

Karin Müller / Alice Käch

Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze

Im Beitrag finden Sie eine Zusammenstellung von in der amtlichen Sammlung publizierten und weiteren wichtigen (nicht amtlich publizierten) Entscheiden des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht von November 2014 bis November 2015 (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Dem Praktiker soll damit eine rasche Übersicht über die Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden. Die Kurzzusammenfassungen der Urteile sind mit Bemerkungen versehen.

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; Handelsrecht

Zitiervorschlag: Karin Müller / Alice Käch, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, in: Jusletter 11. April 2016

Inhaltsübersicht

- I. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
 1. Unmittelbarer Schaden des Gläubigers und der Gesellschaft: BGE 141 III 112 = Pra. 104 (2015) Nr. 96
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - a. Hintergrund der Klage des Arbeitnehmers C gegen die Gesellschaft
 - b. Bedeutung des Vergleichs zwischen dem Arbeitnehmer C und der Gesellschaft für die Klage gegen die Verwaltungsräte A und B
 - c. Drei verschiedene Klagesituationen je nach Art des Schadens
 - d. Die Klage des Arbeitnehmers C gegen die Verwaltungsräte A und B
 - D. Bemerkungen
 2. Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens: Urteil des Bundesgerichts 4A_457/2014 vom 14. Januar 2015
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Bemerkung
 3. Business Judgement Rule: Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015
 - A. Kernfrage
 - Sachverhalt
 - B. Erwägungen
 - C. Bemerkungen
- I. Aktienrechtliche Rückerstattung: Urteile des Bundesgerichts 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014, auszugsweise publiziert in BGE 140 III 602
 1. Kernfrage
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 - a. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
 - b. Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft
 - c. Offensichtlichkeit des Missverhältnisses
 - d. Böser Glaube
 - e. Fazit
 4. Bemerkungen
- II. Sonderprüfung: Urteil des Bundesgerichts 4A_319/2014 vom 19. November 2014, auszugsweise publiziert in BGE 140 III 610
 1. Kernfrage
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 4. Bemerkungen
- III. Einberufung der Generalversammlung: Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015
 1. Kernfrage
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 4. Bemerkungen
- IV. Organisationsmängelverfahren
 1. Kein Widerruf eines Auflösungsentscheides: BGE 141 III 43
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen

- D. Bemerkungen
- 2. Richterliche Einsetzung eines Sachwalters: Urteil des Bundesgerichts 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Bemerkungen
- V. Vertretung der juristischen Person, insbesondere im Schlichtungsverfahren
 - 1. Keine Vertretung durch faktische Organe im Schlichtungsverfahren: BGE 141 III 159
 - A. Kernfragen
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - 2. Zur Vertretung vor Gericht befugte Personen: BGE 141 III 80 = Pra. 104 (2015) Nr. 103
 - 3. Bemerkungen
- VI. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts: BGE 140 III 550
 - 1. Kernfrage
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Erwägungen
 - 4. Bemerkungen
- VII. Qualifikation als einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2014 vom 29. April 2015
 - 1. Kernfrage
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Erwägungen
 - 4. Bemerkungen
- VIII. Liquidation einer einfachen Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015
 - 1. Kernfrage
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Erwägungen
 - 4. Bemerkungen
- IX. Frist zur Einreichung der Klage nach Erteilung der Klagebewilligung: BGE 140 III 561 = Pra. 104 (2015) Nr. 65
 - 1. Kernfragen
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Erwägungen
 - 4. Bemerkungen

I. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

1. Unmittelbarer Schaden des Gläubigers und der Gesellschaft: BGE 141 III 112 = Pra. 104 (2015) Nr. 96

A. Kernfrage

[Rz 1] War der Arbeitnehmer einer Gesellschaft im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage legitimiert, aufgrund des von ihm erlittenen Schadens mit eigener Klage gegen die Verwaltungsräte seiner Arbeitgeberin vorzugehen? Auf welche Rechtsgrundlage stützte sich seine Schadenersatzforderung?

B. Sachverhalt

[Rz 2] C war als Arbeitnehmer bei der D AG angestellt, welche für ihre Arbeitnehmer eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hatte.

[Rz 3] Als C krankheitsbedingt zu 100% arbeitsunfähig wurde, weigerte sich die Versicherung Krankentaggelder auszuzahlen, weil die D AG die Versicherungsprämien nicht bezahlt hatte.

[Rz 4] C klagte gegen die D AG auf Schadenersatz u.a. aufgrund der nicht ausbezahlten Versicherungsleistungen. Der Prozess wurde durch Vergleich erledigt.

[Rz 5] In der Folge fiel die D AG in Konkurs. C erhielt einen Verlustschein für den nicht befriedigten Teil seiner Forderung. Die D AG wurde im Handelsregister gelöscht.

[Rz 6] C reichte zudem gegen zwei Verwaltungsräte der D AG (A und B) Strafanzeige ein. A und B wurden u.a. wegen Missbrauchs von Lohnabzügen (Art. 159 Schweizerisches Strafgesetzbuch; StGB/Art. 87 Abs. 3 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; AHVG) verurteilt.

[Rz 7] Schliesslich fasste C die ehemaligen Verwaltungsräte der D AG, A und B, für den erlittenen Schaden ins Recht.

[Rz 8] Die kantonalen Gerichte verurteilten A und B zur Zahlung des von C erlittenen Schadens.

C. Erwägungen

a. Hintergrund der Klage des Arbeitnehmers C gegen die Gesellschaft

[Rz 9] Art. 324a Abs. 4 Obligationenrecht (OR) ermöglicht es, durch schriftliche Abrede die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung bei Krankheit (Art. 324a Abs. 1 OR) durch eine Versicherungsdeckung zu ersetzen, soweit diese für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (E. 4.1). Im vorliegenden Fall wurde eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung für den Arbeitnehmer abgeschlossen, die bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit anstelle des Lohnes Taggelder vorsah (E. 4.2).

[Rz 10] Die Versicherten haben bei kollektiven Unfall- oder Krankenversicherungen ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer (Art. 87 Versicherungsvertragsgesetz; VVG). Nur der Versicherte ist Anspruchsberechtigter der Versicherungsleistung. Das Taggeld muss dem Versicherten durch den Versicherer (anstelle des Lohnes vom Arbeitgeber) direkt bezahlt werden (E. 4.3).

[Rz 11] Der Versicherungsvertrag ist vergleichbar mit einem *echten Vertrag zu Gunsten Dritter* (Art. 112 Abs. 2 OR). Der Arbeitnehmer wird nicht Vertragspartei des Versicherungsvertrages. Der Arbeitgeber bleibt als Versicherungsnehmer der Schuldner der Versicherungsprämien (E. 4.3).

[Rz 12] Der Arbeitgeber, der seinen Pflichten nicht nachkommt, d.h. die geschuldeten Prämien dem Versicherer nicht bezahlt, schuldet dem Arbeitnehmer Schadenersatz, welcher den entgangenen Versicherungsleistungen entspricht (*Schlechterfüllung*, Art. 97 Abs. 1 OR) (E. 4.5).

b. Bedeutung des Vergleichs zwischen dem Arbeitnehmer C und der Gesellschaft für die Klage gegen die Verwaltungsräte A und B

[Rz 13] Der zwischen dem Arbeitnehmer C und der Gesellschaft geschlossene Vergleich hinderte C nicht daran, den ausstehenden Restbetrag von den Verwaltungsräten A und B gestützt auf Art.

41 OR einzufordern. A und B hatten nicht geltend gemacht, der Vergleich hätte sie gemäss Art. 147 Abs. 2 OR (der auf die unechte Solidarität analog anwendbar ist) von der Haftung befreit (E. 4.5).

c. **Drei verschiedene Klagesituationen je nach Art des Schadens**

[Rz 14] Die Klage, über die ein Gesellschaftsgläubiger (in casu der Arbeitnehmer C) gegen die Organe einer Gesellschaft (in casu die Verwaltungsräte A und B) verfügt, hängt von der Art des erlittenen Schadens ab (E. 5.2).

