

1/2022

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

158. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Januar 2022

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 66

en ligne+

Vos avantages en
un coup d'œil :
Page 66



Stämpfli Verlag

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 154.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–,
Einzelheft CHF 24.– (exkl. Versandkosten).
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25
E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement,
Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1,
Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020

Veröffentlicht in Band 146 sowie im Internet

Von Professorin Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern¹

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen

II. Personengesellschaften

1. Beiträge der einfachen Gesellschafter, Gleichbehandlung aller Arten von Beiträgen im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft: Urteile des Bundesgerichts 4A_328/2019 vom 9. Dezember 2019 (publiziert als BGE 146 III 97, allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; Pra. 109 [2020] Nr. 101) und 4A_276/2020 vom 26. Februar 2021
2. Aktionärbindungsvertrag als einfache Gesellschaft, Ausschluss eines Gesellschafters: Urteil des Bundesgerichts 4A_586/2019 vom 21. April 2020
3. Einfache Gesellschaft, gemeinsames Handeln: Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2020 vom 29. Juni 2020

III. Kapitalgesellschaften

1. Keine rechtsgeschäftliche Vertretung der AG durch ein faktisches Organ: BGE 146 III 37 (Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019; Pra. 109 [2020] Nr. 36)
2. Rechtsgeschäftliche Vertretung der AG; «externe» Vollmacht nach Art. 33 Abs. 3 OR: Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2019 vom 10. Juli 2020
3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Löschung der Gesellschaft im Handelsregister, Auswirkungen auf die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG: BGE 146 III 441 (Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2020 vom 19. August 2020)

1 Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Ich danke Herrn Livio Mühlebach, MLaw, für die Unterstützung bei der Recherche der Urteile, Herrn RA lic. iur. Zeno Schönmann für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine wertvollen Anregungen sowie Frau Michèle Lang, BLaw, für die Mithilfe bei der Bereinigung des Manuskripts und der Zitatkontrolle.

4. Zurechnung von unerlaubten Handlungen, Handlung «in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen»: Urteil des Bundesgerichts 4A_613/2018 vom 17. Januar 2020
5. Einberufung ausserordentliche Generalversammlung, Aktivlegitimation, nicht gemeldete Inhaberaktien: Urteil des Bundesgerichts 4A_134/2020 vom 15. Juni 2020 sowie BGE 147 III 238
6. Organisationsmangel, Pattsituation, Auflösung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2019 vom 25. März 2020
7. Organisationsmangel, Auflösung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2020 vom 5. Oktober 2020

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Kollokationsklage: BGE 146 III 113 (Urteil des Bundesgerichts 5A_535/2018 vom 15. Januar 2020)
2. Vermögensübertragung und Publizitätswirkung des Handelsregisters: Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2019 vom 25. November 2020

I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung in Band 146 publizierten und weitere wichtige (nicht amtlich publizierte) Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2020 zum Gesellschaftsrecht (Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften) besprochen (II. und III.). Ferner werden zwei weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile in der gebotenen Kürze erläutert, nämlich ein Urteil zur Kollokationsklage und ein anderes zu den Wirkungen der Vermögensübertragung nach dem FusG und der Publizitätswirkung des Handelsregisters (IV./1. und IV./2.). Im Berichtsjahr 2020 liegt das Schwergewicht wiederum auf dem Recht der Kapitalgesellschaften und dort bei der Aktiengesellschaft.

Im Personengesellschaftsrecht hat das Bundesgericht entgegen der in der Lehre herrschenden Auffassung entschieden, dass Beiträge der einfachen Gesellschafter in Form von Arbeit im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft gleich zu behandeln sind wie andere Beiträge, etwa in Form von Geld (II./1.). Zudem bestätigte es seine Rechtsprechung, wonach bei der einfachen Gesellschaft – im Unterschied zur Kollektivgesellschaft – von Gesetzes wegen kein Recht auf Ausschluss eines Gesellschafters besteht, auch nicht aus wichtigem Grund (II./2.).

Im Recht der Kapitalgesellschaften hat das Bundesgericht die bislang ungeklärte Frage, ob ein faktisches Organ die Gesellschaft rechtsgeschäftlich vertreten kann, verneint (III./1.). Ferner hat es in Bezug auf die Frage, welche Auswirkungen die Löschung einer AG im Handelsregister auf die Geltendmachung von nach Art. 260 SchKG abgetretenen Forderungen hat, Klarheit geschaffen (III./3.). Schliesslich hat es seine Rechtsprechung zum Organisationsmängelverfahren präzisiert bzw. weiterentwickelt (III./6. und 7.).

II. Personengesellschaften

1. **Beiträge der einfachen Gesellschafter, Gleichbehandlung aller Arten von Beiträgen im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft: Urteile des Bundesgerichts 4A_328/2019 vom 9. Dezember 2019 (publiziert als BGE 146 III 97, allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; Pra. 109 [2020] Nr. 101) und 4A_276/2020 vom 26. Februar 2021**

Das französischsprachige Urteil 4A_328/2019 ist – allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen – in Band 146 (als BGE 146 III 97) amtlich publiziert worden. Gefällt wurde es indessen bereits im Dezember 2019. Daher ist es im Rahmen der Rechtsprechungsübersicht 2018/2019 in der ZBJV 2021, 46 ff., besprochen und gewürdigt worden (vgl. ferner ausführlich MÜLLER, SZW 2021, 278 ff.). An dieser Stelle sollen demnach lediglich nochmals kurz die wichtigsten Aussagen des Bundesgerichts resümiert werden.

