



Kommentar zu: Urteil: [4A_36/2021](#) vom 1. November 2021, publiziert als [BGE 148 III 11](#)

Sachgebiet: Gesellschaftsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten

Autor / Autorin

Marina Beeler, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_36/2021 vom 1. November 2021 (amtlich publiziert als BGE 148 III 11) entschied das Bundesgericht unter anderem, dass für die genügende Bestimmbarkeit einer Abtretungsvereinbarung ausschlaggebend sei, ob für einen unbeteiligten Dritten ohne Kenntnis der Umstände der Abtretung aus der Urkunde selbst ersichtlich sei, welche Ansprüche von der Abtretungsvereinbarung erfasst seien.

Sachverhalt

[1] Die A.A Ltd. SPC (Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Investmentgesellschaft) ist eine Investmentgesellschaft, die verschiedene Unterfonds hält. Vorliegend von Bedeutung ist der Unterfonds der Investmentgesellschaft mit der Bezeichnung «X-Fonds». B (Beklagter, Beschwerdegegner, nachfolgend: VRP) war bis 1. März 2016 Verwaltungsratspräsident der C AG, deren Hauptzweck die Erbringung von Administrations- und Beratungsdienstleistungen für und im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ist (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 17. Mai 2011 schloss die Investmentgesellschaft mit der C AG ein *Administrative Services Agreement* (nachfolgend: *Administrative Agreement*), worin die C AG zum Administrator des X-Fonds ernannt und mit dessen Verwaltung beauftragt wurde. Die D AG (*Investment Manager* des Vermögens der Nationalbank von U) zeichnete für die Nationalbank von U 25'000 Einheiten (*Units*) am X-Fonds und überwies den entsprechenden Betrag in den X-Fonds der Investmentgesellschaft. In der Folge wurde seitens der C AG die Investmentgesellschaft und die D AG regelmässig mit Kontoauszügen des X-Fonds dokumentiert (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Anfang Oktober 2015 entschieden die Investmentgesellschaft und die D AG, die Rückzahlung der X-Fonds-Anteile zu verlangen. Der von der C AG der Investmentgesellschaft zugestellte Kontoauszug für den X-Fonds wies per 14. Oktober 2015 ein Guthaben von USD 26'727'154.58 aus. Am 16. Oktober 2015 bestätigte die C AG zwar die Rückzahlung über USD 26'524'130 als Nettovermögenswert, doch teilte der VRP der Investmentgesellschaft mit, dass die Rückzahlung aufgrund von fehlenden Dokumenten noch nicht erfolgen könne. Am 18. Februar 2016 teilte der VRP dem Verwaltungsratspräsidenten der D AG mit, beim X-Fonds würden

rund USD 26 Mio. fehlen, weshalb die Rückzahlung nicht ausgeführt werden könne (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Im Juli 2016 schlossen die Investmentgesellschaft als Verkäuferin und die G LLC als Käuferin ein *Asset Purchase Agreement* (nachfolgend: APA) ab. Der erste Satz von Ziffer 2.2 («*Assignment of Contracts*») des APA lautet: «*Seller [d.h. die Investmentgesellschaft] shall with effect as of the Closing Date assign or otherwise transfer to Purchaser [d.h. die G LLC] all contracts, licenses, leases and other agreements and all rights thereunder, related to the Purchased Assets (collectively, the «Assigned Assets».)*» (E. 3.3). Bei der G LLC handelt es sich um eine vom VRP gehaltene Gesellschaft (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG170213-O vom 1. Dezember 2020 E. II.3.1).

[5] Am 7. November 2017 reichte die Investmentgesellschaft beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und beantragte, der VRP sei zu verpflichten, ihr den Betrag von USD 25'688'901.30 (reduzierter Betrag gemäss Replik) nebst Zins zu bezahlen. Mit Urteil vom 1. Dezember 2020 schrieb das Handelsgericht die Klage im Umfang der vorgenommenen Reduktion des eingeklagten Betrages ab. Im übrigen Umfang von USD 25'668'901.30 wies es die Klage kostenfällig ab (Sachverhalt Teil B).

[6] Die Investmentgesellschaft gelangte mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zur neuen Beurteilung an das Handelsgericht zurück (Sachverhalt Teil C und E. 8).

Erwägungen^[1]

[7] Im Verfahren vor Bundesgericht war unter anderem strittig, ob die Investmentgesellschaft noch aktivlegitimiert war oder ob die vorliegend in Frage stehenden Ansprüche der Investmentgesellschaft gegenüber dem VRP – wie vom VRP behauptet – durch das APA an die G LLC abgetreten wurden. In einem ersten Schritt verwarf das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, wonach es irrelevant sei, ob das APA auf die von der Investmentgesellschaft geltend gemachten Ansprüche anwendbar sei, da deren Gläubigerstellung nur im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens bestanden haben müsse. (E. 3.3.1 und 3.3.3).