[Rz 15] Folgende drei Situationen werden unterschieden (E. 5.2):

1. Der Gläubiger wird durch das Verhalten der Organe persönlich geschädigt, unter Ausschluss jedes der Gesellschaft verursachten Schadens (*direkter Schaden des Gläubigers*). Der Gläubiger kann eigenständig klagen, um Schadenersatz vom verantwortlichen Organ zu verlangen (gewöhnliche Regeln der zivilrechtlichen Haftpflicht, insbes. Art. 41 ff. OR) (E. 5.2.1).
2. Primär wird die *Gesellschaft* durch die Handlungen der Organe geschädigt (*direkter Schaden*), während der *Gläubiger* nur *indirekt geschädigt* ist (im Falle der Insolvenz der Gesellschaft). Der Gläubiger kann *im Konkurs* der Gesellschaft eine Klage nach Art. 757 Abs. 2 und 3 OR erheben (E. 5.2.2).
3. Es besteht gleichzeitig je ein *direkter (unmittelbarer) Schaden* des Gläubigers und der Gesellschaft. Der geschädigte Gläubiger kann nur selbständig gegen das verantwortliche Organ auf Ersatz des von ihm erlittenen unmittelbaren Schadens klagen, wenn er seine Klage auf eine unerlaubte Handlung (Art. 41 OR), eine *culpa in contrahendo* oder auf eine Norm des Gesellschaftsrechts, die ausschliesslich zum Schutze der Gläubiger aufgestellt wurde, stützen kann (E. 5.2.3).

d. **Die Klage des Arbeitnehmers C gegen die Verwaltungsräte A und B**

[Rz 16] Die Verwaltungsräte A und B hatten vom Lohn des C Beiträge abgezogen und für andere Zwecke als die Krankentaggeldversicherung verwendet. Die Versicherung verweigerte in der Folge die Leistungen an C, der somit einen *unmittelbaren Schaden* erlitt (E. 5.3.2).

[Rz 17] Die D AG erlitt wegen des rechtswidrigen Verhaltens von A und B einen finanziellen Verlust (*unmittelbarer Schaden*), da sich ihre Passiven aufgrund der Schadenersatzpflicht gegenüber C erhöhten (Art. 97 OR) (E. 5.3.2).

[Rz 18] C konnte seine Klage gegen die Verwaltungsräte auf eine unerlaubte Handlung stützen und war daher legitimiert, den von ihm erlittenen unmittelbaren Schaden gegen A und B geltend zu machen (E. 5.3.3).

[Rz 19] Bei einem reinen Vermögensschaden muss sich die Widerrechtlichkeit aus der Verletzung einer Schutznorm ergeben, die den Geschädigten in den durch das Verhaltensunrecht beeinträchtigten Ansprüchen schützt (*objektive Widerrechtlichkeitstheorie*) (E. 6.2).

[Rz 20] A und B wurden wegen Missbrauchs von Lohnabzügen (Art. 159 StGB und Art. 87 Abs. 3 AHVG) verurteilt. Art. 159 StGB bezieht sich auf eine Situation, in welcher der Arbeitgeber von Gesetzes wegen verpflichtet ist, den einbehaltenen Betrag einem Dritten für Rechnung des Arbeitnehmers zu zahlen. Die Strafbestimmung schützt somit das Vermögen des Arbeitnehmers.

Deshalb handelt es sich dabei um eine Schutznorm, deren Verletzung eine unerlaubte Handlung darstellt (E. 6.2).

[Rz 21] Die weiteren Voraussetzungen von Art. 41 OR (Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden) waren ebenfalls erfüllt, sodass das Urteil der Vorinstanz (Verurteilung der Verwaltungsräte zur Schadenersatzzahlung) bestätigt werden konnte (E. 6.2).

D. Bemerkungen

[Rz 22] Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird zwischen *unmittelbarem* (direktem) und *mittelbarem* (indirektem) Schaden unterschieden. Die Unterscheidung ist für die Klageberechtigung von Bedeutung.

[Rz 23] In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGE 132 III 564, BGE 131 III 306) hat das Bundesgericht die drei vorne erörterten Klagesituationen erneut in Erinnerung gerufen (vgl. I.1.C.c).

[Rz 24] Im vorliegenden Fall lag die seltene Situation eines unmittelbaren Schadens sowohl der Gesellschaft als auch des Gläubigers vor. Die vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung für diesen Fall etablierte Klageordnung, wonach die Gesellschaftsklage Priorität hat und der Gläubiger nur klagen kann, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer *culpa in contrahendo* oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann, aktualisierte sich vorliegend allerdings nicht. Die Konkurrenz der Ansprüche der Gesellschaft und des Gesellschaftsgläubigers war nicht mehr aktuell, weil die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht worden war und weder die Konkursverwaltung noch abtretungsweise ein (anderer) Gläubiger Ansprüche (der Gesellschaft) gegen die Verwaltungsräte erhoben hatten (E. 5.3.3).

[Rz 25] C hätte, weil er seine Klage auf Art. 41 OR stützen konnte, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch auch klagen können, wenn noch Konkurrenz mit dem Anspruch der Gesellschaft bestanden hätte.

[Rz 26] Der Grund der nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingeschränkten Klagebefugnis des Gläubigers in der Situation eines unmittelbaren Schadens sowohl der Gesellschaft als auch des Gläubigers liegt darin, dass die Konkurrenz von Klagen der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung und des direkt geschädigten Gläubigers vermieden wird. Das Bundesgericht will damit einen Wettlauf um das begrenzte Haftungssubstrat verhindern.¹

[Rz 27] Weil die Klage des Gläubigers im vorliegenden Fall mit einer unerlaubten Handlung begründet werden konnte, musste das Bundesgericht die Frage, wie es sich im Falle fehlender Konkurrenz verhalten hätte, wenn kein Spezialfall vorgelegen hätte, nicht beantworten. Ob es auch dann weiterhin an der Durchsetzungssperre festhalten würde, bleibt abzuwarten. Immerhin scheint es Zweifel hinsichtlich des Zwecks einer eingeschränkten Klagebefugnis von individuell geschädigten Gläubigern in Situationen zu hegen, in denen keine Konkurrenz mit Ansprüchen der Gesellschaft um das begrenzte Haftungssubstrat existiert (vgl. E. 5.3.3).

¹ Vgl. im Einzelnen dazu BUFF FELIX/VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 2015, 271 ff.

2. Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens: Urteil des Bundesgerichts 4A_457/2014 vom 14. Januar 2015

A. Kernfrage

[Rz 28] Wie ist die vorliegende Klage eines Gläubigers aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu qualifizieren und welchen Schaden hat der Kläger geltend gemacht?

B. Sachverhalt

[Rz 29] A war Mitarbeiter der D AG und gewährte der Gesellschaft zwei Darlehen.

[Rz 30] B und C waren Verwaltungsräte der D AG.

[Rz 31] Da die D AG ihren Rückzahlungsverpflichtungen nicht (vollständig) nachkam, stellte A ein Konkursbegehren gegen die D AG, woraufhin der Konkurs eröffnet wurde.

[Rz 32] Im Konkursverfahren liess sich A die Rechte der Konkursmasse abtreten, erhob gegen B und C Klage und beantragte, B und C seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, ihm den Betrag von rund CHF 140'000 zu bezahlen.

C. Erwägungen

[Rz 33] A hatte keine Klage auf Ersatz seines eigenen direkten Schadens erhoben, sondern eine Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens (vgl. Art. 757 Abs. 2 OR) (E. 2.1).

[Rz 34] Der Verzicht der Konkursverwaltung, die Rechte der Konkursmasse geltend zu machen, führte nicht zu einer Änderung der Natur des Schadens oder einer Umwandlung der Gesellschaftsklage in eine individuelle Klage des Gesellschaftsgläubigers auf Ersatz seines eigenen, direkten Schadens (E. 2.3).

[Rz 35] Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche, kann der Gesellschaftsgläubiger Klage auf Ersatz des von der Gesellschaft direkt erlittenen Schadens erheben, nicht aber auf Ersatz seines direkten Schadens (E. 2.3).

[Rz 36] Es ist dabei nicht entscheidend, dass der Beklagte auf Verlangen des Gesellschaftsgläubigers direkt an diesen zahlen muss (E. 2.3; vgl. BGE 139 III 391 E. 5.1).

[Rz 37] In casu waren weder die Voraussetzungen für den Ersatz des direkten Schadens der Gesellschaft erfüllt, noch hatte A seine individuelle Klagemöglichkeit wahrgenommen. Das Bundesgericht hat die Beschwerde daher abgewiesen (E. 3).

D. Bemerkung

[Rz 38] Einmal mehr machte das Bundesgericht deutlich, dass es strikt zwischen der Klage auf Ersatz des direkten Schadens der Gesellschaft und der Individualklage eines direkt geschädigten Gesellschaftsgläubigers zu unterscheiden gilt.

3. **Business Judgement Rule: Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015**

A. **Kernfrage**

[Rz 39] Wie sind Geschäftsentscheide durch Gerichte nachträglich zu beurteilen?

Sachverhalt²

[Rz 40] A war Aktionär der F AG und machte gegen C, D und E (Verwaltungsräte der F AG) Verantwortlichkeitsansprüche aufgrund eines Verkaufsgeschäfts der F AG an die G AG mit angeblich zu tiefem Verkaufspreis geltend.

[Rz 41] A warf C, D und E eine Verletzung ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 717 OR) vor. Sie hätten trotz eines erheblichen Interessenkonfliktes bezüglich des Verkaufsgeschäfts keine besonderen Massnahmen getroffen, um der konkreten Konstellation und der Nähe der beiden Gesellschaften Rechnung zu tragen.

B. **Erwägungen**

[Rz 42] Gerichte haben sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind (sog. *Business Judgement Rule*) (E. 4.2.1).