Im Entscheid ging es um die Frage, ob Beiträge der einfachen Gesellschafter an die Gesellschaft *in Form von Arbeit* im Rahmen der Liquidation gleich zu behandeln sind wie andere Beiträge, etwa solche in Form von Geld. Das Bundesgericht kritisierte die Ansicht der Vorinstanz, die von einer unterschiedlichen Behandlung der Beiträge ausging und den Beitrag des einen Gesellschafters in Form von Arbeit nicht in das Liquidationsergebnis einfliessen lassen wollte.

Nach Ansicht des Bundesgerichts kann die Art der Einbringung der Beiträge, die zugunsten der Gesellschaft erbracht wurden, bei der Liquidation eine gewisse Rolle spielen (vgl. Art. 548 OR). Die *Natur*

der Beiträge an sich sei aber nicht entscheidend. In diesem Sinn führte es aus: «Si le *mode* d'après lequel les apports sont effectués au profit de la société peut revêtir une certaine importance au moment de la liquidation de la société [...], la *nature* des apports n'est en revanche pas en soi déterminante» (E. 4.2.3.2). Beiträge in Form von Arbeit sind also nach der Meinung des Bundesgerichts nicht anders zu behandeln als andere – beispielsweise geldwerte – Beiträge. Bei der Ermittlung des Endergebnisses müssen demnach alle Beiträge berücksichtigt werden (E. 4.2.3.2).

Das Bundesgericht hatte daher die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese berücksichtigte in der Folge für die Berechnung des Liquidationsergebnisses – neben dem Vermögensbeitrag des einen Gesellschafters – auch den Beitrag des anderen Gesellschafters in Form von Arbeit, nämlich dessen Architektenleistungen. Mit Urteil 4A_276/2020 vom 26. Februar 2021 musste sich das Bundesgericht (aus anderen Gründen) ein zweites Mal mit dem Fall befassen. Der (vormals strittige) Punkt der Behandlung der Beiträge der Gesellschafter im Rahmen der Liquidation blieb unbestritten (Urteil des Bundesgerichts 4A_276/2020 vom 26. Februar 2021, Sachverhalt B.d und E. 4.1). Es bleibt somit – jedenfalls aus Sicht des Bundesgerichts – dabei: Beiträge in Form von Arbeitsleistungen sind im Rahmen der Liquidation gleich zu behandeln wie Beiträge in Form von Geldleistungen.

Diese Auffassung wird von der herrschenden schweizerischen Lehre allerdings nicht geteilt (vgl. dazu MÜLLER, SZW 2021, 279, 281 und 282). Danach gelten Arbeitsleistungen der Gesellschafter (im Sinne von Art. 537 Abs. 3 OR) nicht als rückzahlbare Einlagen (vgl. HANDSCHIN/VONZUN, Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft [Art. 530–551 OR], 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 548–551 N 166; JUNG, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 547–551 N 13; SETHE, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel 2014, Art. 547–551 N 20; STAEHELIN, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 548/549 N 11; STEININGER, in: Schütz [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht [Art. 530–619 OR], Bern 2015, Art. 548/49 N 23).

Die Überlegungen des Bundesgerichts sind aus ergebnisorientierter Sicht nachvollziehbar, und es sprechen nach der hier vertrete-

nen Auffassung auch gute Gründe für diesen Ansatz. Sind die Beiträge der Gesellschafter nämlich von der Art her unterschiedlich, kann es zu stossenden Ergebnissen führen, wenn im Rahmen der Liquidation lediglich die Vermögensbeiträge, nicht aber die Beiträge in Form von Arbeit in die Endabrechnung einbezogen werden. Dies hat sich gerade auch im vorliegenden Fall gezeigt (vgl. dazu MÜLLER, SZW 2021, 283).

Indem das Bundesgericht im Urteil 4A_328/2019 Raum für Differenzierungen bei der Behandlung von Leistungen der Gesellschafter geschaffen hat, nämlich zum einen durch die Gleichstellung von Beiträgen in Form von Geld und Arbeit, zum anderen durch die Unterscheidung zwischen Beiträgen der Gesellschafter im Sinne von Art. 531 OR und (Geschäftsführungs-)Tätigkeiten, die zu Ansprüchen aus Art. 537 OR führen, hat dieses Urteil das Potenzial, über den Einzelfall hinauszudeuten (vgl. eingehend MÜLLER, SZW 2021, 282 ff.).

Eine ausführliche Würdigung der Entscheide findet sich bei MÜLLER, SZW 2021, 278 ff.

2. Aktionärbindungsvertrag als einfache Gesellschaft, Ausschluss eines Gesellschafters: Urteil des Bundesgerichts 4A_586/2019 vom 21. April 2020

Im französischsprachigen Entscheid 4A_586/2019 hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem als einfache Gesellschaft qualifizierten Aktionärbindungsvertrag (ABV) fest, die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR würden den Ausschluss eines Gesellschafters nicht vorsehen. Die Rechtsprechung lehne eine analoge Anwendung von Art. 577 OR (Ausschluss eines Gesellschafters bei der Kollektivgesellschaft durch das Gericht) ab. In der Lehre und Rechtsprechung sei jedoch anerkannt, dass es den einfachen Gesellschaftern freistehe, im Gesellschaftsvertrag ein Ausschlussrecht zu vereinbaren. Vorliegend sei ein solches in Art. 12 ABV vorgesehen (E. 5.1).

Das Bundesgericht bestätigte in diesem Entscheid seine Rechtsprechung, wonach bei der einfachen Gesellschaft *von Gesetzes wegen* kein Ausschlussrecht besteht, auch nicht aus wichtigem Grund (vgl. dazu MÜLLER/KÄCH, ZBJV 2016, 593 ff.). Die Gesellschafter können

aber im Gesellschaftsvertrag ein Ausschlussrecht vorsehen, so wie im vorliegenden Fall.

In Bezug auf die Frage, wie sich ein ausgeschlossener Gesellschafter zur Wehr setzen kann, wenn er den Ausschluss für nicht gerechtfertigt hält, hatte das von den Parteien zur Streiterledigung angerufene Schiedsgericht festgehalten, es bestünde die Möglichkeit, den Ausschluss analog zu Art. 75 ZGB oder Art. 706 OR anzufechten oder für nichtig erklären zu lassen. Dies hatte der ausgeschlossene Gesellschafter vorliegend nicht getan, womit der Ausschluss – nach Ansicht des Schiedsgerichts – wirksam war (E. 3.1).

Das vom ausgeschlossenen Gesellschafter angerufene Bundesgericht liess in der Folge offen, ob der Ausschluss gerichtlich (in analoger Anwendung von Art. 75 ZGB oder Art. 706 OR) angefochten werden (kann und) muss. Es anerkannte zwar die Einwendung des Beschwerdeführers, dass der Aktionärsbindungsvertrag nicht vorsah, dass ein ausgeschlossener Gesellschafter den Rechtsweg beschreiten muss, wenn er die gegen ihn gerichtete Entscheidung über den Ausschluss nicht akzeptiert. Das Schiedsgericht hätte aber – so das Bundesgericht – zwei Quellen (Dissertationen) angegeben, die seine Auffassung stützen würden, womit die Argumentation des Schiedsgerichts nicht willkürlich sei, auch wenn sie zweifellos diskutabel sein möge. Die einzige Frage, die sich nämlich vor Bundesgericht stelle, sei, ob die rechtliche Begründung des Schiedsgerichts willkürlich im Sinne von Art. 393 lit. e ZPO sei. Nicht geprüft werden müsse, ob die rechtliche Argumentation überzeugend sei (E. 5.2). Damit wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (E. 6).

Das Recht der einfachen Gesellschaft regelt nicht, was die Folgen fehlerhafter Beschlüsse sind. Die Dogmatik mangelhafter Beschlüsse, deren Rechtsfolgen und die prozessuale Behandlung der Mängel sind in der Schweiz wenig erforscht (FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 534 N 174). In diesem Sinn führte auch das Bundesgericht im Entscheid aus, die meisten gesellschaftsrechtlichen Kommentare und sonstigen Beiträge, die sich mit dem Ausschluss eines Gesellschafters aus einer einfachen Gesellschaft befassten, würden zur Frage, ob der Ausschluss gerichtlich angefochten werden muss, schweigen. In der Literatur wird demnach überwiegend offengelassen, ob den ausgeschlossenen Gesellschafter eine Anfechtungspflicht trifft.

Im Interesse der Rechtssicherheit müssen auch bei der einfachen Gesellschaft Beschlüsse, die in Bezug auf den Inhalt oder das Zustandekommen an einem Mangel leiden, angefochten werden können. Ausnahmsweise sind die Beschlüsse unwirksam bzw. nichtig. Die Anfechtbarkeit ist zwar im Recht der einfachen Gesellschaft nicht geregelt, das Gericht kann aber gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB die Lücke *modo legislatoris* schliessen. Ein einfacher Gesellschafter hat demnach das Recht, einen fehlerhaften Beschluss binnen angemessener Frist anzufechten (vgl. zum Ganzen sowie auch zur Rechtslage in Deutschland FELLMANN/MÜLLER, a. a. O., Art. 534 N 174 ff. und 186 ff.). Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob zwingend eine gerichtliche Anfechtung eines ungerechtfertigten Ausschlusses erforderlich ist, soweit der Beschluss nicht – aufgrund eines schwerwiegenden Mangels – (ohnehin) nichtig ist.

Mit dem Bundesgericht ist davon auszugehen, dass es jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen der Vertrag die Verfahrensmodalitäten für den Ausschluss eines Gesellschafters nicht regelt, nicht willkürlich ist, davon auszugehen, dass ein ausgeschlossener Gesellschafter, der sich gegen seinen Ausschluss wehren will, innerhalb einer bestimmten Frist Klage erheben muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_586/2019, E. 5.2). Es empfiehlt sich daher, den Ausschluss nicht – wie der Gesellschafter dies im vorliegenden Fall getan hat (Sachverhalt A.f) – bloss (intern) bei der Gesellschaft anzufechten (soweit der Vertrag diese Möglichkeit nicht vorsieht), sondern auch bei einem Gericht innert angemessener Frist eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu erheben. Die Fristen zur Anfechtung eines Beschlusses nach Art. 75 ZGB (ein Monat) und Art. 706a Abs. 1 OR (zwei Monate) lassen sich dabei nicht einfach analog ins Recht der einfachen Gesellschaft übertragen. Soweit der Gesellschaftsvertrag keine Frist vorsieht, ist der Mangel aber dennoch innert angemessener Frist geltend zu machen (FELLMANN/MÜLLER, a. a. O., Art. 534 N 189, die eine Frist von etwa zwei Monaten als angemessen erachten). Dabei könnte unter Berücksichtigung des Einzelfalls darauf abgestellt werden, ab welchem Zeitpunkt von der Zustimmung des ausgeschlossenen Gesellschafters ausgegangen werden darf, wenn er sich gerichtlich nicht zur Wehr setzt. Weil das Schiedsgericht – ebenso wie das Bundesgericht – im Entscheid offenlassen konnte, wie lange ein Gesellschafter tatsächlich Zeit hat, gerichtlich gegen den Beschluss über den Ausschluss vorzugehen,

bleibt in dieser Frage in zeitlicher Hinsicht weiterhin eine gewisse Unsicherheit bestehen.

3. **Einfache Gesellschaft, gemeinsames Handeln: Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2020 vom 29. Juni 2020**

Im italienischsprachigen Entscheid 4A_25/2020 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der Aktivlegitimation der einfachen Gesellschafter. Es führte aus, eine Forderung der Gesellschafter gegen einen Dritten sei von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend zu machen (E. 3). Die Notwendigkeit, im vorliegenden Fall die beiden anderen Gesellschafter in den Prozess einzubeziehen, ergebe sich aus Art. 544 Abs. 1 OR, wonach gesellschaftsrechtliche Ansprüche den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen würden. Etwas anderes könne nur gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag den einzelnen Gesellschaftern das Recht einräume, selbständig zu handeln (bzw. zu klagen) (E. 3.2). Sei – wie vorliegend – die Liquidation der Gesellschaft abgeschlossen, müsse in Bezug auf Forderungen, die nach der Liquidation entdeckt würden, ebenfalls nach den Regeln von Art. 544 Abs. 1 OR vorgegangen werden. Das bedeute, dass das Liquidationsverfahren wieder aufgenommen werden müsse und die Gesellschafter gemeinsam handeln müssten (E. 6).

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Die einfache Gesellschaft ist eine Rechtsgemeinschaft, und soweit nichts anderes vereinbart ist, steht das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der Gesellschafter (vgl. eingehend FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 544 N 22 ff.). Nach Art. 544 Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben wurden, den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags. Die Gesellschafter bilden demnach (ohne anderslautende Vereinbarung) nicht nur in Bezug auf Sachen, sondern auch bezüglich Forderungen eine Gläubigergemeinschaft zur gesamten Hand. Sind Forderungen an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden, kann über diese nur gemeinsam verfügt werden, und der Schuldner kann sich nur durch Leistung an alle Gesellschafter befreien (FELLMANN/MÜLLER, a. a. O., Art. 544 N 24). Die im vorliegenden Fall zur Diskussion stehende Forderung gegen

den Dritten stand allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und konnte daher von ihnen auch nur gemeinsam geltend gemacht werden, zumal der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthielt. In einem Aktivprozess müssen die Gesellschafter gemeinsam als Kläger auftreten; sie bilden dabei eine notwendige Streitgenossenschaft (FELLMANN/MÜLLER, a. a. O., Art. 530 N 627 und 661).

III. Kapitalgesellschaften

1. **Keine rechtsgeschäftliche Vertretung der AG durch ein faktisches Organ: BGE 146 III 37 (Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019; Pra. 109 [2020] Nr. 36)**

Das in Band 146 (als BGE 146 III 37) amtlich publizierte französischsprachige Urteil 4A_455/2018 ist im Oktober 2019 gefällt worden. Es wurde daher bereits im Rahmen der Rechtsprechungsübersicht 2018/2019 in der ZBJV 2021, 66 ff., besprochen und gewürdigt. An dieser Stelle werden lediglich nochmals kurz die wichtigsten Aussagen resümiert, zumal das Bundesgericht in diesem Urteil die bislang ungeklärte Frage, ob ein *faktisches* Organ kraft Organfunktion Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft abschliessen kann, entschieden hatte (zum Sachverhalt vgl. auch MÜLLER, ZBJV 2021, 66 ff.).

Das Bundesgericht verneinte diese Frage (E. 6.3). In seinen Erwägungen rief es vorab in Erinnerung, welche Personen eine Aktiengesellschaft gültig vertreten und damit verpflichten können (E. 5, 5.1–5.3). Alsdann führte es aus, dass der geheimnisvolle Unterzeichner («mystérieux signataire»), der die Gesellschaft verpflichtet haben sollte, weder Organstellung im Sinne von Art. 718 OR hatte, noch Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft im Sinne von Art. 721 OR war (E. 5.4). Der Ansicht der Vorinstanz, der Unterzeichner habe als *faktisches* Organ der Gesellschaft gehandelt und diese demnach verpflichtet (vgl. E. 6), erteilte es eine Abfuhr und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen zurück (E. 8). Die Vorinstanz müsse – so das Bundesgericht – entscheiden, ob die Gesellschaft durch direkte Stellvertretung nach Art. 32 OR (allenfalls auch mittels Duldungs- oder Anscheinsvollmacht), durch Vertretung aufgrund Gutgläubensschutzes des Dritten (Art. 33 Abs. 3 OR) oder durch Genehmigung (Art. 38 OR) gebunden worden sei (E. 7 ff.).

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Rechtsprechung zu Art. 722 OR bzw. Art. 55 Abs. 2 ZGB sowie Art. 754 OR, wonach auch materielle oder faktische Organe die Gesellschaft durch unerlaubte Handlungen verpflichten bzw. individuell haftbar gemacht werden können, demnach nicht anwendbar auf die Vertretung der Gesellschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften (E. 6.2). Die vertragliche Bindung und die Haftung seien zwei verschiedene Dinge (E. 6.2.1). Die Annahme, ein faktisches Organ könne die Gesellschaft durch seine Rechtshandlungen verpflichten, würde nach Ansicht des Bundesgerichts eine Änderung des Rechtssystems bedeuten (E. 6.2.2).

Die *Cour de Justice* des Kantons Genf als Vorinstanz hat in der Folge das Verfahren wieder aufgenommen, es aber schliesslich als gegenstandslos abgeschrieben, weil inzwischen über die beschwerdeführende Gesellschaft wegen eines Organisationsmangels der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven eingestellt wurde (CJ GE ACJC/281/2021 vom 26. Februar 2021). Damit bleibt offen, wer der geheimnisvolle Unterzeichner war und ob er die Gesellschaft aufgrund der Regeln der bürgerlichen Stellvertretung verpflichtet hatte.

Im Ergebnis ist dem Entscheid des Bundesgerichts zuzustimmen. Für eine Würdigung und weitere Hinweise vgl. MÜLLER, ZBJV 2021, 69 f. Weitere Urteilsbesprechungen und Hinweise finden sich bei AEBI-MÜLLER, ZBJV 2021, 211 f., BERNET/VON DER CRONE, SZW 2020, 84 ff., SCHMID, ZBJV 2021, 353 f., SCHMIDT/BURCKHARDT, AJP 2020, 126 ff.

2. **Rechtsgeschäftliche Vertretung der AG; «externe» Vollmacht nach Art. 33 Abs. 3 OR: Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2019 vom 10. Juli 2020**

Ein weiterer – nicht amtlich publizierter – französischsprachiger Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2020, der sich mit der rechtsgeschäftlichen Vertretung einer Gesellschaft befasst, ist als Urteil 4A_562/2019 ergangen. Dabei ging es um die Frage, ob ein im Namen der Gesellschaft – einer Generalunternehmerin – handelnder Bauleiter (F.), dessen (interne) Vertretungsbefugnis umstritten war, die Gesellschaft als seine Arbeitgeberin gegenüber einer Subunternehmerin verpflichtet hatte. Das Bundesgericht führte aus, neben den in Art. 718 Abs. 1 und 2 sowie Art. 721 OR genannten Personen

könne eine AG beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten auch von Personen vertreten werden, die als zivilrechtliche Vertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR auftreten würden (E. 4). Die Regeln der (bürgerlichen) Stellvertretung seien auch anwendbar, wenn der Vertretene eine AG sei (E. 4.1).

Das Bundesgericht erläuterte vorab das System des bürgerlichen Stellvertretungsrechts und dessen Wirkungen (E. 4.1 ff.). In Anwendung von Art. 33 Abs. 3 OR kam es schliesslich zum Ergebnis, dass mit einem handschriftlichen Zusatz, der dem Werkvertrag zwischen der Generalunternehmerin und der Subunternehmerin vom Geschäftsführer der Subunternehmerin hinzugefügt wurde («Hr. F. ist unterschriftsberechtigt für den Bauherrn + GU») (Sachverhalt A.b), eine externe Kundgabe der (intern nicht bestehenden) Vollmacht erfolgt sei. Die Generalunternehmerin als Vertretene habe nicht auf diese vom Geschäftsführer der Subunternehmerin – der Drittvertragspartnerin – vorgenommene handschriftliche Ergänzung reagiert, als sie ein Exemplar des abgeänderten Vertrags erhalten habe, und den Inhalt auch nicht beanstandet. Die Generalunternehmerin konnte auch nicht behaupten, den Inhalt dieser Klausel nicht gekannt zu haben (E. 6.4.1).

Gemäss dem Vertrauensgrundsatz sei daher davon auszugehen, dass die Subunternehmerin das Verhalten der Generalunternehmerin unter den gegebenen Umständen objektiv betrachtet als Vollmachtkundgabe verstehen durfte (E. 6.4.1). Die besondere handschriftliche Klausel, die in den Werkvertrag eingefügt wurde, gelte als externe Vollmachtmittelung (E. 6.4.2). Weil die Subunternehmerin zudem gutgläubig war, durfte sie darauf vertrauen, dass der Bauleiter über eine entsprechende Vollmacht verfügte (E. 6.4.2 und 6.5). Die Generalunternehmerin sei demnach durch die Schlussabrechnung verpflichtet worden, die in ihrem Namen von F. an die Subunternehmerin geschickt worden sei und die diese unterschrieben habe (E. 6.5).

Das Bundesgericht spricht im Zusammenhang mit der Vollmachtkundgabe nach Art. 33 Abs. 3 OR von «procuration externe» («procuration externe par tolérance» [externe Duldungsvollmacht] bzw. «procuration externe apparente» [externe Anscheinsvollmacht], vgl. etwa E. 6.3.1), mithin «externer» Vollmacht. Die Kundgabe der Vollmacht an einen Dritten begründet indessen keine Vertretungsmacht des Vertreters. Sie rechtfertigt lediglich in bestimmten Fällen – wie etwa vorliegend – den Schutz des gutgläubigen Dritten durch Eintritt der Vertretungswirkung (vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/

SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1406 ff.).

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen (vgl. auch PICHONNAZ, BR 2020, 348 f.). Die handschriftliche Klausel, die in den Werkvertrag eingefügt worden war, konnte unter den gegebenen Umständen als externe Vollmachtenkunde nach Art. 33 Abs. 3 OR gelten. Dass das Bundesgericht davon ausging, die Vertragsklausel gehe einer anderslautenden Klausel in den AGB vor (E. 6.4.2), ist nicht zu beanstanden.

3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Löschung der Gesellschaft im Handelsregister, Auswirkungen auf die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG: BGE 146 III 441 (Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2020 vom 19. August 2020)

Im Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob die Löschung einer konkursiten Gesellschaft im Handelsregister einen Einfluss auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger zur Geltendmachung von Ansprüchen gestützt auf Art. 260 SchKG hat. Mit anderen Worten: Ist zur Geltendmachung von Forderungen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, die nach Art. 260 SchKG abgetreten wurden, die Wiedereintragung der im Handelsregister gelöschten Gesellschaft zwingend erforderlich?

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Über die D. AG wurde im April 2013 der Konkurs eröffnet. Die Konkursverwaltung trat an zwei Gläubigerinnen der Gesellschaft u. a. Verantwortlichkeitsansprüche als Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG ab. Im November 2014 wurde die D. AG in Liquidation im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht. Im November 2015 klagten die Abtretungsgläubigerinnen gegen A. als (ehemaliges) Verwaltungsratsmitglied der D. AG aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Sie warfen ihm diverse sorgfaltswidrige Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft und deren Gläubiger vor.

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage mangels Aktivlegitimation der Klägerinnen ab, weil mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs weggefallen sei. Im Berufungsverfahren berücksichtigte das Oberge-

richt die zwischenzeitlich erfolgte Wiedereintragung der D. AG als echtes Novum und erachtete die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubigerinnen als gegeben. Es wies die Sache zur Neuurteilung an die erste Instanz zurück, die daraufhin die Klage guthiess und A. zur Zahlung von rund CHF 800 000.– verpflichtete. Das von A. angerufene Obergericht wies die Berufung ab. A. gelangte schliesslich ans Bundesgericht.

In seinem Urteil hielt das Bundesgericht vorab fest, in der *Lehre* sei umstritten, ob Aktiengesellschaften mit der Löschung im Handelsregister untergehen oder nicht, mithin ob die Eintragung der Löschung konstitutiv sei (E. 2.2). Soweit die – in dieser Frage uneinheitliche – *bundesgerichtliche Rechtsprechung* der Löschung im Handelsregister konstitutive Wirkung zuerkannt habe, hätte sie daraus nicht den Schluss gezogen, Aktiv- oder Passivforderungen gingen mangels Rechtsträgerschaft unter (E. 2.4). Nach einer Analyse verschiedenster amtlich publizierter und unpublizierter Entscheide (E. 2.4.1–2.4.4.2) stellte das Bundesgericht schliesslich fest, von der Löschung der Gesellschaft sei der Bestand der Forderungen nicht betroffen. Die Löschung führe weder automatisch zum Untergang der der Gesellschaft zustehenden Forderungen noch zum Untergang der Konkursforderung des prozessführenden Gläubigers, als deren Nebenrecht die Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG angesehen werde (E. 2.4.4).

In der Folge befasste sich das Bundesgericht mit der Rechtsnatur der Abtretung nach Art. 260 SchKG. Dabei handle es sich nicht um eine Abtretung im zivilrechtlichen Sinne, sondern um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*, mit dem die Prozessführungsbefugnis übertragen werde (E. 2.5.1). Weil die Abtretungsgläubiger Leistung direkt an sich selbst verlangen könnten, sei es für deren Prozess nicht notwendig, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen bleibe (E. 2.5.1). Mit der Abtretung nach Art. 260 SchKG werde der Abtretungsgläubiger formell Prozesspartei und hafte für sämtliche Prozesskosten; die Gegenpartei habe insofern mit der gelöschten Gesellschaft nichts mehr zu tun (E. 2.6.1).

