Immobilien und Treuhand AG eingetragene gewesen, er sei jedoch – ohne formellen Eintrag im Handelsregister – für die Unternehmung im fraglichen Zeitpunkt tätig gewesen. Anlässlich der Vorbereitungsverhandlung vom 18. Juli 2007 vor dem Arbeitsgericht Y. habe P. N. ausdrücklich zugesichert, dass die offenen Lohnforderungen innert der vereinbarten Frist bezahlt würden. Den zuständigen Organen sei die mangelnde Liquidität der X. Immobilien und Treuhand AG seit Sommer 2006 bekannt gewesen, und im Januar 2007 sei die Gesellschaft dann offensichtlich überschuldet gewesen. Die Zahlungsunfähigkeit hätte mit grösster Wahrscheinlichkeit vermieden werden können, wenn der Verwaltungsrat bei den Aktionären der X. Immobilien und Treuhand AG das noch nicht einbezahlte Aktienkapital in der Höhe von Fr. 40'000.-- eingefordert hätte. Damit hätte zumindest vorübergehend die Liquidität entscheidend verbessert werden und die Gesellschaft hätte ihren Lohnverpflichtungen gegenüber dem Kläger nachkommen können. Die Pflichtverletzung der obersten Geschäftsführungsorgane sei kausal für den Schaden des Klägers, indem bei einer rechtzeitig durchgeführten Nachliberierung die Lohnforderungen des Klägers hätten beglichen werden können.

3. P. N. (Beklagter 1) beantragte mit Klageantwort vom 6. November 2009 die kostenfällige Abweisung der Klage und bestritt insbesondere seine Passivlegitimation, da er weder formelles noch faktisches Organ der X. Immobilien und Treuhand AG gewesen sei. Er wandte insbesondere ein, dass der Kläger den Schaden nicht substantiiert dargelegt habe, und auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen, d.h. die Pflichtverletzung, der adäquate Kausalzusammenhang und ein Verschulden des Beklagten 1, nicht nachgewiesen worden seien.

Der Beklagte 2 begründete seinen Antrag auf Klageabweisung in der Klageantwort vom 7. Oktober 2009 insbesondere damit, dass er im Juni 2006 mit sofortiger Wirkung aus



dem Verwaltungsrat der X. Immobilien und Treuhand AG zurückgetreten sei, womit eine Verantwortlichkeit des Beklagten 2 schon aus diesem Grund ausser Betracht falle.

4. Nach Abschluss des Schriftenwechsels trat das Kreisgericht Y. mit Entscheid vom 17. November 2010 auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein und überwies das Verfahren an das Handelsgericht St. Gallen. Wie dieses zu Recht ausführte, stützt der Kläger seine Klage auf Art. 754 OR, womit das Handelsgericht gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO ausschliesslich zuständig ist für diese Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4 zu Art. 15 ZPO).

5. An Schranken stellte der Kläger ein modifiziertes Rechtsbegehren, indem er zusätzlich für die Beträge von Fr. 9'802.15 und Fr. 8'117.55 einen Verzugszins von 5% seit 16. August 2007 verlangte. Die Beklagten beantragten die kostenfällige Abweisung der Klage.

II.

1. Wie der Kläger selber ausführt, macht er mit der vorliegenden Klage Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe der X. Immobilien und Treuhand AG gemäss Art. 754 OR geltend (Klage S. 2 Ziff. 3, S. 5 Ziff. 9). Wie erwähnt, war über die X. Immobilien und Treuhand AG am 12. März 2008 der Konkurs eröffnet worden (kläg.act. 4).

a) Für die Gesellschaftsgläubiger ist im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess die Unterscheidung von direkter (bzw. unmittelbarer) und indirekter (bzw. mittelbarer) Schädigung von grundlegender Bedeutung (OR II-Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar [BSK], 3. Aufl., Basel 2008, Art. 754 N 14).

Eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaftsgläubiger liegt dann vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs die Gesellschaftsgläubiger in ihrem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der Gesellschaft zu schmälern (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 16). Im Konkurs kann der unmittelbare Gläubigerschaden –



gleich wie der mittelbare – nur durch die Konkursmasse eingeklagt werden. Unter der Voraussetzung, dass das Verhalten des fehlbaren Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo beruht, kann ein Gesellschaftsgläubiger auch ausser Konkurs gegen die Organe einer Aktiengesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen (BGE 127 III 377 E. 3b; 125 III 86ff. E. 3a; 122 III 194; Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 73ff., 211; vgl. die Übersicht bei P. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, S. 2444 N 219).