[8] In einem nächsten Schritt prüfte das Bundesgericht, ob die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen durfte, das APA sei mangels Bestimmbarkeit der abgetretenen Ansprüche nicht anwendbar bzw. (eventualiter) mit dem APA seien nicht auch Verantwortlichkeitsansprüche abgetreten worden. Diesbezüglich stellte das Bundesgericht fest, dass die Formvorschrift des Art. 165 Abs. 1 [OR](#) der Rechts- und Verkehrssicherheit diene. Es müsse – im Hinblick auf die Verkehrssicherheit – für einen unbeteiligten Dritten ohne Kenntnis der Umstände der Abtretung aus der Urkunde selbst ersichtlich sein, wem die Forderung zustehe. Insbesondere müsse auch bei einer Mehrzahl zedierter Forderungen hinreichend klar erkennbar sein, ob eine bestimmte Forderung zu den abgetretenen gehöre oder nicht. Vorliegend setze die Erkennbarkeit seitens eines unbeteiligten Dritten voraus, dass aus dem APA hervorgehe, dass (auch) Ansprüche aus dem *Administrative Agreement* erfasst seien und dass nicht nur vertragliche Ansprüche aus diesem *Agreement* darunter fielen, sondern auch Verantwortlichkeitsansprüche wegen der im Rahmen dieser Verwaltungstätigkeit vorgenommenen Handlungen (E. 3.3.4).

[9] Es treffe zu, wie die Vorinstanz festhalte, dass das APA keine konkreten Verträge nenne, die übertragen werden sollen. Wenn sie aber meine, die Umschreibungen im Vertragstext genügten nicht, um daraus «auf die exakten Verträge» schliessen zu können, verlange sie zu Unrecht mehr als Bestimmbarkeit, nämlich die Nennung bestimmter («exakter») Verträge. Es sei denn auch zu Recht geltend gemacht worden, dass im angefochtenen Entscheid eine Begründung für die (angeblich) fehlende Bestimmbarkeit fehle. Es sei unbestritten und ergebe sich unter anderem aus der Definition der «*Purchased Assets*», dass mit «*Purchased Assets*» der X-Fonds gemeint sei. Im APA wurde sodann ausdrücklich festgehalten, dass alle Forderungen und Rechte im Zusammenhang mit den «*Purchased Assets*» übergehen sollten («*all of Seller's right, title and interest [whether beneficial or of record] in, to and under the Purchased Assets [...]*»). Es gehe also klar hervor, dass alle Verträge und alle Forderungen im Zusammenhang mit dem X-Fonds übertragen werden sollen. Zweifellos falle das *Administrative Agreement* und die sich daraus ergebenden Forderungen – auch für einen Dritten erkennbar – unter diese Formulierung.

[10] Dass es sich bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen nicht um vertragliche Ansprüche handle,

wie die Vorinstanz ausführe, treffe zu. Da das APA nicht nur die Übertragung von Verträgen und Rechten daraus («*all rights thereunder*») umfasse, sondern daneben und allgemein alle Rechte der Verkäuferin («*all of Seller's right*») im Zusammenhang mit dem X-Fonds, seien auch ausservertragliche Ansprüche umfasst, die im Zusammenhang mit einer vertraglichen Tätigkeit entstanden seien. Das APA erfasse demnach sowohl die vertraglichen Ansprüche der Investmentgesellschaft gegenüber der C AG wie auch die ausservertraglichen Ansprüche gegenüber dem VRP. Das entspreche auch dem Vertragszweck. Die Investmentgesellschaft zitiere dazu aus ihrer Replik, wo sie ausgeführt hatte, Vertragszweck sei «die Schadloshaltung der Klägerin [Investmentgesellschaft]» gewesen. Der VRP seinerseits gebe an, Ziel des APA sei gewesen, «die Ansprüche in Bezug auf die vorliegend geltend gemachten Verluste, insbesondere auch um ein Vorgehen der [Investmentgesellschaft] gegen die C [AG] zu verhindern, zu regulieren». Entsprechend dieser letztlich übereinstimmenden Angaben zum Vertragszweck sah das APA vor, dass die G LLC einen Kaufpreis von USD 26'627.130 [recte: USD 26'627'130] zu entrichten hatte. Wären (allfällige) Schadenersatz- bzw. Verantwortlichkeitsansprüche der Investmentgesellschaft gegen den VRP vom APA nicht erfasst worden, sondern nur mögliche vertragliche Schadenersatzansprüche gegenüber der C AG, wäre zu erwarten gewesen, dass im Hinblick auf die Zahlung des Preises ein entsprechender Vorbehalt gemacht worden wäre (E. 3.3.4).

