CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Aktivlegitimation

Asset Purchase Agreement und Klage gegen den Verwalter

Par Lukaz Samb le 29 Dezember 2021

In dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil 4A_36/2021 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der aktiven Legitimation des Gläubigers im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR). Es stellte sich nebenbei die Frage nach den Auswirkungen der Forderungsabtretung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für den ursprünglichen Anspruchsberechtigten.

Eine Investmentgesellschaft mit variablem Kapital mit Sitz auf den Kaimaninseln hält mehrere Teilfonds. Diese Teilfonds sind eigenständig, haben aber keine Rechtspersönlichkeit. Einer dieser Teilfonds ist an Immobilienprojekten in Afrika beteiligt (im Folgenden : der Teilfonds).

Im Jahr 2011 schloss die Gesellschaft einen *Administrative Services Agreement* (im Folgenden : der Vertrag) mit einer Schweizer Verwaltungsgesellschaft. Auf der Grundlage dieses Vertrags wird die Verwaltungsgesellschaft zum Verwalter ernannt und mit der Verwaltung des Teilfonds beauftragt.

Im selben Jahr werden 25 Anteile des Teilfonds für einen Betrag von CHF 25’000’000 an eine ausländische afrikanische Nationalbank verkauft. Die ausländische Nationalbank führt den Auftrag über ihren Schweizer Vertreter aus.

Im Oktober 2015 fordert der Schweizer Vertreter vom Teilfonds die Rückzahlung der Anteile auf der Grundlage eines Kontoauszugs mit einem Saldo von CHF 26’727’154.58 zugunsten seiner Kundin. Die Verwaltungsgesellschaft bestätigt die Rückzahlung, weist jedoch darauf hin, dass sich diese verzögern wird.

Mehrere Monate später hat die Rückzahlung noch immer nicht stattgefunden. Der Schweizer Vertreter erhält daher eine Vollmacht zur Einsichtnahme, um das Bankkonto des Teilfonds zu überprüfen. Zu seiner Überraschung teilt ihm die Bank mit, dass auf dem Konto etwa 26.000.000 CHF fehlen. Der Verwaltungsratspräsident der Verwaltungsgesellschaft (nachfolgend : der Verwalter) soll über mehrere Jahre die in den Teilfonds investierten Mittel veruntreut haben.

Am 7. Juli 2016 schließt und unterzeichnet die Investmentgesellschaft einen Vertrag über den Kauf von Vermögenswerten (*Asset Purchase Agreement ;* nachfolgend : APA) mit einer Tochtergesellschaft der Verwaltungsgesellschaft über alle Einheiten des Teilfonds sowie die daraus resultierenden Verträge und Rechte. Das APA soll am 18. Juli 2016 vollzogen werden

und sei damit begründet, dass die Verwaltungsgesellschaft befürchtet, die Investmentgesellschaft werde sich von ihr abspalten.

Am 7. November 2017 reichte die Investmentgesellschaft beim *Handelsgericht* des Kantons Zürich eine Haftungsklage gegen den Verwalter ein. In seiner Klagebeantwortung macht der Verwalter geltend, dass die Investmentgesellschaft nicht mehr über die Aktivlegitimation verfüge. Seiner Ansicht nach habe sie ihre Rechte, insbesondere den Haftungsanspruch gegen ihn, mit Abschluss der APA abgetreten. Die Investmentgesellschaft bestreitet diese Behauptung. Ihrer Ansicht nach bezieht sich die APA nur auf die vertraglichen Ansprüche, die sich aus der Vereinbarung ergeben. Sie fügt hinzu, dass die Abtretung mangels Zahlung des Preises durch die Tochtergesellschaft nicht gültig sei.

Das *Handelsgericht* weist die Einwände des Verwalters hinsichtlich der Aktivlegitimation der Investmentgesellschaft zurück. Seiner Ansicht nach sind die im APA abgetretenen Verträge und Ansprüche nicht ausreichend bestimmbar. Daher kann nicht auf die Abtretung der Gesamtheit der Ansprüche geschlossen werden. Das *Handelsgericht* weist die Investmentgesellschaft anschließend ab, da sie ihren Schaden nicht geltend gemacht hat, und begründet damit ihre Berufung vor dem Bundesgericht.

Um über die Aktivlegitimation zu entscheiden, isoliert das Bundesgericht die Problematik der Forderungsabtretung, um deren Tragweite abzugrenzen. Daher stellt es die Frage der Zahlung des Preises als aufschiebende Bedingung für die Durchführung der APA aus.

Das Verfahren betrifft einen Haftungsanspruch nach Art. 754 OR für Handlungen des ausscheidenden Geschäftsführers, die nicht unter die Vereinbarung fallen. Es handelt sich also um einen ausservertraglichen Anspruch.

Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Übertragung des Anspruchs um eine Forderungsabtretung (Art. 164 ff. OR). Um wirksam abgetreten werden zu können, muss dieser Anspruch ausreichend bestimmbar sein (Art. 165 Abs. 1 OR).

Im vorliegenden Fall werden die zu übertragenden Verträge und Rechte im APA nicht ausdrücklich erwähnt. Der Hauptgegenstand des APA betrifft die „*Purchased Assets*“, d. h. die 25.000 Einheiten des Teilfonds.

In zweiter Linie umfasst Punkt 2.2 des APA alle Verträge und Rechte im Zusammenhang mit den Einheiten, d. h. „*all contracts […] and rights thereunder*“. Die vertraglichen Ansprüche aus dem Vertrag sind somit Teil der Übertragung. Unser Oberstes Gericht erkennt zum jetzigen Zeitpunkt die Einbeziehung außervertraglicher Ansprüche noch nicht an. Dazu verweist es auf Ziffer 2.1, wonach „*all of Seller’s right*“, d. h. alle Rechte der Verkäuferin in Bezug auf den Teilfonds, ebenfalls zu den übertragenen Elementen gehören.

In diesem Sinne sieht der APA einen Preis vor, der dem tatsächlichen Wert der Einheiten des Teilfonds entspricht. Es ist daher davon auszugehen, dass vertragliche und außervertragliche Ansprüche abgedeckt sind. Wäre dies nicht der Fall, wären im Vertrag Vorbehalte mit einer Anrechnung auf den Verkaufspreis vorgesehen.

Somit sind die vertraglichen Ansprüche gegen die Verwaltungsgesellschaft und die außervertraglichen Ansprüche gegen den Verwalter, auch wenn sie nicht ausdrücklich erwähnt

werden, im APA ausreichend bestimmbar und rechtswirksam auf den Käufer übertragen.

Daher beschließt das Bundesgericht, den Fall an die kantonale Instanz zurückzuverweisen, damit diese über die Gültigkeit der aufschiebenden Bedingung des APA und über die Durchführung der Abtretung entscheidet.

Dieses Urteil unseres Obersten Gerichtshofs erinnert uns daran, dass das Fehlen einer klaren und präzisen Angabe der abgetretenen Ansprüche es nicht erlaubt, die Gültigkeit der Abtretung von vornherein in Frage zu stellen. Es muss daher der Umfang der abgetretenen Ansprüche im Hinblick auf den Willen der Parteien bestimmt werden (Art. 18 Abs. 1 OR).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Lukaz Samb, *Asset Purchase Agreement* und Klage gegen den Verwalter, publié le 29 Dezember 2021 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/de/1218/