

## 2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

### BGer 4A\_496/2018: Anwendbarkeit der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist auf den Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_496/2018 vom 21. Juni 2019, A. gegen B., C., D. und E., Haftung des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle, strafrechtliche Verjährung (Art. 760 Abs. 2 OR), Unterbrechung der Verjährung.



MICHAEL HOCHSTRASSER\*



PIA HUNKEMÖLLER\*\*

### I. Sachverhalt

Die L. AG und die M. AG schlossen am 22. Dezember 2006 einen Generalunternehmervertrag. Die M. AG verpflichtete sich, auf dem Grundstück von A., dem Sohn der Verwaltungsratspräsidentin der L. AG, zwei Villen zu bauen.

Am 12. November 2008 fiel die M. AG in Konkurs. Die L. AG gab im Konkurs eine Forderung von rund CHF 665'000 ein, später eine ergänzende Forderung von rund CHF 95'000. Weiter stellte sie den Antrag, eine Forderung aus Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR gegen die Verwaltungsräte B., C. und D. sowie die Revisionsstelle E. der M. AG im Inventar aufzunehmen.

Die Konkursmasse erstatte am 22. Oktober 2010 Strafanzeige gegen die Verwaltungsräte B., C. und D. wegen Misswirtschaft und Urkundenfälschung und konstituierte sich als Privatklägerin.

Am 23. August 2011 trat die Konkursmasse die inventarisierten Verantwortlichkeitsansprüche an die abtretungswilligen Gläubiger, darunter die L. AG, ab. Die L. AG trat ihrerseits am 12. November 2011 ihre gesamte Forderung an A. ab.

A. und zwei weitere Gläubiger konstituierten sich im Strafverfahren als Privatkläger im Zivil- und im Strafpunkt. Mit Verfügung vom 17. Juni 2014 verweigerte die Staats-

anwaltschaft A. die Konstituierung als Privatkläger, da er als Abtretungsgläubiger nur indirekt geschädigt sei. Diese Verfügung trat unangefochten in Rechtskraft.

Das Strafverfahren wurde mit Verfügung vom 15. Oktober 2015 eingestellt.

Am 13. November 2015 erhob A. eine Verantwortlichkeitsklage gegen B., C. und D. sowie E.

Das Tribunal de première instance von Genf und das Obergericht des Kantons Genf wiesen die Klage infolge Verjährung ab. A. erhob Beschwerde an das Bundesgericht.

### II. Urteil

A. machte zum einen geltend, die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 760 Abs. 1 OR sei unterbrochen worden, weil er zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren geltend gemacht habe. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass nach Art. 115 Abs. 1 StPO als geschädigte Person gelte, wer durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden sei; als Privatkläger gelte die geschädigte Person, die ausdrücklich erkläre, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Nach der Rechtsprechung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts<sup>1</sup> habe die Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht zur Folge, dass die Geschädigtenstellung des Gemeinschuldners auf den Abtretungsgläubiger übergehe. Der Abtretungsgläubiger handle nicht für den Gemeinschuldner, sondern in eigenem Namen. Weil A. als Abtretungsgläubiger nur indirekt geschädigt sei, könne er im Strafverfahren keine zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen, und er habe mit seinen Handlungen als vermeintlicher Privatkläger die laufende Verjährung nicht unterbrechen können (E. 3).

Zum anderen machte A. geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht die längere strafrechtliche Verjährungsfrist von Art. 760 Abs. 2 OR angewendet. Nach Art. 760 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 StGB würde eine 15-jährige Frist gelten; die Forderung von A. wäre in diesem Fall noch nicht verjährt (E. 4.1.1).

Das Bundesgericht verwies auf seine Rechtsprechung zu Art. 60 Abs. 2 OR, die sich auf Art. 760 Abs. 2 OR übertragen lasse. Es erinnerte daran, dass zivilrechtliche Ansprüche grundsätzlich nach den Regeln des Privatrechts verjähren. Die Anwendung der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist diene einzig der Harmonisierung der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Verjährungsregeln. Es gelte zu vermeiden, dass ein Geschädigter seine zivilrecht-

\* MICHAEL HOCHSTRASSER, PD Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Privatdozent an der Universität Zürich.

\*\* PIA HUNKEMÖLLER, MLaw, Rechtsanwältin in Winterthur.

<sup>1</sup> BGE 140 IV 155 E. 3.4.

lichen Ansprüche verliere, während die viel einschneidendere Strafverfolgung weiter möglich sei (E. 4.1.2).<sup>2</sup>

Dementsprechend setze die Berufung auf die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 760 Abs. 2 OR Folgendes voraus: (1) Die dem Schaden zugrunde liegende Handlung ist objektiv und subjektiv strafbar; (2) die strafbare Handlung ist natürlich und adäquat kausal für den im Zivilverfahren geltend gemachten Schaden; und (3) die sich auf Art. 760 Abs. 2 OR berufende Person ist durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden im Sinn von Art. 115 StPO.<sup>3</sup> Die Beweislast für diese Voraussetzungen trage der Gläubiger (E. 4.1.3 und 4.1.4).