[11] Da das APA, wie gezeigt, anwendbar sei, konnten die von der Vorinstanz offengelassenen Einwände des VRP gegen die Aktivlegitimation der Investmentgesellschaft und deren dagegen gerichtete Entgegnungen nicht offengelassen werden. Die Vorinstanz müsste somit diesbezüglich prüfen, ob das APA – wie von der Investmentgesellschaft behauptet – unter der Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises von USD 26'627'130 gestanden hat. Ebenso müsste sie klären, ob im APA eine unmittelbare Abtretung oder lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung vereinbart wurde (E. 3.3.5).

[12] Das Bundesgericht führte in der Folge aus, dass die Einwände des VRP gegen die Bejahung seiner Passivlegitimation mit den in Bezug auf die Aktivlegitimation noch offenen Fragen zusammenhingen und eine Rückweisung an die Vorinstanz demnach nicht deshalb unterbleiben könne, weil die Passivlegitimation des VRP ohne Weiteres zu verneinen wäre (E. 4). Entgegen der Vorinstanz legte das Bundesgericht zudem dar, dass die Investmentgesellschaft die Widerrechtlichkeit hinreichend behauptet habe (E. 6) und der Schaden genügend substantiiert worden sei (E. 7).

Kurzkomentar

[13] Soweit ersichtlich, beschäftigte sich das Bundesgericht erstmals in BGE [82 II 48](#) mit dem Zweck des Schriffterfordernisses bei Abtretungen.^[2] Es hielt fest, dass die Schriftlichkeit im Interesse der Rechtssicherheit und nicht etwa zum Schutz des Zedenten vor übereilter Abtretung verlangt werde. So solle es Dritten, insbesondere dem Schuldner der abgetretenen Forderung, den Gläubigern des Zedenten oder des Zessionars, und im Streitfall dem Richter, möglich sein, anhand eines deutlich kund gewordenen Vorganges festzustellen, wem die Forderung zustehe.^[3] In BGE [88 II 18](#) betonte das Bundesgericht erneut, dass die Formvorschrift von Art. 165 Abs. 1 OR unter anderem dem Schutze der Gläubiger des Abtretenden diene.^[4] In der seither ergangenen Rechtsprechung hat das Bundesgericht in einem Standard-Textbaustein stets wiederholt, dass die Formvorschrift des Art. 165 Abs. 1 OR der Rechts- und Verkehrssicherheit bzw. der Klarstellung diene.^[5]

[14] Die Lehre war bereits vor BGE [82 II 48](#) dieser Auffassung.^[6] Daran hat sich bis heute, soweit ersichtlich, nichts geändert.^[7]

[15] Dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre ist zuzustimmen. Allerdings bedeutet diese Rechtsprechung bzw. Lehrmeinung nicht, dass die Sicht des konkret in den Prozess involvierten Dritten bestimmt, welchen Inhalt die Abtretungsvereinbarung hat und ob die Abtretungsvereinbarung formgültig ist.

[16] Vielmehr bleibt es entgegen den unklaren Ausführungen des Bundesgerichts im vorliegend kommentierten Urteil^[8] und in früheren Urteilen^[9] dabei, dass die Parteisicht bestimmt, welchen Inhalt die Abtretungsvereinbarung hat. Entsprechend ist wie folgt vorzugehen: In einem ersten Schritt ist der Wille der Parteien der Abtretungsvereinbarung, d.h. von Zedent und Zessionar, durch Auslegung festzustellen. In einem zweiten Schritt ist festzustellen, ob der durch Auslegung ermittelte Wille der Parteien von der Formvorschrift nach Art. 165 Abs. 1 OR gedeckt ist.^[10]

[17] Bekanntlich geht das Bundesgericht bei der Auslegung von Verträgen im Allgemeinen subjektiv-objektiv vor.^[11] Diese Auffassung wird von verschiedenen Autoren zu Recht kritisiert, denen zufolge Verträge nur objektiv auszulegen sind.^[12] Die Schwäche der bundesgerichtlichen subjektiv-objektiven Auslegungsmethode zeigt sich gerade in Konstellationen wie im vorliegenden Fall, in denen eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien für einen Dritten relevant ist, insbesondere dann, wenn diese Vereinbarung formbedürftig ist und die Formvorschrift Dritte schützen soll. Das bedingt logisch einen Verzicht auf die subjektive Auslegung und ein Vorgehen allein nach der objektiven Auslegung, d.h. der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Diesen Schritt ist das Bundesgericht in BGE [105 II 83](#) mit den folgenden Ausführungen eigentlich auch bereits gegangen, ohne dies aber transparent anzusprechen:

«So kann sich die Klägerin nicht auf einen der Urkunde widersprechenden übereinstimmenden wirklichen Willen von Zedentin und Zessionarin berufen und auch nicht verlangen, dass darüber Beweise erhoben werden. Die Formvorschrift von [Art. 165 Abs. 1 OR](#) soll für Dritte, namentlich den Schuldner der abgetretenen Forderung, deutlich kundtun, wem diese zusteht ([BGE 82 II 52](#)); auf sein Verständnis hat daher die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ebenfalls Rücksicht zu nehmen (VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 286 f.).»^[13]

[18] Diesen Schritt geht das Bundesgericht mehr oder weniger transparent auch in anderen Konstellationen, in denen eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien für einen Dritten relevant wurde, so z.B. in BGE [139 III 404](#) für den späteren Eigentümer bei der Auslegung einer durch den früheren Eigentümer mit einem Dritten begründeten Dienstbarkeit mit den folgenden Ausführungen:

«Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 [ZGB](#)) ergibt, zu dem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört. Bei dessen Auslegung können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Im gezeigten Umfang wird der Vorrang der subjektiven vor der objektivierten Vertragsauslegung eingeschränkt (BGE [130 III 554](#) E. 3.1 S. 557).»^[14]

[19] In anderen Konstellationen ist das Bundesgericht noch nicht so weit, wie z.B. im Urteil [4A 601/2019](#) vom 25. November 2020, wo das Bundesgericht bei einer Vermögensübertragung zu stark auf die Drittsicht des betroffenen Schuldners abstellt.^[15]

[20] Selbst wenn man im vorliegenden Fall klar zwischen Konsens und Formbedürftigkeit trennt und das APA nur nach dem Vertrauensprinzip auslegt, führt das zum Resultat des Bundesgerichts, nämlich dass das APA Ansprüche aus dem *Administrative Agreement* und insbesondere auch ausservertragliche Ansprüche wie namentlich Verantwortlichkeitsansprüche erfasste.

MLaw MARINA BEELER, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Die nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen wurden nicht amtlich publiziert.

[2] BGE [82 II 48](#).

[3] BGE [82 II 48](#) E. 1 S. 52.

[4] BGE [88 II 18](#) E. 5 S. 24.

[5] Urteil des Bundesgerichts [4A 172/2018](#) vom 13. September 2018 E. 4.4.1 (besprochen von LETIZIA SCHLEGEL/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Irrtümliche Bezeichnung des Schuldners in der Abtretungsurkunde](#), in: dRSK, publiziert am 18. März 2019); Urteil des Bundesgerichts [4A 59/2017](#) vom 28. Juni 2017 E. 3.5.1; Urteil des Bundesgerichts [4A 248/2015](#) vom 15. Januar 2016 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts [4A 125/2010](#) vom 12. August 2010 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts [4A 164/2010](#) vom 6. Juli 2010 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts [4C.81/2007](#) vom 10. Mai 2007 E. 4.1; BGE [122 III 361](#) E. 4c S. 367.

[6] HERMANN BECKER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 165 OR N 2.

[7] THOMAS PROBST, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 165 OR N 1; DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 165 OR N 1; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3415; PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 165 OR N 1; PETER REETZ/CHRISTOF BURRI, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 165 OR N 5; EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1993, Art. 165 OR N 4.

[8] Urteil des Bundesgerichts [4A 36/2021](#) vom 1. November 2021 E. 3.3.4.

[9] Z.B. BGE [122 III 361](#) E. 4c S. 367 f.; siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A 601/2019](#) vom 28. November 2020 E. 3.2.

[10] Siehe auch ALFRED KOLLER, Konsens- oder Formmangel, Konkretisierung der Unterscheidung anhand zweier Bundesgerichtsentscheide, AJP 2020, S. 165 ff., mit dem Hinweis, dass Konsens- und Formmängel immer wieder vermischt werden.

[11] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A 614/2019](#) vom 26. Februar 2020 E. 3.1; BGE [144 III 43](#) E. 3.3 S. 48.

[12] Z.B. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29 m.w.H.

[13] BGE [105 II 83](#) E. 2 S. 84 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung hinzugefügt).

[14] BGE [139 III 404](#) E. 7.1 S. 406 f. (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung hinzugefügt).

[15] Urteil des Bundesgerichts [4A 601/2019](#) vom 25. November 2020 E. 3.2.

Zitiervorschlag: Marina Beeler / Dario Galli / Markus Vischer, Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten, in: dRSK, publiziert am 25. Mai 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch

