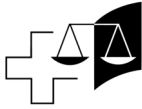


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**4A\_623/2017**

**Urteil vom 24. August 2018**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas.  
Gerichtsschreiber Brugger.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ Corporation,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Martin Burkhardt  
und Robin Moser,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Nina J. Frei,  
Beschwerdegegner,

Gegenstand  
Aktienrechtliche Verantwortlichkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Zug, I. Zivilabteilung, vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 8).

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a.** Die C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation bezweckte den Handel mit Rohmaterialien. Sie wurde am 30. Oktober 2000 ins Handelsregister des Kantons Zug eingetragen. B. \_\_\_\_\_ (Beklagter, Beschwerdegegner) war seit Ende 2008 einziger Verwaltungsrat der C. \_\_\_\_\_ AG. Die A. \_\_\_\_\_ Corporation mit Sitz in U. \_\_\_\_\_ (Klägerin, Beschwerdeführerin), gehört zum weltweit tätigen D. \_\_\_\_\_-Konzern, für den sie vor allem Roheisen beschafft.

**A.b.** Am 7. November 2008 schlossen die Klägerin und die C. \_\_\_\_\_ AG einen Vertrag über die Lieferung von 48'000 bis 50'000 Tonnen Roheisen ab. Nachdem die C. \_\_\_\_\_ AG die gewünschte Menge Roheisen nicht geliefert hatte, reichte die Klägerin am 10. Juli 2009 beim Kantonsgericht Zug gegen die C. \_\_\_\_\_ AG eine Klage ein, mit der sie wegen Verletzung des Liefervertrages Schadenersatz von rund USD 4 Mio. geltend machte.

**A.c.** Am 23. Dezember 2009 verkaufte die C. \_\_\_\_\_ AG, vertreten durch den Beklagten, per 30. November 2009 Betriebsteile an ihre Schwestergesellschaft E. \_\_\_\_\_ GmbH. Mit diesem Vertrag wurden "im Sinne einer Singularsukzession" Aktiven und ausgewählte Passiven der C. \_\_\_\_\_ AG an die E. \_\_\_\_\_ GmbH übertragen bzw. von dieser übernommen. Der Kaufpreis wurde auf USD 1.00 festgelegt. In einem Schreiben vom 23. Dezember 2009 beurteilte die von der C. \_\_\_\_\_ AG mit der Erstellung einer "Fairness Opinion" beauftragte F. \_\_\_\_\_ AG den Verkaufspreis von einem US-Dollar "aus finanzieller Sicht als fair und angemessen".

**A.d.** Mit Eingabe vom 29. April 2010 benachrichtigte die C. \_\_\_\_\_ AG wegen Überschuldung den Konkursrichter, der daraufhin über die C. \_\_\_\_\_ AG mit Verfügung vom 30. April 2010 den Konkurs eröffnete. In diesem Konkurs wurde die Klägerin mit einem Betrag von Fr. 4'430'036.-- (Schadenersatzforderung von Fr. 4'361'411.-- zuzüglich Parteientschädigung von Fr. 68'625.--) in der 3. Klasse kolloziert. Nachdem die Mehrheit der Gläubiger im Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG auf die Geltendmachung von Rechtsansprüchen der Masse verzichtet hatte, trat das Konkursamt Zug mit Verfügung vom 25. März 2011 die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Gründer und Organe der C. \_\_\_\_\_ AG gemäss Art. 260 SchKG an die Klägerin ab.

## **B.**

**B.a.** Mit Klage vom 14. September 2012 beim Kantonsgerichts Zug beantragte die Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 5 Mio. nebst Zins zu 5 % seit dem 23. Dezember 2009 zu bezahlen und es sei der diesbezügliche Rechtsvorschlag aufzuheben. Das Kantonsgericht schützte die Klage mit Entscheid vom 4. Februar 2016 teilweise. Es verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 4'786'790.74 nebst Zins zu 5 % seit 23. Dezember 2009 zu bezahlen und stellte fest, dass die Klägerin die Betreuung Nr. xxx des Betreibungsamtes Zug in diesem Umfang fortsetzen kann.