Damit die erste Voraussetzung erfüllt gewesen wäre, hätte die Vorinstanz die Einstellungsverfügung vom 15. Oktober 2015 vorfrageweise für nichtig erklären müssen. Das Bundesgericht liess offen, ob ein Zivilgericht die Kompetenz hat, eine strafrechtliche Einstellungsverfügung für nichtig zu erklären.<sup>4</sup> Eine Prüfung dieser Frage erübrige sich, da A. nicht direkter Geschädigter im Sinn von Art. 115 StPO sei und er sich deshalb nicht nach Art. 760 Abs. 2 OR auf die längere strafrechtliche Verjährungsfrist berufen könne (E. 4.2).

Das Bundesgericht wies die Beschwerde von A. ab.

### III. Anmerkungen

Das vorliegende Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung knüpft an BGE 140 IV 155 an. In jenem Entscheid hatte die strafrechtliche Abteilung ihre Rechtsprechung zum Begriff der geschädigten Person bestätigt und in Bezug auf die Stellung des Abtretungsgläubigers im Sinn von Art. 260 SchKG präzisiert. Sie hatte erwogen, dass der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko handle, er jedoch nicht Träger des abgetretenen Anspruchs werde; abgetreten werde nur das Prozessführungsrecht der Masse. Es handle sich um eine Form der Prozessstandschaft. Die Rechtsansprüche der Konkursmasse gingen weder rechtsgeschäftlich noch von Gesetzes wegen auf den Abtretungsgläubiger über (Art. 121 StPO). Der Abtretungsgläubiger sei deshalb nicht berechtigt, Zivilansprüche des Gemeinschuldners im Strafverfahren geltend zu machen, wenn er nicht selbst unmittelbar in seinen Rechten verletzt sei.<sup>5</sup>

BGE 140 IV 155 fand in der Lehre eher wenig Beachtung. Vereinzelt erfuhr er Kritik<sup>6</sup>, am schärfsten von GRAF<sup>7</sup>. Dieser kritisierte, es laufe der Natur des Adhäsionsprozesses als «ein Stück Zivilprozess» zuwider, wenn der Abtretungsgläubiger die Rechte des Gemeinschuldners nicht vertretungsweise geltend machen könne. Eine Unterscheidung zwischen der Konkursverwaltung als Vertreterin des Gemeinschuldners und den Abtretungsgläubigern als Prozessstandschaftern sei nicht gerechtfertigt.

Der hier besprochene Entscheid ist eine logische Weiterentwicklung von BGE 140 IV 155. Wenn der Abtretungsgläubiger nicht geschädigte Person im Sinn von Art. 115 StPO ist und er sich nicht als Privatkläger konstituieren kann, dann ist es konsequent, ihm auch die Berufung auf die längere strafrechtliche Verjährungsfrist zu verweigern.

Die Abtretung nach Art. 260 SchKG unterscheidet sich grundlegend von der Abtretung nach Art. 164 ff. OR. Darauf hat das Bundesgericht bereits in BGE 140 IV 155 hingewiesen. Während bei der materiell-rechtlichen Abtretung der gesamte Anspruch auf den Zessionar übergeht, handelt der Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG im Prozess zwar in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, er wird aber nicht Träger des abgetretenen Anspruchs.<sup>8</sup> Träger dieses Anspruchs bleibt die Konkursmasse. Insofern leuchtet der besprochene Entscheid ein.

Der Entscheid wirft aber neue Fragen auf, wenn der Anspruch wieder an die Konkursmasse zurückfällt. Meist behält die Masse sich den Widerruf der Abtretung vor, insbesondere für den Fall, dass der Abtretungsgläubiger untätig bleibt.<sup>9</sup> Auch der Abtretungsgläubiger kann jeder-

<sup>2</sup> BGE 136 III 502 E. 6.1.

<sup>3</sup> So bereits BGE 136 III 502 E. 6.1.

<sup>4</sup> Das Bundesgericht wies allerdings darauf hin, dass es sich bei der Nichtigerklärung von strafrechtlichen Verfügungen zurückhalte (E. 4.2 mit Hinweis auf BGer, 6B\_120/2018, 31.7.2018, E. 2.2, und BGer, 6B\_667/2017, 15.12.2017, E. 3.1).

<sup>5</sup> BGE 140 IV 155 E. 3.4.4 und 3.4.5.

<sup>6</sup> MATTHIAS HÄUPTLI, in: Dominik Milani/Marc Wohlgenuth (Hrsg.), Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Art. 80 KOV N 7 (ohne Begründung); ANDREW M. GARBARSKI, *Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse* (art. 260 LP), *Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_236/2014 du 1<sup>er</sup> septembre 2014*, GesKR 2014, 536 ff., 540, der dem Entscheid grundsätzlich zustimmt, jedoch *de lege ferenda* eine Anpassung von Art. 260 SchKG und Art. 121 StPO anregt. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hatte am 5. August 2004, noch unter der früheren zürcherischen Strafprozessordnung, die Legitimation eines Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG zur Adhäsionsklage bejaht (ZR 2005, Nr. 6, 14 ff., 19 f.).