[Rz 43] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat das Gericht in inhaltlicher Hinsicht nur zu prüfen, ob der Geschäftsentscheid als vertretbar erscheint. Andernfalls ist keine Zurückhaltung zu üben (E. 4.2.1).

[Rz 44] Ein Interessenkonflikt führt aber nicht ohne weiteres zur Annahme einer Pflichtverletzung. Bei Vorliegen von Interessenkonflikten ist vielmehr im Einzelnen zu beurteilen, ob der Geschäftsentscheid bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint, um von einer Pflichtverletzung ausgehen zu können (E. 4.2.2).

[Rz 45] Es traf vorliegend zwar zu, dass die Verwaltungsräte aufgrund der Verflechtungen mit der G AG beim Verkaufsgeschäft (Verkauf einer Abfüllanlage) in einem Interessenkonflikt standen, weshalb kein von Interessenkonflikten freier Entscheidprozess vorlag und der Geschäftsentscheid daher umfassend überprüft werden konnte (E. 4.2.2).

[Rz 46] Da A jedoch den Nachweis nicht erbringen konnte, dass die Abfüllanlage im Zeitpunkt des Geschäftsentscheides zu einem besseren Preis hätte verkauft werden können, lag keine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 OR) und damit keine Haftung nach Art. 754 OR vor (E. 4.2.5). Das Bundesgericht wies die Beschwerde daher ab (E. 5).

² Der Sachverhalt ist stark gekürzt.

C. Bemerkungen

[Rz 47] Das Bundesgericht hatte sich in den vergangenen Jahren verschiedentlich mit der Frage auseinander gesetzt, wie Geschäftsentscheide durch Gerichte nachträglich zu beurteilen sind. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 anerkannte es erstmals ausdrücklich die sog. *Business Judgement Rule* (vgl. bereits Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.1 und 7.2.4). Danach haben sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenskonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichten ist auf diejenigen Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte (Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1).

[Rz 48] Soweit der Geschäftsentscheid allerdings nicht in einem formell korrekten Verfahren sowie aufgrund offensichtlich ungenügender Informationen zustande gekommen ist, hat sich das Gericht bei der Überprüfung nicht in Zurückhaltung zu üben (Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2).

[Rz 49] Nach Ansicht des Bundesgerichts schliesst die *Business Judgement Rule* nicht aus, dass in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen unter Konzerngesellschaften, ein strengerer Massstab angelegt wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1).

[Rz 50] In der Folge des Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 ergingen weitere Entscheide zur *Business Judgement Rule* (BGE 139 III 24; Urteile des Bundesgerichts 4A_626/2013 und 4A_4/2014 vom 8. April 2014, 4A_97/2013 vom 28. August 2013 sowie 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013). Der vorliegende Entscheid reiht sich nahtlos in diese Rechtsprechung ein.

I. Aktienrechtliche Rückerstattung: Urteile des Bundesgerichts 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014, auszugsweise publiziert in BGE 140 III 602

1. Kernfrage

[Rz 51] Erfüllt die Prämie, die sich die Verwaltungsräte im vorliegenden Fall haben auszahlen lassen, die Tatbestandsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Rückerstattung nach Art. 678 Abs. 2 OR?

2. Sachverhalt

[Rz 52] Die C AG bezweckte die Anlage von Kapitalien und die Verwaltung von Vermögenswerten.

[Rz 53] A war Präsident und B Vizepräsidentin des Verwaltungsrates der C AG.

[Rz 54] Der Verwaltungsrat beschloss im Rahmen des Verkaufs eines Aktienpakets, das im Besitz der C AG war, sich je 1% des definitiven Verkaufspreises als Prämie für den erfolgreichen Vertragsabschluss auszahlen zu lassen, falls das Paket für über 4 Mio. CHF verkauft werden sollte.

[Rz 55] Das Aktienpaket wurde für 4.4 Mio. CHF verkauft. A und B liessen sich je CHF 44'000 ausbezahlen.

[Rz 56] Die C AG verlangte von A und B die Rückzahlung von je CHF 44'000 nebst Zins.

3. Erwägungen

[Rz 57] Die rechtliche Qualifikation des getätigten Rechtsgeschäfts (Auszahlung der Prämie), die vor der Vorinstanz (noch) streitig war, ist vorliegend nicht entscheidend. Gegenstand von Art. 678 Abs. 2 OR können neben Verträgen mit einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung auch stark übersetzte, klar marktunübliche Saläre oder andere direkte oder indirekte Vergütungen sein (sog. *verdeckte Gewinnausschüttungen*) (E. 6.2).

[Rz 58] Die Tatbestandsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Rückerstattung (Art. 678 Abs. 2 OR) sind Folgende:

1. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (E. 8.1)
2. Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (E. 9)
3. Offensichtlichkeit des Missverhältnisses (E. 8.2)
4. Böser Glaube (E. 10)

[Rz 59] Zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen:

a. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

[Rz 60] Als Gegenleistung gilt nicht nur der entstandene Aufwand, sondern auch der für die Gesellschaft erzielte Erfolg (E 8.1.2). In casu war der tatsächliche Aufwand gering (wenige E-Mails) und erzielt wurde auch kein besonderer «Erfolg» für die Gesellschaft. Zu berücksichtigen ist auch, ob der Verkauf des Aktienpakets im Rahmen der Aufgaben der Verwaltungsräte lag oder ausserhalb dieses Rahmens getätigt wurde (vgl. Gesellschaftszweck: «Anlage von Kapitalien und die Verwaltung von Vermögenswerten»). In casu gehörte der Verkauf und Kauf von Beteiligungen zur üblichen Verwaltungsratsstätigkeit, für die der Verwaltungsrat eine fixe Entschädigung bezog (E. 8.1.3). «Vorkenntnisse und Beziehungen» einzusetzen gehört zur Pflicht eines Verwaltungsrates und rechtfertigt daher keine höhere Entschädigung (E. 8.1.4).

b. Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft

[Rz 61] Aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzes ergibt sich, dass die Frage des offensichtlichen Missverhältnisses *unter Berücksichtigung* der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu beurteilen ist (E. 9.2). Das Bundesgericht misst – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre³ – dieser Voraussetzung keine eigenständige Bedeutung zu (E. 9.3). Dem Kriterium der *wirtschaftlichen*

³ Vgl. dazu etwa VON DER CRONE HANS CASPAR/MAUCHLE YVES, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 2015, 201 f.

Lage der Gesellschaft kommt lediglich Bedeutung zu für das Ermessen, das den Gesellschaften bei der Beurteilung des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zugebilligt wird (E. 9.3.1). Den Gesellschaften kommt wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit zu. Es liegt in ihrem Ermessen, wie grosszügig oder kleinlich sie sich zeigen. Sanktioniert werden soll nur die Überschreitung dieses Ermessens. Der Ermessenspielraum ist bei wirtschaftlich guten Verhältnissen grösser (E. 9.3.1). Aber auch bei vermögenden Gesellschaften soll das Kriterium kein Freipass für verdeckte Gewinnausschüttungen sein, sondern lediglich eine kleinliche Nachrechnung verhindern und die Entscheidung im Einzelfall erleichtern (E. 9.3).

c. Offensichtlichkeit des Missverhältnisses

[Rz 62] «Das Missverhältnis ist offensichtlich, wenn es jedermann, der gerecht und billig denkt und die konkreten Verhältnisse vernünftig beurteilt, in die Augen fällt» (E. 8.2).

d. Böser Glaube

[Rz 63] Auch wenn im Gegensatz zu Abs. 1 (von Art. 678 OR) nicht ausdrücklich erwähnt, setzt die Rückerstattungspflicht nach Abs. 2 voraus, dass der Empfänger nicht gutgläubig ist. Sind die vorgenannten Voraussetzungen gegeben, fehlt es regelmässig am guten Glauben des Empfängers (E. 10.1). Die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob bei einem offensichtlichen Missverhältnis der böse Glaube oder der gute Glaube (Art. 3 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch; ZGB) zu vermuten ist, liess das Bundesgericht offen, weil bei einem offensichtlichen Missverhältnis die Voraussetzungen, sich auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu berufen, fehlen würden (E. 10.1).

e. Fazit

[Rz 64] Das Bundesgericht bejahte im Ergebnis das Vorliegen der Voraussetzungen der Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR und wies die Beschwerden von A und B ab ([unpublizierte] E. 11 und 13). Offengelassen hat das Bundesgericht letztlich auch die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob *nur der übersetzte Betrag* oder die *ganze Leistung* zurückzuerstatten ist, weil der entsprechende Antrag nicht genügend substantiiert war ([unpublizierte] E. 12).

4. Bemerkungen

[Rz 65] Gegenstand von Art. 678 Abs. 2 OR können Verträge mit einem (offensichtlichen) Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sowie stark übersetzte, klar marktunübliche Saläre oder andere direkte oder indirekte Vergütungen sein (sog. *verdeckte Gewinnausschüttungen*).

[Rz 66] Erfolgt die Gegenleistung des Verwaltungsrates im Rahmen seiner üblichen Geschäftstätigkeit, ist sie regelmässig durch das reguläre Verwaltungsratshonorar abgegolten. Es besteht alsdann grundsätzlich kein Anspruch auf eine ausserordentliche Vergütung. Auch bei wirtschaftlich guten Verhältnissen muss die Gesellschaft darauf achten, dass sie ihr Ermessen nicht überschreitet. Je schlechter die finanzielle Lage der Gesellschaft, desto kleiner ist ihre wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit in diesem Zusammenhang.

II. Sonderprüfung: Urteil des Bundesgerichts 4A_319/2014 vom 19. November 2014, auszugsweise publiziert in BGE 140 III 610

1. Kernfrage

[Rz 67] Welches Beweismass ist im Rahmen einer Sonderprüfung für den Nachweis der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts nach Art. 697 OR massgebend?

2. Sachverhalt

[Rz 68] Die A AG bezweckte die Erbringung von Dienstleistungen jeglicher Art im Finanz- und Vermögensverwaltungsbereich sowie in den Bereichen Beratung, Geschäftsführung, Verkauf und Kauf von Unternehmen.

[Rz 69] B und C waren Aktionäre der A AG und hielten je 20% der Aktien. D und E hielten je 30% der Aktien. D ist Verwaltungsratsmitglied und E Zeichnungsberechtigter der A AG.

[Rz 70] B und C beantragten beim Handelsgericht Zürich gestützt auf Art. 697b OR die Einsetzung eines Sonderprüfers, um zu klären, welche Handlungen von D und E dazu geführt hätten, dass ein wesentlicher Teil einer Beteiligung zu einem nicht marktüblichen Preis veräussert worden und damit der A AG ein Schaden entstanden sei.

3. Erwägungen

[Rz 71] Die Einsetzung eines Sonderprüfers ist subsidiär. Vorgängig zum Begehren auf Sonderprüfung muss daher das Recht auf Auskunft oder Einsicht gemäss Art. 697 OR an der Generalversammlung ausgeübt werden (Art. 697a Abs. 1 OR) (E. 2.2).

[Rz 72] Das Sonderprüfungsbegehren muss thematisch vom Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein (E. 2.2).

[Rz 73] Der Umstand, dass eine Angelegenheit – wie die Sonderprüfung – in den Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens fällt (Art. 250 lit. c Ziff. 8 Zivilprozessordnung; ZPO), bedeutet nicht, dass das Beweismass herabgesetzt ist (E. 4.3.1). Vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ist nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen und bei «Beweisnot» abzuweichen (E. 4.1).

[Rz 74] Bei der Beurteilung, ob das Auskunfts- oder Einsichtsrecht vor dem Sonderprüfungsbegehren ausgeübt worden ist, genügt das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung nicht. Das Gericht muss nach dem Regelbeweismass von der Ausübung überzeugt sein, es darf also keine ernsthaften Zweifel mehr daran haben (E. 4.3.4).

[Rz 75] Der Umstand der Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts liegt nämlich in der Wissenssphäre der Antragssteller, muss also nicht erst durch die Sonderprüfung festgestellt werden. Zudem sind die Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten im Protokoll der Generalversammlung enthalten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR) (E. 4.3.3).

[Rz 76] Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und hob das vorinstanzliche Urteil auf (E. 6).

4. Bemerkungen

[Rz 77] Der vorliegende Entscheid steht im Einklang mit dem im Aktienrecht geltenden *dreistufigen Informationskonzept* für Aktionäre, wonach auf der ersten Stufe Art. 696 OR verlangt, dass *der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht* vor der ordentlichen Generalversammlung spontan *bekannt gegeben* werden. Auf der zweiten Stufe gibt Art. 697 OR dem Aktionär auf dessen Begehren hin ein weitergehendes *Auskunfts- und Einsichtsrecht*. Schliesslich wird auf der dritten Stufe in den Art. 697a ff. OR mit dem subsidiär geltend zu machenden Institut der *Sonderprüfung* versucht, den Konflikt zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen durch Zwischenschaltung eines Dritten zu überbrücken (BGE 133 III 453 E. 7.2).

[Rz 78] Hinsichtlich des massgebenden Beweismasses für das Vorliegen der Voraussetzungen des Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers schafft das Urteil Klarheit. So ist bei der Beurteilung der Voraussetzung der *vorgängigen Ausübung des Rechts auf Auskunft oder Einsicht* beim Gesuch um Sonderprüfung das Regelbeweismass der *vollen Überzeugung* anzuwenden. Ein Beweis gilt nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass der vollen Überzeugung als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, mithin keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen (BGE 140 III 610 E. 4.1).

[Rz 79] Das Regelbeweismass der *vollen Überzeugung* gilt auch für den Beweis der *Aktionärs-eigenschaft* und der *Höhe der Kapitalbeteiligung* (Art. 697b Abs. 1 OR; BGE 140 III 610 E. 4.3.3).

[Rz 80] Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen einer *Gesetzes- oder Statutenverletzung* und einer *Schädigung* der Gesellschaft oder der Aktionäre genügt demgegenüber ein *Glaubhaftmachen* (Art. 697b Abs. 2 OR; BGE 140 III 610 E. 4.3.3).

[Rz 81] Die in Art. 697a Abs. 1 OR verlangte vorherige Ausübung des Rechts auf Auskunft oder Einsicht bezieht sich allein auf das jedem Aktionär in dieser Eigenschaft zustehende Kontrollrecht gemäss Art. 697 OR (BGE 133 III 133 E. 3.3). Das Recht des Aktionärs, der persönlich dem Verwaltungsrat angehört oder in ihm vertreten ist (Art. 707 Abs. 3 OR), auf Einleitung einer Sonderprüfung darf demnach nicht verweigert werden mit der Begründung, der Aktionär müsse vorgängig (auch) den Auskunftsanspruch des Verwaltungsrates (Art. 715a OR) ausgeschöpft haben (BGE 133 III 133 E. 3.3).

[Rz 82] In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (BGE 133 III 133 E. 3.2) verlangt das Bundesgericht keine Personenidentität in dem Sinne, dass nur derjenige Aktionär, der zuvor selbst Auskunft verlangt hat, in der Generalversammlung auch den Antrag auf Sonderprüfung stellen kann (BGE 140 III 610 E. 2.2).

III. Einberufung der Generalversammlung: Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015

1. Kernfrage

[Rz 83] Kann in einer Pattsituation («*Deadlock*») die richterliche Einberufung der Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR verlangt werden?

2. Sachverhalt

[Rz 84] Die B AG hat ein Aktienkapital von 3 Mio. CHF. Die A AG hält 50% der Aktien der B AG.

[Rz 85] Aufgrund eines Patts im Aktionariat verfügt die B AG seit der letzten Generalversammlung weder über einen Verwaltungsrat noch über eine Revisionsstelle.

[Rz 86] Die A AG beantragte, es sei in Anwendung von Art. 699 Abs. 4 OR richterlich die Einberufung einer Generalversammlung für die Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle anzuordnen.

3. Erwägungen

[Rz 87] Die Voraussetzungen für ein Einberufungsgesuch nach Art. 699 Abs. 4 OR sind folgende (E. 2.1.2):

- der Gesuchsteller muss Aktionär sein,
- die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR müssen erfüllt sein (Vertretung von mind. 10% des Aktienkapitals), und
- dem Verwaltungsrat muss ein Einberufungsbegehren gestellt worden sein, dem er innert angemessener Frist nicht entsprochen hat.

[Rz 88] Wenn die Exekutivorgane einer Gesellschaft fehlen, gelangt Art. 699 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung. Das Begehren an den Verwaltungsrat um Einberufung einer Generalversammlung kann in diesem Fall nicht gestellt werden, womit eine Voraussetzung fehlt (E. 2.1.3 und 2.1.5).

[Rz 89] Es handelt sich dabei vielmehr um einen Organisationsmangel, der in einem Verfahren nach Art. 731b OR zu beseitigen ist (E. 2.1.3 und 2.1.5).

4. Bemerkungen

[Rz 90] Das Bundesgericht erörtert das Verhältnis von Art. 699 Abs. 4 und Art. 731b OR und stellt klar, dass fehlende Exekutivorgane einer Gesellschaft einen Organisationsmangel darstellen, der in einem Verfahren nach Art. 731b OR zu beseitigen ist. Weil die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR genannten Massnahmen nur eine beispielhafte, nicht abschliessende Aufzählung darstellen, kann das Gericht im Organisationsmängelverfahren auch eine nicht gesetzlich typisierte Massnahme wie die Einberufung einer Generalversammlung anordnen (E. 2.1.6).

[Rz 91] Demgegenüber kann bei fehlendem Verwaltungsrat einem Einberufungsgesuch nach Art. 699 Abs. 4 OR nicht entsprochen werden, weil vorgängig kein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde bzw. gestellt werden konnte.

IV. Organisationsmängelverfahren

1. Kein Widerruf eines Auflösungsentscheides: BGE 141 III 43

A. Kernfrage

[Rz 92] Kann ein gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ergangener Auflösungsentscheid aufgrund nachträglicher Behebung des Organisationsmangels in analoger Anwendung von Art. 195 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) widerrufen werden?

B. Sachverhalt

[Rz 93] Das Handelsregisteramt beantragte dem Gericht, es seien gegenüber der A AG wegen Fehlens der Revisionsstelle die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR zu ergreifen.

[Rz 94] Da die Verfügung des Gerichts der A AG nicht zugestellt werden konnte und die A AG auch nicht auf die Publikation im Amtsblatt reagierte, ordnete das Gericht die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation gestützt auf Art. 731b OR an.

[Rz 95] Die A AG beantragte in der Folge den Widerruf des Konkurses in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG und die Wiedereintragung im Handelsregister mit der Begründung, sie hätte alle Forderungen der Gläubiger beglichen und den Organisationsmangel behoben.

C. Erwägungen

[Rz 96] Die Durchführung des Konkursverfahrens gestützt auf Art. 731b OR beruht auf einem richterlichen Auflösungsentscheid und nicht auf einem Konkurs. Es hat keine Konkursöffnung durch ein Konkursgericht stattgefunden (E. 2.3.2).

[Rz 97] Der Gesetzgeber hat die nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheides stillschweigend ausgeschlossen. Es liegt keine Gesetzeslücke vor (E. 2.5.3 und 2.5.5).

[Rz 98] Der Auflösungsentscheid wird mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit unwiderrufbar, unter Vorbehalt einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO (E. 2.5.2).

[Rz 99] Für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG besteht kein Raum (E. 2.5.5).

[Rz 100] Dies steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Organisationsmängelverfahren. Die Massnahmen in Art. 731b Abs. 1 OR stehen in einem Stufenverhältnis. Die Auflösung der Gesellschaft kommt nur als *ultima ratio* in Betracht, wenn sich mildere Mittel als nicht sachgerecht bzw. zielführend erweisen (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Ist die Auflösung demnach erst als letztes Mittel anzuordnen, muss der Auflösungsentscheid mit Eintritt der formellen Rechtskraft definitiv sein (E. 2.6).

D. Bemerkungen

[Rz 101] Ein rechtskräftiger Auflösungsentscheid nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR kann nicht gestützt auf Art. 195 SchKG widerrufen werden. Eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG im Organisationsmängelverfahren ist ausgeschlossen.

[Rz 102] Der Auflösungsentscheid ist nach Ablauf der Rechtsmittelfrist definitiv und unwiderrufbar.

2. Richterliche Einsetzung eines Sachwalters: Urteil des Bundesgerichts 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015

A. Kernfrage

[Rz 103] Fehlt es der Gesellschaft im vorliegenden Fall an einem vorgeschriebenen Organ, sodass sich die richterliche Einsetzung eines Sachwalters nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR aufdrängt?

B. Sachverhalt

[Rz 104] Die *Hotel A AG* schloss mit der *E.B. & Co.* einen Mietvertrag über Hotel- und Restaurantträumlichkeiten ab.

[Rz 105] Verwaltungsratsmitglieder der *Hotel A AG* waren B.B., Dr. C (Verwaltungsratspräsident), D.B. und E.B. Gesellschafter der *E.B. & Co.* waren D.B. und E.B.

[Rz 106] B.B., die auch Aktionärin der *Hotel A AG* war, reichte gegen Dr. C. Strafanzeige wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB zum Nachteil der *Hotel A AG* im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrages ein. In der Folge wurde ein Strafverfahren eröffnet.

[Rz 107] B.B. stellte beim Handelsgericht des Kantons Aargau ein Gesuch um Bestellung eines Sachwalters für die *Hotel A AG* zur Wahrung ihrer Rechte im Zusammenhang mit dem Strafverfahren. Sie begründete ihr Begehren damit, dass alle Verwaltungsratsmitglieder der *Hotel A AG* hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Gesellschaft im Zusammenhang mit den Entscheiden im Strafverfahren gegen ihren Verwaltungsratspräsidenten Dr. C einer Interessenskollision unterlägen.

[Rz 108] Die *Hotel A AG* beantragte die Abweisung des Gesuchs.

[Rz 109] Das Handelsgericht setzte Rechtsanwalt Dr. F. als Sachwalter der *Hotel A AG* bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens ein.

[Rz 110] Die *Hotel A AG* erhob gegen den Entscheid des Handelsgerichts Beschwerde in Zivilsachen und beantragte dessen Aufhebung.

C. Erwägungen

[Rz 111] Art. 731b OR erfasst diejenigen Fälle, in denen eine zwingende gesetzliche Vorgabe hinsichtlich der Organisation der Gesellschaft nicht oder nicht mehr eingehalten wird. Dazu gehören sowohl das Fehlen von obligatorischen Gesellschaftsorganen als auch deren nicht rechtsgenügende Zusammensetzung (E. 2.1).

[Rz 112] Eine nicht rechtsgenügende Zusammensetzung obligatorischer Gesellschaftsorgane liegt u.a. dann vor, wenn das Organ nicht mehr handlungsfähig ist (E. 2.2, z.B. andauernde Pattsituationen im Verwaltungsrat; zu einem Patt im Aktionariat vgl. BGE 140 III 349 sowie IV. vorne).

[Rz 113] In bestimmten Konstellationen können auch Interessenskollisionen von Organwaltern zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR führen (E. 2.3).

[Rz 114] Art. 731b OR löste die alten vormundschaftsrechtlichen Normen ab, die in Fällen von Interessenskollisionen die Errichtung einer Beistandschaft für eine Gesellschaft ermöglichten (E. 2.3).

[Rz 115] Ein Organisationsmangel aufgrund eines Interessenskonfliktes liegt immer dann vor, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Sache deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen (E. 2.5.2).

[Rz 116] Im vorliegenden Fall konnte die *Hotel A AG* im Strafverfahren nicht unabhängig vertreten werden, da sämtliche Verwaltungsratsmitglieder ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Strafverfahrens hatten (E. 2.5.2).

[Rz 117] B.B. war Strafanzeigerin, Verwaltungsratspräsident Dr. C. Beschuldigter und E.B. sowie D.B. hatten ein Interesse an der Rechtsgültigkeit des Mietvertrages und an der Einstellung des Strafverfahrens gegen Dr. C.

[Rz 118] Die *Hotel A AG* war in Bezug auf ihre Interessenvertretung im Strafverfahren gegen ihren Verwaltungsratspräsidenten somit handlungs- und prozessunfähig, womit ein Organisationsmangel vorlag (E. 2.4).

[Rz 119] Art. 731b Abs. 1 OR gibt dem Gericht einen Ermessensspielraum, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Bei der Auswahl der Massnahme gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip (E. 3.1).

[Rz 120] Die Einsetzung eines Sachwalters durch das Handelsgericht wurde vom Bundesgericht im vorliegenden Fall als rechtmässig erachtet (E. 3.5).

D. Bemerkungen

[Rz 121] Der Entscheid liegt auf der Linie der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Einmal mehr macht das Bundesgericht deutlich, dass es bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden grosse Zurückhaltung übt und das kantonale Sachgericht in solchen Fällen über einen weiten Handlungsspielraum verfügt (Urteil des Bundesgerichts 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.3). Dies gilt insbesondere auch bei der Anordnung einer Massnahme nach Art. 731b Abs. 1 OR (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015).

[Rz 122] Die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR vorgesehenen Massnahmen zur Behebung eines Organisationsmangels sind dabei nicht abschliessend. Das Gericht kann daher auch eine in Art. 731b Abs. 1 OR nicht gesetzlich typisierte, mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles zweck- und verhältnismässige Massnahme anordnen (Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3), so etwa die Einberufung einer Generalversammlung (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015 [vgl. dazu IV. vorne]).

[Rz 123] Auch die Einsetzung gerade jener Person, die von der Generalversammlung, die sich in einem Patt befand und damit blockiert war, als Verwaltungsrat nicht wiedergewählt wurde, bewegt sich grundsätzlich noch im Ermessensspielraum, der dem Gericht zusteht. In jenem Fall schien es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit vertretbar, die bisherige Geschäftsführung im Interesse der Unternehmenskontinuität für eine beschränkte Zeit fortzuführen (Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.5.1).

V. Vertretung der juristischen Person, insbesondere im Schlichtungsverfahren

1. Keine Vertretung durch faktische Organe im Schlichtungsverfahren: BGE 141 III 159

A. Kernfragen

[Rz 124] Wer kann eine juristische Person im Schlichtungsverfahren vertreten? Ist eine Vertretung durch faktische Organe zulässig?

B. Sachverhalt

[Rz 125] Die B. AG reichte beim Friedensrichteramt ein Schlichtungsgesuch ein. Seitens der B. AG erschien D., die Mutter von E. E war einziges Mitglied des Verwaltungsrates der B. AG.

[Rz 126] An der Schlichtungsverhandlung wurde der B. AG die Klagebewilligung ausgestellt.

[Rz 127] Die Beklagte A. bestritt vor Gericht das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung. Sie brachte vor, dass D. die B. AG bei der Schlichtungsverhandlung nicht habe vertreten können.

C. Erwägungen

[Rz 128] Im Handelsregister eingetragene Organe und Prokuristen können juristische Personen vertreten. Sie haben dazu einen Handelsregisterauszug vorzuweisen (E. 2.6).

[Rz 129] Eine mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht ausgestattete Person muss eine ausdrückliche Vollmacht zur Prozessführung in der konkreten Angelegenheit vorweisen können (Art. 462 Abs. 2 OR), aus der sich zudem eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 Abs. 1 OR ergibt (E. 2.6, 3.2 und 3.3).

[Rz 130] Eine Ermächtigung zur Prozessführung nach Art. 462 Abs. 2 OR kann nur einer Person erteilt werden, die (bereits) Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 462 Abs. 1 OR ist (E. 3.3).

[Rz 131] Die Zulässigkeit der Vertretung durch faktische Organe ist in der Lehre umstritten (E. 1.2.3).

[Rz 132] Im vorliegenden Fall war der prozessrechtliche Kontext zu beachten. Die Schlichtungsbehörde muss möglichst rasch und einfach – gestützt auf Urkunden – entscheiden können, ob die Voraussetzungen des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (E. 2.4).

[Rz 133] Die Stellung des faktischen Organs innerhalb der juristischen Person ist nur schwer zu verifizieren, da das faktische Organ nicht im Handelsregister eingetragen ist (E. 2.4). *Faktische Organe* können juristische Personen daher im Schlichtungsverfahren *nicht vertreten* (E. 2.6).

[Rz 134] Eine bloss bürgerliche Bevollmächtigung nach Art. 32 ff. OR reicht für die Vertretung nicht aus (E. 3.2).

2. Zur Vertretung vor Gericht befugte Personen: BGE 141 III 80 = Pra. 104 (2015) Nr. 103

[Rz 135] Folgende Personen sind befugt, für eine Aktiengesellschaft rechtsgeschäftlich zu handeln und vor Gericht zu erscheinen (E. 1.3):

- Mitglieder des Verwaltungsrates;
- Delegierte und Direktoren (bei Übertragung der Vertretung i.S.v. Art. 718 Abs. 2 OR);
- Prokuristen (Art. 458 OR), die im Handelsregister eingetragen sind und keine besondere Prozessvollmacht benötigen;
- Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 462 OR, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, soweit sie ausdrücklich über eine Prozessvollmacht verfügen.

[Rz 136] Jede zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigte Person hat vor Gericht ihre Funktion und ihre Vertretungsbefugnis mittels Handelsregisterauszug oder Prozessvollmacht für das hängige Verfahren nachzuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO, E. 1.3).

[Rz 137] Die zur Vertretung befugten Personen sind als Parteien und nicht als Zeugen zu befragen (E. 1.3).

3. Bemerkungen

[Rz 138] Die beiden Entscheide befassen sich mit der Zulässigkeit der Vertretung der juristischen Person u.a. im Schlichtungsverfahren. Sie komplementieren BGE 140 III 70. In diesem Urteil vom 17. Februar 2014 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor der Schlichtungsbehörde nach Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische Personen gilt (BGE 140 III 70 E. 4.3).

[Rz 139] Erscheint eine Partei nicht persönlich an der Schlichtungsverhandlung, kann keine gültige Klagebewilligung ausgestellt werden (BGE 140 III 70 E. 5).

[Rz 140] Das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung ist, wo dem Prozess ein Schlichtungsversuch vorauszugehen hat, eine Prozessvoraussetzung, die von Amtes wegen zu prüfen ist (BGE 140 III 70 E. 3.2 und 5; BGE 139 III 273 E. 2.1).

[Rz 141] Der für die juristische Person an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreter muss vorbehaltlos und gültig handeln können und insbesondere zum Vergleichsabschluss ermächtigt sein (BGE 140 III 70 E. 4.4).

[Rz 142] In Betracht kommt ein Organ oder eine mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht ausgestattete und zur Prozessführung (vgl. Art. 462 Abs. 2 OR) befugte Person, die mit dem Streitgegenstand vertraut ist (BGE 140 III 70 E. 4.3). Ob faktische Organe auch zur Vertretung der juristischen Person an der Schlichtungsverhandlung befugt sind, liess das Bundesgericht in BGE 140 III 70 offen. Diese Frage wurde nun in BGE 141 III 159 verneint.

[Rz 143] In BGE 140 III 70 hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass die Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt als Form des persönlichen Erscheinens ausser Betracht fällt (BGE 140 III 70 E. 4.3).

[Rz 144] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zur Vertretung der juristischen Person im Schlichtungsverfahren im Handelsregister eingetragene Organe und Prokuristen sowie kaufmännische Handlungsbevollmächtigte mit (zusätzlicher) Spezialvollmacht befugt sind. Nicht zur Vertretung befugt sind demgegenüber faktische Organe, Rechtsanwälte und bloss bürgerlich bevollmächtigte Personen nach Art. 32 ff. OR.

[Rz 145] Wird eine Person schriftlich bevollmächtigt, eine juristische Person an der Schlichtungsverhandlung zu vertreten, ist daher zu prüfen, ob bloss eine (unzureichende) bürgerliche Bevollmächtigung nach Art. 32 OR oder eine nach Art. 462 Abs. 2 OR erforderliche, einem Handlungs-

bevollmächtigten ausdrücklich erteilte (und damit ausreichende) Befugnis zur Prozessführung vorliegt.

VI. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts: BGE 140 III 550

1. Kernfrage

[Rz 146] Fällt das Wiedereintragungsverfahren nach Art. 164 Handelsregisterverordnung (HRegV) als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO unter den bundesrechtlichen Begriff der «Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften» gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO?

2. Sachverhalt

[Rz 147] Die B AG wurde nach Durchführung der Liquidation im Handelsregister gelöscht.

[Rz 148] Die Liquidatorin A beantragte beim Handelsgericht Zürich die Wiedereintragung der B AG ins Handelsregister.

[Rz 149] Das Handelsgericht trat auf das Gesuch wegen sachlicher Unzuständigkeit nicht ein.

3. Erwägungen

[Rz 150] Die Begriffe «handelsrechtliche Streitigkeiten» (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO) bzw. «Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften» (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO) sind bundesrechtliche Begriffe (E. 2.3).

[Rz 151] Die Lehre schweigt sich (überwiegend) zur Frage aus, ob Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen (E. 2.4).

[Rz 152] Der Wortlaut des Begriffs *Streitigkeiten* schliesst nichtstreitige Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus. Gemäss Rechtsprechung handelt es sich bei einer streitigen Zivilsache, worauf der Begriff *Streitigkeit* Bezug nimmt, um kontradiktorische Verfahren zwischen mindestens zwei Personen, die auf eine endgültige, dauernde Regelung der zivilrechtlichen Verhältnisse im Sinne einer *res iudicata* abzielen (E. 2.5).

[Rz 153] Die Materialien enthalten keine ausdrückliche Aussage darüber, ob die nichtstreitigen Verfahren in die handelsgerichtliche Zuständigkeit fallen sollen. Die vor der ZPO geltenden Bestimmungen ergeben, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht unter den Begriff *Streitigkeiten* fiel (E. 2.7).

[Rz 154] Weil für die Beurteilung der Wiedereintragung einer Gesellschaft nach Art. 164 HRegV kein Fachgericht erforderlich ist, ist es auch in teleologischer Hinsicht nicht angezeigt, das Wiedereintragungsverfahren unter den Begriff der *Streitigkeiten* zu subsumieren (E. 2.8).

[Rz 155] Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts war damit nicht gegeben (E. 3).

4. Bemerkungen

[Rz 156] Das Bundesgericht hält fest, dass die Begriffe «handelsrechtliche Streitigkeiten» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO bzw. «Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften» nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO *bundesrechtliche Begriffe* sind. Soweit die Kantone ein Handelsgericht einrichten, ist für die Fälle nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sowie Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO, sofern der Kanton auch diese Streitigkeiten dem Handelsgericht zuweist, daher zwingend das Handelsgericht zuständig, soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen entgegenstehen (E. 2.3).

[Rz 157] Bereits in BGE 140 III 155 hatte sich das Bundesgericht zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Handelsgerichts und den Regelungsbefugnissen der Kantone geäussert. Dort hatte es zu prüfen, ob Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO eine zwingende und ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vorsehen oder ob ein Kanton ein anderes Gericht für Streitigkeiten, welche die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO erfüllen, als ebenfalls bzw. zusätzlich zuständig erklären kann (BGE 140 III 155 E. 4, 4.1 und 4.2). Dabei gelangte es zum Schluss, dass der Bundesgesetzgeber mit Art. 6 ZPO für den Fall, dass ein Kanton von der Möglichkeit, ein Handelsgericht zu schaffen, Gebrauch gemacht hat, die sachliche Zuständigkeit für handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO) abschliessend geregelt habe. Für eine weitere Zuständigkeitsregelung durch den Kanton bleibe daher kein Raum (BGE 140 III 155 E. 4.3; vgl. aber auch BGE 138 III 471 E. 5.1).

[Rz 158] Das Handelsgericht durfte sich vorliegend nur dann für sachlich unzuständig erklären, wenn das Wiedereintragungsverfahren nicht unter den bundesrechtlichen Begriff der «Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften» nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO fällt. Das Bundesgericht legte daher den Begriff der *Streitigkeiten* nach Art. 6 ZPO in grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Hinsicht aus und gelangte zum Ergebnis, dass das Wiedereintragungsverfahren nach Art. 164 HRegV als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO nicht unter Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO und damit nicht in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt.

VII. Qualifikation als einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2014 vom 29. April 2015

1. Kernfrage

[Rz 159] Bildeten A und B im vorliegenden Fall eine einfache Gesellschaft, sodass A das Einsichtsrecht nach Art. 541 OR Zustand?

2. Sachverhalt

[Rz 160] B führte ein Hotel Restaurant. A war im Restaurant von Februar 2009 bis September 2011 tätig. Er sollte das Restaurant als Nachfolger von B übernehmen.

[Rz 161] A und B hatten keine schriftliche Vereinbarung über die Konditionen der Zusammenarbeit und die beabsichtigte Übernahme geschlossen.

[Rz 162] A betreute die Gäste im Restaurant und war für das Servicepersonal zuständig. B führte die Arbeiten im «Backoffice» aus (Kontakt mit Lieferanten, Abschluss von Arbeitsverträgen, Bestellungen, Zahlungen).

[Rz 163] A und B bezogen beide eine Entschädigung für ihre Tätigkeit.

[Rz 164] Der beabsichtigte Verkauf des Restaurants an A scheiterte, weil B an der Rechtmässigkeit des geplanten Vorgehens durch A Zweifel hatte.

[Rz 165] A beendete in der Folge die Zusammenarbeit fristlos und verlangte Einsicht in die Geschäftsbücher.

3. Erwägungen

[Rz 166] Nach Art. 530 Abs. 1 OR ist die einfache Gesellschaft die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (E. 2.2.3).

[Rz 167] Das Verhalten der Gesellschafter muss auf die Verfolgung des vereinbarten Zwecks ausgerichtet sein (E. 2.2.3).

[Rz 168] Die Gesellschafter müssen den Willen haben, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten (E. 2.2.3).

[Rz 169] Die Motive von A und B stimmten insofern überein, als beide von der Idee ausgingen, dass A das Restaurant übernehmen sollte. Im vorliegenden Fall konnte darin allein, d.h. in der (geplanten) *Übernahme des Restaurants* als solcher, indessen noch kein gemeinsamer Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR gesehen werden (E. 2.2.4).

[Rz 170] Es stellte sich daher die Frage, ob in der *gemeinsamen Führung des Restaurantbetriebs* ein gemeinsamer Zweck im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR lag. Für die Beurteilung dieser Frage sind folgende Kriterien von Bedeutung (E. 2.3.1):

- *Kontroll- und Mitwirkungsrechte*: Ausgedehnte Kontrollrechte und umfassende Rechte zur Mitwirkung an der Geschäftsführung sprechen für die Annahme einer einfachen Gesellschaft.
- *Stellung der Vertragspartner*: Je gleichberechtigter die Partner sind, desto eher sind sie Gesellschafter. Wer umgekehrt in abhängiger Stellung Arbeitsleistungen erbringt, ist auch bei Gewinnbeteiligung kein Gesellschafter.

[Rz 171] Im vorliegenden Fall durfte A bei Grundsatzfragen nicht mitentscheiden. B führte das «Backoffice», in dem die wichtigen Entscheidungen getroffen wurden. A organisierte bloss den Service. A und B waren nicht gleichberechtigte Partner (E. 2.3.4). A hatte nur beschränkte Kontrollrechte und beschränkte Einsicht in Geschäftsunterlagen (E. 2.3.5).

[Rz 172] Damit lag auch in der gemeinsamen Führung des Restaurantbetriebs kein gemeinsamer Gesellschaftszweck im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR (E. 2.3.4 und 2.3.7).

[Rz 173] A hatte daher kein Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen (Jahresabschlüsse und Detailbelege) nach Art. 541 Abs. 1 OR.

4. Bemerkungen

[Rz 174] Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid seine Rechtsprechung, wonach zur Beantwortung der Frage, ob ein gemeinsamer Gesellschaftszweck im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR vorliegt, eine Gesamtbetrachtung des Rechtsverhältnisses zu erfolgen hat. Dabei sind die verschiedenen Kriterien wie etwa das Vorhandensein von Kontroll- und Mitwirkungsrechten oder die Stellung der Parteien im konkreten Fall gegeneinander abzuwägen. Aufgrund einer Abwägung dieser Kriterien gelangte das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum Ergebnis, dass keine einfache Gesellschaft vorlag.

[Rz 175] Die Tatsache, dass A das Einsichtsrecht nach Art. 541 Abs. 1 OR verweigert wurde, ist zu Recht nicht als Argument gegen das Bestehen einer einfachen Gesellschaft gewertet worden. Die Verweigerung des Einsichtsrechts bildete denn auch das Streitthema, sodass eine *petitio principii* vorgelegen hätte, wenn das Gericht bereits in der Prämisse der späteren Konklusion zugestimmt hätte. Entgegen den Einwendungen des A hatte die Vorinstanz aber vielmehr auf die tatsächlich gelebten Verhältnisse von A und B abgestellt und damit nach Ansicht des Bundesgerichts keine *petitio principii* begangen (E. 2.3.7).

[Rz 176] Im Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8. Juli 2015 liess das Bundesgericht die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als einfache Gesellschaft zwar offen. Der Kläger hatte dort die Beurteilung der Klage unter verschiedenen Aspekten (Arbeitsvertrag, Auftrag, einfache Gesellschaft) verlangt. Das Bundesgericht führte aber aus, dass ein Vertragsverhältnis, gemäss dem eine natürliche Person eine Gesellschaft, für die sie als Makler und Geschäftsführer tätig und von der sie Aktionär ist, beim Kauf eines Grundstücks sowie der anschliessenden Überbauung und Veräusserung unterstützt, als einfache Gesellschaft qualifiziert werden kann. Daran änderte die Bezeichnung als Arbeitsvertrag («*contrat de travail*») nichts. Dies ergibt sich aus Art. 18 Abs. 1 OR, wonach eine falsche Bezeichnung nicht schadet («*falsa demonstratio non nocet*») (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8. Juli 2015 E. 4.2.1). Für die Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist zunächst der tatsächliche Parteiwille zu ermitteln und falls dies nicht möglich ist, sind die Handlungen der Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen (Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8. Juli 2015 E. 4.2.1).

[Rz 177] Im gleichen Urteil bestätigte das Bundesgericht auch seine Rechtsprechung, wonach eine einfache Gesellschaft durch konkludentes Verhalten zustande kommen kann, ohne dass den Parteien dies bewusst sein muss (sog. *unbewusste Gesellschaft*) (Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8. Juli 2015 E. 4.2.1).

VIII. Liquidation einer einfachen Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015

1. Kernfrage

[Rz 178] In welchem Fall und in welchem Umfang sind investierte Beiträge bei der Liquidation einer einfachen Gesellschaft zurückzubezahlen?

2. Sachverhalt

[Rz 179] A und B lebten im Konkubinat und bauten auf einem Grundstück von B ein Haus, welches durch eine Hypothek sowie aus gemeinsamen Ersparnissen finanziert wurde.

[Rz 180] Nach Auflösung des Konkubinats klagte A gegen B und verlangte – gestützt auf die Auflösung der einfachen Gesellschaft, die für den Bau des Hauses eingegangen wurde – u.a. die Hälfte der in den Bau des Hauses investierten Mittel.

3. Erwägungen

[Rz 181] Nach Art. 549 Abs. 1 OR ist ein Überschuss, der nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen und nach Rückerstattung der Vermögensbeiträge verbleibt, als Gewinn unter die Gesellschafter zu verteilen (E. 3).

[Rz 182] Die Gesellschafter können ihre Beiträge in verschiedener Form in die Gesellschaft einbringen (E. 3):

- zu Eigentum (*quoad dominium*). In diesem Fall werden alle Gesellschafter Gesamteigentümer.
- zum Gebrauch (*quoad usum*) oder zur Verfügung (*quoad sortem*). In diesem Fall behält der einbringende Gesellschafter das Eigentum am Beitrag.

[Rz 183] Vor der Rückerstattung der Vermögensbeiträge, die nicht Eigentum der Gesellschafter geblieben sind (vorliegend die investierten Mittel), müssen die Gesellschaftsschulden beglichen werden (E. 3.3).

[Rz 184] Weil die Gesellschaftsschulden die Aktiven überstiegen (die Hypothekarschuld war grösser als der Marktwert des Grundstücks und der Mehrwert des gemeinsamen Kontos), konnte A der Wert des eingebrachten Beitrags nicht zurückerstattet werden (E. 3.3).

4. Bemerkungen

[Rz 185] Das Bundesgericht erläutert die gesetzliche Liquidationsordnung bei der einfachen Gesellschaft, die allerdings dispositiver Natur ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_586/2011 vom 8. März 2012 E. 2, 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 5.2.4.5) und hält einmal mehr fest, dass Beiträge auf verschiedene Art in die Gesellschaft eingebracht werden können. Von der Art der Einbringung hängen alsdann die Form und der Umfang der Rückerstattung im Rahmen der Liquidation ab.

[Rz 186] Dabei gilt, dass Vermögensbeiträge den Gesellschaftern erst dann zurückerstattet werden können, wenn die Schulden der Gesellschaft beglichen sind. Reicht das Vermögen zur Tilgung der Schulden nicht aus, tragen die Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Grösse ihrer Beiträge den Verlust nach Massgabe der gesetzlichen bzw. vertraglichen Regeln.

[Rz 187] In der jüngeren Vergangenheit hat sich das Bundesgericht in mehreren (überwiegend unpublizierten) Entscheiden dazu geäussert, was mit einem Mehr- bzw. Minderwert eines Gesellschafterbeitrags im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft geschieht. Dabei verhält es sich wie folgt:

[Rz 188] Bei der Einbringung zu Eigentum (*quoad dominium*) fällt die Sache nicht an den einbringenden Gesellschafter zurück (Art. 548 Abs. 1 OR); eine abweichende Vereinbarung bleibt vorbehalten (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1).

[Rz 189] Der einbringende Gesellschafter hat Anspruch auf den Wert, für den die Sache übernommen wurde (Art. 548 Abs. 2 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1). Wenn kein Wert vereinbart wurde, gilt der damalige Verkehrswert (Art. 548 Abs. 3 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1), der gegebenenfalls zu schätzen ist.

[Rz 190] Der Gesellschafter profitiert damit nicht von einem allfälligen Mehrwert. Ein Mehrwert kommt der Gesamtheit der Gesellschafter zugute und ist nach Art. 533 OR unter den Gesellschaftern als Gewinn zu teilen (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1). Ein allfälliger Minderwert geht aber ebenfalls zu Lasten der Gesamtheit der Gesellschafter.

[Rz 191] Bei der Einbringung zum Gebrauch (*quoad usum*) oder zur Verfügung (*quoad sortem*) fällt die Sache an den Gesellschafter zurück, dessen Eigentum sie geblieben ist (vgl. BGE 105 II 204 E. 2.b; Urteile des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008 E. 6).

[Rz 192] Eine Wertsteigerung, die auf Leistungen der Gesellschaft beruht (z.B. Erschliessung des Grundstückes zur Baureife) stellt einen Gesellschaftsgewinn dar, welcher unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist (vgl. BGE 105 II 204 E. 2.c); Urteile des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1, 4A_70/2008 vom 12. August 2009 E. 4.2). Eine Wertverminderung infolge der Gesellschaftstätigkeit stellt demgegenüber einen Verlust dar, der ebenfalls unter den Gesellschaftern zu teilen ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015 E. 3, 4A_70/2008 vom 12. August 2009 E. 4.2).

[Rz 193] Wertveränderungen konjunktureller Natur (nicht auf Leistungen der Gesellschaft beruhend; z.B. steigende Bodenpreise) finden bei der Einbringung *quoad usum*, ohne anderslautende Vereinbarung, keinen Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2008 vom 12. August 2009 E. 4.2). An einem konjunkturellen Mehrwert partizipiert der (*quoad usum*) einbringende Gesellschafter daher grundsätzlich allein (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1).

[Rz 194] Bei der Einbringung *quoad sortem*, bei welcher der Beitrag im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln ist, stellt ein konjunktureller Mehrwert demgegenüber einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014 E. 6.1).

IX. Frist zur Einreichung der Klage nach Erteilung der Klagebewilligung: BGE 140 III 561 = Pra. 104 (2015) Nr. 65

1. Kernfragen

[Rz 195] Wurde die Klage nach Erteilung der Klagebewilligung rechtzeitig beim Gericht eingereicht? Welche Fristen fallen unter den Vorbehalt der *weiteren besonderen gesetzlichen Klagefristen* in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO?

[Rz 196] *Anmerkung:* Der Fall betraf eine Stockwerkeigentümergeinschaft, ist aber auch für das Gesellschaftsrecht von Bedeutung. Konkret ging es um die Anfechtung eines Beschlusses einer

Stockwerkeigentümergeinschaft. Art. 75 ZGB, der auch im Recht der Stockwerkeigentümergeinschaft anwendbar ist (Art. 712m Abs. 2 ZGB), sieht vor, dass Beschlüsse, die das Gesetz oder die Statuten verletzen, binnen Monatsfrist angefochten werden können. Eine Klagefrist (von zwei Monaten) sieht auch Art. 706a Abs. 1 OR für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer AG vor.

2. Sachverhalt

[Rz 197] Die ordentliche Versammlung der Stockwerkeigentümer wurde am 3. März 2011 durchgeführt.

[Rz 198] Das Schlichtungsgesuch betreffend Aufhebung eines Beschlusses wurde – binnen Monatsfrist (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB) – am 1. April 2011 eingereicht.

[Rz 199] Die Erteilung der Klagebewilligung erfolgte am 11. Mai 2011.

[Rz 200] Die Klage gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft wurde schliesslich am 28. Juli 2011 erhoben.

3. Erwägungen

[Rz 201] Zum Vorbehalt betreffend *weitere besondere gesetzliche Klagefristen* in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO hielt das Bundesgericht fest (E. 2.2.2.4):

- Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO ist in Verbindung mit Art. 62 ff. ZPO auszulegen.
- Die Einreichung des Schlichtungsgesuches als verfahrenseinleitende Handlung begründet die Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO) und hat die Zulässigkeit der materiell-rechtlichen Klage zur Folge (Art. 64 Abs. 2 ZPO).
- Durch die Prozesseinleitung werden die Verwirkungs- und Verjährungsfristen gewahrt.
- Die Einhaltung der Verwirkungsfrist setzt (weiter) voraus, dass das Verfahren fortgesetzt und die Klage innert der vorgeschriebenen Frist eingereicht wird (Art. 209 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO).
- Die in Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO vorgesehene Frist wird dem Kläger gesetzt, um das durch sein Schlichtungsgesuch eingeleitete Verfahren fortzuführen.

[Rz 202] Der Vorbehalt in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO bezieht sich daher nur auf Verfahrensvorschriften (prozessuale Prosequierungsfristen) und nicht auf Fristen des materiellen Bundesrechts (materiell-rechtliche Verwirkungsfristen, E. 2.2.2.4). Er ist daher auf Art. 75 ZGB nicht anwendbar. Die Klage wurde damit fristgerecht eingereicht.

4. Bemerkungen

[Rz 203] Das Bundesgericht äusserte sich erstmals zur Frage, ob im Vorbehalt in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO mit *weitere besondere gesetzliche Klagefristen* nur die prozessualen Prosequierungsfristen oder auch die materiell-rechtlichen Verwirkungsfristen gemeint sind. Die Lehre beantwortet diese Frage kontrovers (E. 2.2.2.1) und aus den Gesetzesmaterialien lässt sich nichts Eindeutiges ableiten (E. 2.2.2.2).

[Rz 204] Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO vorgesehene Vorbehalt der *weiteren besonderen gesetzlichen Klagefristen* nicht die materiell-rechtlichen Fristen wie etwa Art. 75 ZGB oder Art. 706a Abs. 1 OR betrifft.

[Rz 205] Nichts Gegenteiliges liess sich nach Ansicht des Bundesgerichts aus BGE 135 III 489 ableiten (E. 2.2.2.3). Dort hatte das Bundesgericht eine ähnlich, aber eben nicht gleich lautende Bestimmung der (damaligen) bernischen ZPO zu beurteilen (Art. 153 Abs. 3 und 4 ZPO/BE). Der Verweis auf BGE 135 III 489 ermögliche es daher nicht, den vom Bundeszivilprozessrecht in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO aufgestellten Vorbehalt zu interpretieren (E. 2.2.2.3).

Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Rechtsanwältin, Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Die Autoren danken Herrn Kilian Keller, BLaw, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

MLaw ALICE KÄCH, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Karin Müller.