**B.b.** Mit Urteil vom 24. Oktober 2017 hiess das Obergericht Zug die vom Beklagten gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhobene Berufung gut und wies die Klage kostenfällig ab. Es erwog, dass der Beklagte mit dem Verkauf von Betriebsteilen der C. \_\_\_\_\_ AG an die E. \_\_\_\_\_ GmbH allenfalls das Vermögenssubstrat der Gläubiger vermindert habe, der C. \_\_\_\_\_ AG selber aber keinen Schaden zugefügt habe, den die Gesellschaft oder ihre Abtretungsgläubiger im Konkurs mit einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage dem Beklagten gegenüber geltend machen könnten. Es würden sich daher weitere Ausführungen zu allfälligen Pflichtverletzungen des Beklagten und zur Kausalität erübrigen. Ebenso könne offen bleiben, ob und inwieweit Anfechtungsansprüche gemäss Art. 285 ff. SchKG bestünden. Solche Ansprüche seien nämlich nicht Gegenstand des Verfahrens, da sich die Klägerin solche nicht habe abtreten lassen. Zu verneinen sei sodann auch, dass ein unmittelbarer Schaden im Vermögen der Klägerin eingetreten sei, den sie als Konkursgläubigerin ausschliesslich und ohne Einschränkung selber geltend machen könne. Die Konkurs- und Betreibungsdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB seien nämlich keine Schutznormen im Sinn von Art. 41 OR. Im Übrigen habe die Klägerin weder substantiiert, noch bewiesen, inwiefern die behaupteten Pflichtverletzungen des Beklagten widerrechtlich gewesen seien und bei der Klägerin unmittelbar zu einem Schaden geführt haben sollen. Somit bestehe keine Forderung gestützt auf Art. 41 OR.

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 27. November 2017 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 24. Oktober 2017 sei aufzuheben, die Berufung sei kostenfällig abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 4. Februar 2016 zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner trägt auf Abweisung der Beschwerde an, ebenso die Vorinstanz. Mit Präsidialverfügung vom 7. Februar 2018 wurde dem Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Der Sitz der C. \_\_\_\_\_ AG befand sich - ebenso wie der ursprüngliche Wohnsitz des Beschwerdegegners - im Kanton Zug. Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in U. \_\_\_\_\_. Es ist unbestritten (und zutreffend), dass für die vorliegende Streitigkeit aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit schweizerische Gerichte zuständig sind und schweizerisches Recht anwendbar ist.

### **2.**

**2.1.** Die Vorinstanz stellte fest, die Erstinstanz habe sich auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 (sog. "Raichle-Entscheid") gestützt. Dort habe dieses festgehalten, dass in der streitgegenständlichen Darlehensrückzahlung kurz vor dem Konkurs der Gesellschaft eine Pflichtverletzung der Organe gelegen habe. Dies habe insoweit zu einer Schädigung der Gläubiger geführt, als dass durch die vollumfängliche Tilgung einer einzelnen Schuld und der damit einhergehenden Verminderung des Verwertungssubstrats die Werthaltigkeit ihrer Forderungen (im Konkurs) beeinträchtigt worden sei. Die Konkursverwaltung sei diesfalls befugt, das zur Masse gehörende Vermögen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger durch Verantwortlichkeitsklagen erhältlich zu machen. Mit andern Worten habe das Bundesgericht der Konkursverwaltung die Aktivlegitimation zuerkannt, den Schaden, der den Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden war, mittels Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Organe geltend zu machen, unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft (bzw. im Konkurs bei der Konkursmasse) eine Vermögensverminderung, mithin ein Schaden vorgelegen habe. Diese "Raichle"-Rechtsprechung, so die Vorinstanz weiter, habe das Bundesgericht aber mit **BGE 142 III 23** aufgegeben. Es habe erkannt, dass die Klage der Gesellschaft selber bzw. der Nachlassmasse

voraussetze, dass im Vermögen der Gesellschaft selber bzw. deren Masse ein Schaden im Sinne der Differenztheorie eingetreten sei. Nicht darunter würden Ansprüche der Gläubiger aus einer Schädigung fallen, die allein sie im Konkurs wegen einer blossen Verminderung des Verwertungssubstrats infolge Bezahlung einer fälligen Schuld durch die Gesellschaft erlitten hätten, ohne dass gleichzeitig eine Schädigung der Gesellschaft vorliege. Eine solche, die Stellung der nicht befriedigten Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechternde Verminderung des Verwertungssubstrats in der Konkurs- bzw. der Nachlassmasse könne Gegenstand einer gegen den Zahlungsempfänger gerichteten paulianischen Anfechtung durch die Masse sein.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts müsse auch gelten, wenn die Konkursverwaltung wie im vorliegenden Fall nicht selber klage, sondern ihr Klagerecht an die Gläubiger abgetreten habe. Vorliegend würde der Masse somit zur Rückgängigmachung einer Verminderung von Verwertungssubstrat einzig die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung stehen. Diese richte sich aber nicht gegen ein fehlbares Organ, sondern gegen den Begünstigten einer anfechtbaren Handlung.

**2.2.** Die Vorinstanz hat **BGE 142 III 23** zutreffend wiedergegeben. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies denn auch nicht. Sie macht aber geltend, mit **BGE 142 III 23** habe das Bundesgericht eine *eklatante Schutzlücke* geschaffen, denn die paulianische Anfechtungsklage, auf die es verweise, sei in komplexen Fällen kein tauglicher Rechtsbehelf. Sie begründet dies mit drei Argumenten:

Die paulianische Anfechtung sei geeignet, wenn kurz vor der Konkursöffnung zum Schaden der Gläubiger Geld überwiesen werde. Schwieriger werde es, wenn die Gläubigerschädigung durch eine Übertragung nicht individualisierter Sachen bewirkt wird, weil die zurückgeforderten Objekte in der Klage bzw im Rechtsbegehren hinreichend spezifiziert werden müssten. Unmöglich sei die paulianische Anfechtungsklage dann, wenn die Gläubigerschädigung - wie hier - durch die Übertragung eines ganzen Betriebs mit hunderten von Forderungen, Guthaben, Verträgen, Beteiligungen und Objekten erfolge. Gestützt auf den Kaufvertrag vom 23. Dezember 2009 habe die C. \_\_\_\_\_ AG im Sinn einer Singularsukzession ihren ganzen Betrieb mit einem Gesamtwert von USD 126'581'769.-- an ihre Schwestergesellschaft E. \_\_\_\_\_ GmbH veräussert. Aufgrund der rudimentären Spezifizierung der übertragenen Vermögenswerte hätten nur die beiden Gesellschaften gewusst, was genau übertragen worden sei. Eine für die paulianische Anfechtung notwendige genaue Bezeichnung der zurückzugebenden Objekte wäre also gar nicht möglich gewesen. Selbst wenn sie möglich gewesen wäre, hätte sich alleine das Rechtsbegehren, welches einen für eine spätere Vollstreckung hinreichenden Spezifizierungsgrad aufgewiesen hätte, wohl über mehrere hundert Seiten erstreckt.

Der Streitwert der Anfechtungsklage sei sodann unter Umständen um ein Vielfaches höher als der Streitwert der Verantwortlichkeitsklage, denn bei der Anfechtungsklage richte sich der Streitwert nach dem Wert des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts und nicht nach der Höhe des zurückzufordernden Geldbetrages. Vorliegend wäre der Streitwert für die Anfechtungsklage bei USD 126 Mio. gelegen, während jener für die Verantwortlichkeitsklage Fr. 5 Mio. betragen habe. Aufgrund dieser abschreckenden Wirkung sei die Anfechtungsklage für viele Konkursgläubiger keine Option.

Schliesslich sei die paulianische Anfechtungsklage dann nicht zielführend, wenn der Anfechtungsbeklagte seinen Wohnsitz im Ausland habe. Gemäss Art. 171 IPRG in Verbindung mit Art. 289 SchKG sei die Anfechtungsklage gegen Beklagte mit Wohnsitz im Ausland am Konkursort einzureichen. Eine Vollstreckung von in der Schweiz erwirkter Anfechtungsurteile sei aber in vielen Staaten (z.B. in Liechtenstein, Österreich, Deutschland, Vereinigtes Königreich) nicht möglich. Werde die Anfechtungsklage dagegen im Ausland erhoben, sei offen, ob das in diesem Staat anwendbare Zwangsvollstreckungsrecht vergleichbaren Rechtsschutz wie die schweizerische paulianische Anfechtungsklage gewährleiste. Wohl weil das Argument im Verfahren von **BGE 142 III 23** nicht vorgetragen worden sei, habe das Bundesgericht dort unberücksichtigt gelassen, dass eine Anfechtungsklage regelmässig dann kein tauglicher Rechtsbehelf ist, wenn Vermögenswerte ins Ausland übertragen wurden. Die Beschwerdeführerin ersuche das Bundesgericht daher, seine in **BGE 142 III 23** entwickelte Rechtsprechung dahingehend zu präzisieren, dass die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger zumindest dann berechtigt sind, den Schaden der Gläubiger geltend zu machen, wenn die Gläubigerschädigung - wie hier - aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mit einer paulianischen Anfechtungsklage behoben werden könnte.

**2.3.** Damit beantragt die Beschwerdeführerin eine Änderung der Rechtsprechung.

Die Änderung einer Rechtsprechung lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (Urteile 4A\_576/2017 vom 11. Juni 2018 E. 2.2 und 4A\_7/2018 vom 18. April 2018 E. 2.3.1, beide zur Publikation vorgesehen; **BGE 143 IV 9** E. 2.4; **138 III 359** E. 6.1; **137 V 314** E. 2.2 S. 316 f.; **136 III 6** E. 3; **135 I 79** E. 3). Die Beschwerdeführerin legt keine solchen Gründe dar.

**2.3.1.** Vorerst ist festzustellen, dass die mit **BGE 142 III 23** vollzogene Präzisierung der Rechtsprechung gegenüber dem "Raichle"-Entscheid bzw. die Rückkehr zum früheren Verständnis der Aktivlegitimation bezüglich der Geltendmachung von lediglich im Vermögen der Gläubiger eingetretenem Schaden in der Lehre überwiegend positiv aufgenommen wurde (Olivier BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016 S. 232 ff., 235, 241, 249 [welche sich bereits positiv zur Einleitung dieser Rechtsprechungsänderung in **BGE 131 III 306** und 132 III 564 äussern]; Dominique MÜLLER/HANNES KIESER, Keine Aktivlegitimation der Masse zur

Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, GesKR 2016 S. 112 ff., 115; Peter Nobel, Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, 2017, § 4 N. 325 ff., N. 330; Dieter G ERICKE/ STEFAN WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2016, N. 20 zu Art. 754 OR; wohl ebenfalls: MARKUS M. VISCHER, "Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016 S. 1487 ff., 1495). Die Beschwerdeführerin stützt sich namentlich auf einen Aufsatz von STOFFEL (WALTER A. STOFFEL, Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber u.A. [Hrsg.], Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, 2017, S. 239 ff.). Auch dieser Autor anerkennt aber, dass dogmatische Gründe für die Argumentation gemäss **BGE 142 III 23** sprechen (STOFFEL, a.a.O., S. 246). Es ist in der Tat kein Grund ersichtlich, weshalb in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - als Anwendungsfall der privatrechtlichen Haftpflicht - ein anderer Schadenbegriff gelten soll.