Vorliegend macht der Kläger ausschliesslich geltend, die X. Immobilien und Treuhand AG habe sich im Rahmen eines Vergleichs vor Arbeitsgericht Y. verpflichtet, dem Kläger aus Arbeitsvertrag diverse Beträge zu bezahlen. Sie habe aber in der Folge dieser Verpflichtung nicht nachkommen können, da über sie der Konkurs eröffnet worden sei. Der Beklagte 2 war an dieser Vergleichsverhandlung nicht anwesend. Der Kläger führte in keiner Weise aus, ob und allenfalls in welcher Form der Beklagte 2 beim Vergleichsabschluss mitgewirkt hatte. Der Kläger legt somit in keiner Weise dar, dass dem Beklagten 2 insbesondere ein widerrechtliches Verhalten gemäss Art. 41 OR vorzuwerfen wäre. Aber auch gegenüber dem Beklagten 1 erhebt er einen solchen Vorwurf. Dieser war zwar an der Vergleichsverhandlung vor Arbeitsgericht Y. als Vertreter der X. Immobilien und Treuhand AG anwesend. Der Kläger wirft ihm aber ausschliesslich vor, er habe ausdrücklich zugesichert, dass die X. Immobilien und Treuhand AG die gemäss Vergleich offenen Lohnforderungen innert der vereinbarten Frist bezahlen werde. Nachdem über die X. Immobilien und Treuhand AG in der Folge der Konkurs eröffnet wurde, konnte diese ihrer Zahlungsverpflichtung nicht mehr nachkommen. Ein widerrechtliches Verhalten, welches ausschliesslich dem Beklagten 1 (und nicht der X. Immobilien und Treuhand AG) vorzuwerfen wäre, wird vom Kläger nicht geltend gemacht. Insgesamt steht somit fest, dass der Kläger als Gesellschaftsgläubiger von den Beklagten insbesondere gestützt auf Art. 41 ff. OR keinen Ersatz des direkten Schadens verlangt, welcher von ihm ausser Konkurs gegenüber diesen als Organe der X. Immobilien und Treuhand AG geltend gemacht werden kann.



b) Ein Gesellschaftsgläubiger ist dann mittelbar geschädigt, wenn die Gesellschaft ihren Verpflichtungen im Konkurs nicht mehr nachkommen kann. Der mittelbare Gläubigerschaden kann einzig nach der Konkurseröffnung und zudem nur durch die Konkursmasse (ausser bei deren Verzicht, vgl. Art. 757 Abs. 2 und 3 OR) geltend gemacht werden (BGE 122 III 88; 122 III 193). In BGE 132 III 564 ist das Bundesgericht in teilweiser Abweichung von früheren Entscheiden (BGE 122 III 176; 122 III 190f.; 125 III 88) zu der unter dem alten Aktienrecht geltenden Umschreibung des Begriffs des mittelbaren Schadens zurückgekehrt. Danach ist ein Schaden dann mittelbar, wenn der Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kommt, d.h. wenn der Schaden im Vermögen der Aktionäre oder Gläubiger einzig dadurch eintritt, dass das Vermögen der AG vermindert wurde. Der Gläubiger wird immer erst im Konkurs der AG mittelbar geschädigt, wenn nämlich endgültig feststeht, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht nachkommen kann (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 15, 17 und 20).

Vorliegend wurde das Konkursverfahren nach Eröffnung des Konkurses über die X. Immobilien und Treuhand AG am 19. März 2008 mangels Aktiven eingestellt, wodurch der Kläger als ehemaliger Arbeitnehmer der X. Immobilien und Treuhand AG mittelbar geschädigt wurde, da die Gesellschaft infolge des Konkurses ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen konnte.

2. Gemäss Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR sind im Konkurs der geschädigten Gesellschaft 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 (Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR). Nach der Konkurseröffnung steht der Hauptanspruch der Gläubigergesamtheit zu, wobei diese durch die Konkursverwaltung vertreten wird (BGE 117 II 439; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 757 N 5 und 18; Böckli, a.a.O., S. 2459f. N 275f., 278). Mit dem Verzicht der Konkursverwaltung werden auch die Gesellschaftsgläubiger zur Klage berechtigt (Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR). Dabei machen diese Gläubiger den Anspruch einer Gläubigergesamtheit geltend, wobei ihre Klage auf Ersatz des gesamten Schadens und nicht nur des Verlusts ihrer Forderung geht (BGE 122 III 201; 117 II 441; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 757 N 23). Nicht im Gesetz geregelt ist der Fall, wenn der Konkurs zwar eröffnet, aber dann mangels Aktiven eingestellt worden ist. In