<sup>7</sup> DAMIAN K. GRAF, *Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess*, Jusletter vom 3.11.2014, N 22 f.

<sup>8</sup> BGE 140 IV 155 E. 3.4.4.

<sup>9</sup> Formular Nr. 7K gemäss Art. 2 Ziff. 6 KOV; BSK SchKG-BERTI, Art. 260 N 50, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010. Ohne solchen Vorbehalt ist ein Widerruf nur mit dem Einverständnis der Abtretungsgläubiger möglich (CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*,

zeit auf das Prozessführungsrecht verzichten.<sup>10</sup> Verzichten sämtliche Abtretungsgläubiger auf die Geltendmachung, fällt der Anspruch zurück an die Masse. Es stellt sich die Frage, ob die Masse, für welche die längere strafrechtliche Verjährungsfrist von Art. 760 Abs. 2 OR gilt, den Verantwortlichkeitsanspruch noch geltend machen kann, wenn der Abtretungsgläubiger zuvor wegen Verjährung unterlegen war – oder ob dann eine abgeurteilte Sache vorliegt.

Das beklagte Organ ist in beiden Fällen identisch. Ebenso geht es um die gleichen Handlungen oder Unterlassungen des Organs, welche die Verantwortlichkeit begründen. Der Abtretungsgläubiger und der Gemeinschuldner bzw. die Konkursmasse sind zwar nicht identisch. Die Sachlegitimation verbleibt aber bei der Konkursmasse, d.h. bei der Gläubigergesamtheit.<sup>11</sup> Dem Prozessstandschafter kommt lediglich die Prozessführungsbefugnis zu.<sup>12</sup> In der Lehre ist anerkannt, dass die Rechtskraft des durch einen Prozessstandschafter geführten Prozesses die sachlegitimierte Person bindet.<sup>13</sup> Dies alles spricht für das Vorliegen einer abgeurteilten Sache.

Hingegen macht der Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG den Anspruch gemäss Bundesgericht gerade nicht vertretungsweise geltend. Für ihn gilt eine andere, kürzere Verjährungsfrist (Art. 760 Abs. 1 OR) als für die Masse (Art. 760 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 StGB). In Weiterentwicklung des besprochenen Entscheids wäre es daher konsequent, die Einrede der res iudicata zu verwerfen und der Masse zu erlauben, ihren Anspruch gestützt auf die längere strafrechtliche Verjährungsfrist durchzusetzen. Nur so wäre auch das Ziel von Art. 760 Abs. 1 OR, die zivilrechtlichen und die strafrechtlichen Verjährungsregeln zu

harmonisieren, erreicht. Man darf gespannt sein, wie das Bundesgericht die Frage der res iudicata entscheiden wird.

Diese Probleme im Zusammenhang mit der abgeurteilten Sache stellten sich nicht, wenn man ein Feld vorher der durchaus berechtigten Kritik GRAFS folgte und es zuliesse, dass der Abtretungsgläubiger die Rechte des Gemeinschuldners vertretungsweise geltend macht. Dann könnte sich der Abtretungsgläubiger im Strafverfahren als Privatkläger konstituieren und von der längeren Verjährungsfrist profitieren.

Die Gläubiger und die Konkursverwaltung sind in jedem Fall gut beraten, bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG auf die Verjährung zu achten. Dies gilt in den Fällen von Art. 760 Abs. 2 OR, aber auch und wegen der kürzeren relativen Verjährungsfrist erst recht bei Art. 60 Abs. 2 OR. Es besteht ein erhebliches Risiko, dass die Masse nicht mehr klagen kann, wenn der Abtretungsgläubiger unterlegen ist, weil sein Anspruch verjährt war.

Band II, Art. 159–292, 4. A., Zürich 1997, Art. 260 SchKG N 8; HÄUPTLI [FN 6], Art. 80 KOV N 18).

<sup>10</sup> BGE 144 III 552 E. 4.1.1; vgl. auch BGE 121 III 291 E. 3a, wonach der Abtretungsgläubiger zur Geltendmachung des Rechtsanspruchs nicht verpflichtet ist.

<sup>11</sup> SIMON ZINGG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-ZINGG), Art. 59 ZPO N 61; ANDREW M. GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, Quelques réflexions suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_384/2016 du 1<sup>er</sup> février 2017, GesKR 2018, 452 ff., 460.

<sup>12</sup> ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 59 ZPO N 67 f.; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 13 N 24 f.

<sup>13</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 12), § 24 N 15b; BK-ZINGG (FN 11), Art. 59 ZPO N 139; CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel, Basel 2016, N 328.