**2.3.2.** Was die von der Beschwerdeführerin und STOFFEL geortete Schutzlücke im Verantwortlichkeitsrecht betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger bei fehlendem Gesellschaftsschaden befugt ist, seinen individuellen Schaden einzuklagen (vgl. Erwägung 4 hiernach). Nicht stichhaltig ist der Einwand der Beschwerdeführerin, das setze ungenügende Anreize, weil nie alle Gläubiger ihren eigenen Schaden geltend machen, sodass das pflichtvergessene Organ damit rechnen könne, dass ein Grossteil des Schadens zu seinem eigenen Vorteil (da es häufig um Transaktionen zum eigenen Vorteil gehe) nicht liquidiert werde. Auch in andern Bereichen als dem Verantwortlichkeitsrecht verzichteten Geschädigte zuweilen auf das Geltendmachen ihrer Ansprüche. Das reicht offensichtlich nicht, um eine Änderung der Rechtsprechung zu begründen.

Auch das von der Beschwerdeführerin angeführte Ungenügen der paulianischen Anfechtung seitens der Masse vermag dies nicht. Es mag zutreffen, dass die Formulierung eines Rechtsbegehrens der Anfechtungsklage bei umfangreicheren Vermögensverschiebungen Schwierigkeiten bereiten kann. Vorliegend reichte die Beschwerdeführerin aber den Kaufvertrag samt 24 Anhängen ins Recht, mit dem Vermögenswerte von der C. \_\_\_\_\_ AG auf die E. \_\_\_\_\_ GmbH übertragen wurden. Dass es gestützt darauf nicht möglich gewesen wäre, eine Anfechtungsklage einzureichen, vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, indem sie sich bloss pauschal darauf beruft, dass die Vermögenswerte im Kaufvertrag nur "rudimentär" spezifiziert gewesen seien. Dies zumal sie - nach den unbestritten gebliebenen Vorbringen des Beschwerdegegners - durchaus in der Lage gewesen war, ein Schlichtungsgesuch für eine actio pauliana einzureichen, dieses aber nicht weiterfolgte.

Mit der Beschwerdeführerin ist sodann zwar davon auszugehen, dass bei einer Anfechtungsklage aufgrund des höheren Streitwerts das Prozessrisiko höher sein kann als bei einer Verantwortlichkeitsklage. Dem kann aber, wie der Beschwerdegegner zu Recht geltend macht, im Rahmen der prozessualen Behandlung dieser Klage Rechnung getragen werden, indem angesichts der Kann-Formulierung in Art. 98 ZPO lediglich ein reduzierter Kostenvorschuss verlangt wird bzw. bei der Kostenverteilung von den Verteilungsgrundsätzen nach Ermessen abgewichen wird (Art. 107 Abs. 1 ZPO).

Auf die Frage, ob die allfällige fehlende rechtliche Durchsetzbarkeit bei einer Vermögensverschiebung ins Ausland zu einer andern Beurteilung führen könnte, braucht nicht weiter eingegangen zu werden, da die Vermögenswerte an die E. \_\_\_\_\_ GmbH übergeben wurden und die Beschwerdeführerin nicht darlegt, dass diese ihren Sitz im Ausland hat oder die Vermögenswerte ins Ausland transferiert wurden. Vielmehr macht der Beschwerdegegner umgekehrt geltend, der Sitz der E. \_\_\_\_\_ GmbH sei unbestritten ebenfalls in Zug und es seien keine Vermögenswerte ins Ausland verschoben worden, was die Beschwerdeführerin nicht bestreitet.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass die vorgesehene Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Problematik zum Teil entschärft: Ausländische Entscheidungen über Anfechtungsansprüche und ähnliche Entscheidungen können künftig unter bestimmten Voraussetzungen in der Schweiz anerkannt werden (vgl. Art. 174c rev. IPRG; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag] vom 24. Mai 2017, BBI 2017 S. 4125 ff. insb. S. 4143 f.; BBI 2018 S. 1505 ff.; Rodrigo Rodriguez, Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG, in: Grolimund et. al. [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder, 2018, S. 295 ff., insb. S. 310 f.). Dies könne nach neuster Lehre im Weiteren die Anerkennung eines schweizerischen Anfechtungsurteils im Ausland erleichtern (Christoph Keller, Die Vollstreckbarkeit schweizerischer Anfechtungsurteile in Deutschland - Gedanken aus Anlass der Reform der EulnsVO und des IPRG, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 2018, S. 81 ff. S. 88 f.).