der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass das eigenständige Klagerecht der Gläubiger wieder auflebt. Auch in diesem Fall handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 757 N 26; Böckli, a.a.O., S. 2482 N 352; vgl. BGE 110 II 396). Nachdem ein einheitlicher Anspruch der Gläubigergemeinschaft besteht, haben sich sämtliche Gläubiger, wenn sie ihren Anspruch direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR geltend machen, die Ansprüche der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG abtreten zu lassen bzw. ihre Ansprüche gemeinsam geltend zu machen (Art. 757 Abs. 3 OR; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 757 N 35). Die Abtretungsgläubiger machen denselben, einheitlichen Anspruch geltend, wobei sie aus fremden Recht, nämlich aus demjenigen der Konkursmasse, handeln (BGE 121 III 488). Es besteht in Bezug auf die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Ch. Leuenberger, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: FS Karl Spühler, Zürich 2005, S. 196f. m.w.H.).

Vorliegend behauptet der Kläger nicht, dass er sich als Gläubiger im Konkursverfahren der X. Immobilien und Treuhand AG von der Konkursmasse die Ansprüche hat abtreten lassen. Er führt auch nicht aus, dass weitere Gläubiger die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangt hätten. Damit war grundsätzlich allein die Konkursmasse der X. Immobilien und Treuhand AG berechtigt, die vorliegenden Ansprüche gegenüber Organen der X. Immobilien und Treuhand AG geltend zu machen. Der Kläger führt auch nicht aus, aus welchen Gläubigern sich die Gläubigergesamtheit zusammensetzt, und dass diese nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nunmehr die vorliegenden Verantwortlichkeitsansprüche geltend macht. Der Kläger ist deshalb zur vorliegenden Verantwortlichkeitsklage nicht aktivlegitimiert. Die Klage ist abzuweisen.

3. In Bezug auf den Schaden bzw. die Pflichtverletzung als Voraussetzung der Haftung der Organe der X. Immobilien und Treuhand AG führte der Kläger aus, die Zahlungsunfähigkeit hätte mit grösster Wahrscheinlichkeit vermieden werden können, wenn der Verwaltungsrat bei den Aktionären das noch nicht einbezahlte Aktienkapital in der Höhe von Fr. 40'000.-- eingefordert hätte. Dadurch wäre die Liquidität (mindestens vorübergehend) entscheidend verbessert worden, und die Gesellschaft hätte ihren Lohnverpflichtungen gegenüber dem Kläger nachkommen können.



Auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gilt die sogenannte Differenztheorie, wonach der Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem hypothetischen Stand, den sein Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte, darstellt (BGE 129 III 332; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 13). In den meisten Fällen wird als Schaden der sogenannte Fortführungsschaden geltend gemacht. Dieser besteht im Anwachsen der Überschuldung zu Liquidationswerten zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Konkurs nach Art. 725 Abs. 2 OR oder hilfsweise 729b Abs. 2 OR hätte eröffnet werden müssen, und dem Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung. Grundsätzlich vergrössert jede Verzögerung den Schaden (Böckli, a.a.O., S. 2488 N 369a; BGE 132 III 564 E. 6.3; BSK OR II-Widmer/Gericke/

Waller, Art. 754 N 22).

Vorliegend erlitt der Kläger gemäss seinen Ausführungen einen Schaden, da über die X. Immobilien und Treuhand AG der Konkurs eröffnet worden war, womit diese nicht imstande war, die Lohnforderungen des Klägers zu bezahlen. Die Höhe dieses Betrages entspricht indessen in keiner Weise dem Schaden, welcher der Gesellschaft infolge des behaupteten pflichtwidrigen Verhaltens der Organe der X. Immobilien und Treuhand AG entstanden sein soll. Die Höhe eines solchen Schadens könnte, auch wenn davon ausgegangen würde, es habe eine Nachliberierungspflicht in der Höhe von Fr. 40'000.-- bestanden, nicht mit dem Betrag der zu leistenden Nachliberierung in der Höhe von Fr. 40'000.-- gleichgesetzt werden. Auch wenn die Aktivlegitimation zu bejahen wäre, hätte der Kläger Bestand und Höhe des (mittelbaren) Schadens in keiner Weise nachgewiesen.