Nach dem Gesagten führen die von der Beschwerdeführerin angerufenen prozessualen Schwierigkeiten der Anfechtungsklage nicht ohne Weiteres dazu, dass ein allfälliger Schaden mittels Verantwortlichkeitsklage geltend gemacht werden könnte.

### 3.

**3.1.** Die Vorinstanz erwog sodann, die Rechtsprechung gemäss **BGE 142 III 23** müsse auch gelten, wenn nicht wie in jenem Entscheid die Konkursverwaltung klage, sondern wie vorliegend ein Gläubiger im Rahmen einer Abtretung nach Art. 260 SchKG. Mit der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche erhalte der Gläubiger nämlich einzig das Recht, auf Ersatz des Schadens der Gesellschaft zu klagen, wobei er sich nicht auf seine individuellen Rechte, sondern auf einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit stütze. Er klage in Prozessstandschaft und nehme bloss die verfahrensrechtliche Stellung der Konkursmasse ein. Die Masse bleibe dabei Trägerin der (behaupteten) Ansprüche.

**3.2.** Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, gemäss **BGE 142 III 23** könnten pflichtwidrige Handlungen zu einem Schaden durch Verminderung des Verwertungssubstrats führen und dieser Schaden im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage geltend gemacht werden. Das Bundesgericht habe solche Schäden nicht vom Anwendungsbereich der Verantwortlichkeitsklage ausgenommen, sondern *einzig die Aktivlegitimation der Konkursverwaltung* zur Geltendmachung solcher Ansprüche *beschränkt*. Könnten aber solche Ansprüche im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage eingeklagt werden, müsse auch feststehen, dass ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG solche Ansprüche einklagen könne. Denn der Abtretungsgläubiger vereine sämtliche Rechte auf sich: Er könne eigene Rechte und eigenen Schaden geltend machen; er könne als Vertreter der Masse die Ansprüche der Masse einklagen und er könne schliesslich drittens als Prozessstandschafter der Gläubigergesamtheit den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit und somit auch Schäden anderer Gläubiger geltend machen. Es bestehe kein Grund, die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers einzuschränken, denn er sei der letzte verbliebene potenziell Aktivlegitimierte, nachdem die Konkursverwaltung und die andern Gläubiger auf eine Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche verzichtet hätten.

**3.3.** In **BGE 142 III 23** war einzig die Klage der Konkursverwaltung bzw. der Nachlassmasse zu beurteilen. Dabei wurde klargestellt, dass ein Schaden, der einzig im Vermögen von Konkursgläubigern eingetreten ist, ausschliesslich und ohne Einschränkungen von den nicht befriedigten Gläubigern geltend gemacht werden könne. Entsprechend war die Nachlassmasse in **BGE 142 III 23** nicht legitimiert, den von ihr eingeklagten Schaden, bestehend aus einer blossen Verminderung des Verwertungssubstrates, mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen (zit. Entscheid E. 4.3).

**3.4.** Das Gleiche gilt, wenn anstatt der Konkursverwaltung ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG klagt: Nach der Konkurseröffnung steht es in erster Linie der Konkursverwaltung zu, Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den verantwortlichen Organen geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Verzichtet sie darauf, können die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger den Schaden der Gesellschaft einklagen (Art. 757 Abs. 2 OR). Der Abtretungsgläubiger kann dabei nicht mehr oder anderes verlangen, als es die Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse könnte. Auch der Abtretungsgläubiger kann demnach wie die Konkursverwaltung nicht den Schaden einklagen, der ausschliesslich im Vermögen von Konkursgläubigern eingetreten ist. Die Vorinstanz hat damit zutreffend erkannt, dass die Beschwerdeführerin den von ihr in erster Linie geltend gemachten Schaden der Verminderung des Verwertungssubstrats als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG nicht mittels Verantwortlichkeitsklage einklagen konnte.

#### 4.

**4.1.** Die Beschwerdeführerin stellt sich eventualiter für den Fall, dass die von ihr zur Hauptsache vorgebrachte These verworfen werde, wonach sie als Abtretungsgläubigerin den Schaden durch Verminderung des Verwertungssubstrates mittels Verantwortlichkeitsklage geltend machen könne, auf den Standpunkt, sie sei berechtigt, ihren individuellen Schaden einzuklagen.

**4.2.** Es ist zutreffend, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich ihren individuellen, direkten Schaden einklagen kann: Wenn der durch die Organe verursachte Schaden nicht im Vermögen der Gesellschaft, sondern unmittelbar und einzig im Vermögen der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger eingetreten ist, können diese direkt gegenüber den verantwortlichen Organen die Leistung von Schadenersatz einklagen. Diese Klagemöglichkeit ist keiner Beschränkung unterworfen, solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Konkurses, wenn ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden sind (**BGE 142 III 23** E. 4.2.2 S. 31 f. und E. 4.3 S. 33; **132 III 564** E. 3.2.1 S. 596; **131 III 306** E. 3.1.2). Hierfür hat die Beschwerdeführerin aber die Haftungsvoraussetzungen substantiiert zu behaupten und beweisen, also vorab ihren individuellen, direkten Schaden (vgl. dazu: Urteil 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004 E. 4), die widerrechtliche Handlung und den Kausalzusammenhang.

Die Vorinstanz prüfte, ob die Voraussetzungen für eine individuelle Gläubigerklage gegeben sind, welche die Beschwerdeführerin vor erster Instanz auf Art. 41 OR i.V.m. Art. 164 und Art. 167 StGB stützte. Sie verneinte dies. Die Vorinstanz kam gestützt auf **BGE 141 III 527** zum Schluss, dass die Konkurs- und Betreibungsdelikte von Art. 163 ff. StGB keine Schutznormen im Sinne von Art. 41 OR seien. Im Lichte dieser Rechtsprechung sei der Forderung, welche die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 41 OR geltend machen wolle, die Grundlage entzogen. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin nicht substantiiert oder gar bewiesen, inwiefern die behaupteten Pflichtverletzungen des Beschwerdegegners widerrechtlich gewesen seien und bei der Beschwerdeführerin unmittelbar zu einem Schaden geführt haben sollen.

#### 4.3.

**4.3.1.** Die Vorinstanz verwarf damit die Klage der Beschwerdeführerin bezüglich dem direkten Schaden aus mehreren Gründen, nämlich weil es an einer Schutznorm fehlte, und die Beschwerdeführerin darüber hinaus den Schaden und die Pflichtwidrigkeit weder genügend substantiiert behauptet noch bewiesen hat.

**4.3.2.** Bezüglich der mangelnden Substantiierung des Schadens beruft sich die Beschwerdeführerin zunächst darauf, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren "primär den Schaden der Gläubigergesamtheit geltend" gemacht habe. Bis zur Hauptverhandlung vor der Erstinstanz habe die "Raichle-Praxis" gegolten

und **BGE 142 III 23** sei erst einige Wochen später ergangen.

**4.3.3.** Diese Auffassung ist nicht zielführend: Entscheidend für die mit **BGE 142 III 23** vorgenommene, oben wiedergegebene Präzisierung der Rechtsprechung, war das Argument, dass aufgrund der Rechtsprechungsentwicklung seit dem "Raichle"-Entscheid die Gläubiger, die in ihrem Vermögen direkt geschädigt sind, unbeschränkt gegen die Gesellschaftsorgane vorgehen können, wenn die Gesellschaft selber durch die geltend gemachte Pflichtverletzung keinen Schaden erlitten hat (zit. Entscheid E. 4.3 S. 32 a.A.). Das Bundesgericht bezog sich dabei auf **BGE 131 III 306** und 132 III 564 (zit. Entscheid E. 4.2.2 S. 31). In diesen Urteilen war klaggestellt worden, dass die Klageberechtigung der direkt geschädigten Gläubiger (bzw. Aktionäre) nur in jenen Fällen eingeschränkt ist (sog. Durchsetzungssperre), in welchen sowohl ein Gesellschaftsschaden als auch ein Direktschaden eines Gläubigers (bzw. Aktionärs) vorliegt. In solchen Fällen soll der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens Priorität eingeräumt werden und der direkt geschädigte Gläubiger (bzw. Aktionär) kann nur klagen, wenn er sich auf Art. 41 OR, culpa in contrahendo oder eine gesellschaftsrechtliche Norm stützen kann, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dient (**BGE 132 III 564** E. 3.1.3 S. 569 i.V.m. E. 3.2.3 S. 571 f.; **BGE 131 III 306** 3.1.2 S. 311).

#### **4.4.**

**4.4.1.** Da die Vorinstanz diesen Anspruch der Beschwerdeführerin unter anderem mangels Substanziierung des Schadens abwies, ist es an der Beschwerdeführerin, vor Bundesgericht mit präzisen Aktenhinweisen auf ihre erstinstanzlichen Rechtsschriften aufzuzeigen, dass sie entgegen der Auffassung der Vorinstanz ihren individuellen direkten Schaden konkret behauptet und zum Beweis verstellt hat.

**4.4.2.** Hierfür erklärt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift einleitend, dass nicht nur auf ihre erstinstanzlichen Tatsachenbehauptungen abzustellen sei, sondern auch auf diejenigen des Beschwerdegegners, weil es keine Rolle spiele, wer die entsprechenden Behauptungen im Prozess aufgestellt habe. Sie verweist anschliessend mehrheitlich auf die erstinstanzlichen Vorbringen des Beschwerdegegners, ihre Berufungsantwort und die Feststellungen des - aufgehobenen - erstinstanzlichen Urteils, das unzutreffenderweise einen Schaden der Gesellschaft bejahte. Gestützt darauf kommt sie zum Ergebnis, dass "folglich ein individueller Schaden von CHF 887'779 entstanden" und entgegen den Erwägungen der Vorinstanz "gestützt auf die Behauptungen und Feststellungen im Verfahren vor [der Erstinstanz] ohne weiteres berechenbar" sei.

**4.4.3.** Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, wollte sie erstinstanzlich hauptsächlich den Gesamtschaden der Gläubigergesamtheit und nicht ihren individuellen Schaden darlegen und beziffern (vgl. oben Erwägung 4.3.2). Es geht nun nicht an, primär aus den Vorbringen des Beschwerdegegners und den Erwägungen der Erstinstanz im Zusammenhang mit dem behaupteten Schaden der Gläubigergesamtheit einzelne Beträge zu nennen und daraus mittels verschiedensten Rechenoperationen einen individuellen Schaden abzuleiten. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht mit präzisen Aktenhinweisen zum Beweis verstellte erstinstanzliche Behauptungen und Substanziierungen ihres individuellen Gläubigerschadens zu nennen. Da die Beschwerdeführerin dem nicht nachkommt, vermag sie die Erwägung der Vorinstanz nicht zu entkräften, dass sie den individuellen Schaden nicht genügend substanziiert habe.

**4.4.4.** Es fehlt damit an einem substanziiert behaupteten Schaden und damit an einer Voraussetzung der Haftpflicht des Beschwerdegegners.

Da es bereits an einem substanziiert behaupteten Schaden fehlt, erübrigt es sich auf die anderen Haftungsvoraussetzungen einzugehen, insbesondere ob dem Beschwerdegegner überhaupt eine Pflichtwidrigkeit bzw. eine Widerrechtlichkeit vorgeworfen werden könnte. Mangels Substanziierung des direkten Gläubigerschadens hat die Vorinstanz auch die im Eventualpunkt geltend gemachte individuelle Klage der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen.

#### **5.**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

##### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 25'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

##### **3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 30'000.--

zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zug, I. Zivilabteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. August 2018

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Brugger