Die Annahme eines Wegfalls der Aktivlegitimation der Gläubiger, die sich Forderungen nach Art. 260 SchKG haben abtreten lassen, bei der Löschung der Gesellschaft würde zu Rechtsunsicherheiten führen und lasse sich weder mit der Systematik noch dem Zweck des SchKG und der dazugehörenden Verordnungen in Einklang bringen.

Es bestehe auch kein schützenswertes Interesse daran, für die Durchsetzbarkeit der Forderungen einen Eintrag zu verlangen (E. 2.3).

Im zweiten Teil des Urteils prüfte das Bundesgericht schliesslich die (aktienrechtliche) Verantwortlichkeit von A. Dabei hielt es fest, eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens werde nur mit grosser Zurückhaltung angenommen (E. 3.1.3). Das Verhalten von A. brauche nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein (E. 3.5.4). Nur wenn die eine Ursache bei wertender Betrachtung als derart intensiv erscheine, dass sie die andere gleichsam verdränge und als unbedeutend erscheinen lasse, werde eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs angenommen, was vorliegend nicht festgestellt sei (E. 3.5.4). Die Sorgfaltspflichtverletzung könne nicht nur in der Anlage zu grosser Mittel in einer hochspekulativen Investition liegen. Auch in der mangelnden Absicherung eines nicht hochspekulativen Projektes im Falle seines Scheiterns könne eine Pflichtverletzung bestehen (E. 3.5.5). So führte das Bundesgericht aus: «Einer Projektplanung, die nur auf den Erfolgsfall vertraut, ohne mögliche und nach den Umständen gebotene Massnahmen zu ergreifen, um unnötige Totalausfälle im Falle des Scheiterns zu vermeiden, wohnt ein spekulatives, und, wenn 87,65% der Aktiven der Gesellschaft betroffen sind, pflichtwidriges Element inne» (E. 3.5.5).

Dem Urteil ist – sowohl in Bezug auf die Nichterforderlichkeit der Wiedereintragung der Gesellschaft zur Geltendmachung einer (nach Art. 260 SchKG abgetretenen) Forderung als auch bezüglich der Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens – zuzustimmen. Seit dem viel beachteten, amtlich allerdings nicht publizierten Entscheid 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 herrschte Unsicherheit in Bezug auf die Frage, inwieweit die Löschung einer (konkursiten) Gesellschaft im Handelsregister die Aktivlegitimation der Gläubiger, die sich eine Forderung nach Art. 260 SchKG haben abtreten lassen, beeinflusst. Unklar war somit, ob zur Geltendmachung der Forderung zwingend die Wiedereintragung der Gesellschaft erforderlich ist.

Das Bundesgericht hatte damals ausgeführt, nach der Löschung der Gesellschaft fehle der Rechtsträger der eingeklagten Forderung, und es fehle dem als Prozessstandschafter klagenden Gläubiger daher die Aktivlegitimation, womit dessen Klage als unbegründet abzuweisen sei (Urteil 4A_384/2016, E. 2.3). Der diesem Urteil zugrunde-

liegende Fall war allerdings anders gelagert als im vorliegenden Entscheid. Damals hatte keine Abtretung nach Art. 260 SchKG stattgefunden. Der Gesellschaftsgläubiger musste die Wiedereintragung der Gesellschaft erwirken, damit seine Forderung (überhaupt) kolloziert werden und er anschliessend die Abtretung des Prozessführungsrechts verlangen oder den Anspruch gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen konnte. Ausschlaggebend für die Überlegungen des Bundesgerichts war somit die mangelnde Kollokation (BGE 146 III 441, E. 2.1).

Mit BGE 146 III 441 hat das Bundesgericht nun präzisiert bzw. – in Abweichung von dem, was aus dem Urteil 4A_384/2016 durchaus gefolgert werden konnte – klargestellt, dass die Löschung der konkurriten Gesellschaft im Handelsregister keine Auswirkungen auf die Aktivlegitimation der Gläubiger, die sich Ansprüche nach Art. 260 SchKG haben abtreten lassen, und damit auf die Möglichkeit, eine abgetretene Forderung durchzusetzen, zeitigt (E. 2 und 2.8). Eine Wiedereintragung der Gesellschaft ist zur Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche nicht notwendig (E. 2.8). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mit Urteil 4A_251/2020 vom 29. September 2020, E. 2, bestätigt.

Die Abtretungsgläubiger handeln in Prozesstandschaft und müssen als notwendige Streitgenossen auftreten. Dabei hat das Gericht die Befugnis, das Recht eines Dritten in eigenem Namen einzuklagen («Prozesstandschaft»), als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Es muss sich versichern, dass das Prozessführungsrecht nur (noch) den klagenden Abtretungsgläubigern zusteht. Diesen hingegen obliegt es, zu behaupten und den strikten Beweis dafür zu erbringen, dass die anderen Abtretungsgläubiger auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet haben (BGE 144 III 552, E. 4).

Gerade auch im Hinblick auf die durch das Urteil 4A_384/2016 hervorgerufene Rechtsunsicherheit und die als Folge davon bewirkte Häufung von Wiedereintragungsgesuchen (vgl. nur etwa die Urteile des Bundesgerichts 4A_527/2020 vom 22. April 2021 und 5A_857/2020 vom 31. Mai 2021; vgl. auch BGE 146 III 441, E. 2.7) ist es zu begrüssen, dass das Bundesgericht nun klar festgehalten hat, dass unter den gegebenen Umständen eine Wiedereintragung der Gesellschaft nicht erforderlich ist (dem Urteil zustimmend auch CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 360; kritisch hingegen ANCESCHI/VISCHER, AJP 2020, 1619 ff., die monieren, das Urteil resultiere «in einem zweifachen

Stillstand, der grosse Rechtsunsicherheit nach sich zieh[e]», insbesondere weil «weder ein klares Bekenntnis zur Ablösungstheorie noch eine Abkehr von dieser» erfolgt sei [ANCESCHI/VISCHER, AJP 2020, 1627]).

Die erörterten Überlegungen gelten allerdings nur, wenn die Forderung des Gläubigers (bereits) rechtskräftig kolloziert wurde und eine Abtretung nach Art. 260 SchKG stattgefunden hat. Denn nur ein kollozierter Gläubiger kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage erheben (BGE 136 III 322, E. 4.7; Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016, E. 2.1.3). Soweit demgegenüber noch keine Kollokation der Forderung stattgefunden hat, muss die Gesellschaft wieder ins Handelsregister eingetragen werden, damit die Forderung kolloziert und anschliessend das Prozessführungsrecht abgetreten werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016, E. 2.1.3).

Das Bundesgericht geht in BGE 146 III 441 von einer Alternativität eines Vorgehens nach Art. 260 SchKG und Art. 757 Abs. 2 OR aus (E. 2.1; vgl. dazu BAUM, GesKR 2021, 119 und 121). In diesem Sinn wird auch im Urteil 4A_527/2020 vom 22. April 2021 ausgeführt, Gesellschaftsgläubiger, die Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen wollten, könnten (bzw. müssten, vgl. dazu auch BAUM, GesKR 2021, 119 und 121 [in Bezug auf die vom Bundesgericht in BGE 146 III 441 postulierte Alternativität des Vorgehens nach Art. 260 SchKG und Art. 757 Abs. 2 OR]) zu diesem Zweck die Wiedereintragung der Gesellschaft in das Handelsregister verlangen, weil die Verantwortlichkeitsansprüche zur Konkursmasse gehörendes Vermögen der Gesellschaft bildeten. Dem Gesellschaftsgläubiger werde dadurch ermöglicht, zunächst die Kollokation seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft zu erwirken, um anschliessend eine Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen zu können oder den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend zu machen (Urteil 4A_527/2020, E. 5.4.1). Eine Wiedereintragung sei nur bei Rechtsmissbrauch zu verweigern (Urteil 4A_527/2020, E. 5.4.2). Ob diese rechtliche Unterscheidung zur Geltendmachung von Ansprüchen tatsächlich gerechtfertigt ist, kann an dieser Stelle nicht näher erörtert werden (für fraglich haltend CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 360; kritisch auch BAUM, GesKR 2021, 120).

Offengelassen hatte das Bundesgericht in BGE 146 III 441 be-
dauerlicherweise (ebenso ANCESCHI/VISCHER, AJP 2020, 1627), ob

die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister konstitutive oder lediglich deklaratorische Wirkung hat (vgl. auch BGE 146 III 441, E. 2.7). Im Urteil 4A_527/2020 vom 22. April 2021 führte es alsdann aber – unter Hinweis auf das Urteil 4A.3/2002, E. 4.1 – in einem *obiter dictum* aus, das Bundesgericht würde die in der Lehre umstrittene Frage, ob der Löschung im Handelsregister konstitutive Wirkung zukomme, bejahen (Urteil 4A_527/2020, E. 5.2). Wie vorne ausgeführt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage indessen uneinheitlich.

Weitere Besprechungen zu BGE 146 III 441 finden sich bei ANCESCHI/VISCHER, AJP 2020, 1619 ff., BAUM, GesKR 2021, 114 ff., CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 359 ff., HUBER-LEHMANN, ZZZ 2020, 325 ff., KNEZEVIC, ZZZ 2021, 582 ff.

4. Zurechnung von unerlaubten Handlungen, Handlung «in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen»: Urteil des Bundesgerichts 4A_613/2018 vom 17. Januar 2020

Im französischsprachigen Entscheid 4A_613/2018 (vgl. dazu auch STOFFEL/VRACA, SZW 2020, 325 f.) hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob das Verhalten eines Verwaltungsrats der Gesellschaft zuzurechnen war und diese daher für den Schaden aus unerlaubter Handlung ihres Organs nach Art. 722 OR einstehen musste. Zusammengefasst präsentierte sich der Sachverhalt wie folgt: A. eröffnete im Jahr 2007 ein Bankkonto bei der Bank C. und beauftragte die B. SA mit der Verwaltung ihres Vermögens. Der Vertrag zwischen A. und der Bank C. beinhaltete eine Verwaltungsvollmacht zugunsten der B. SA für alle gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsbeziehungen mit der Bank. D., den A. seit zehn Jahren kannte, war vom 2. Juli 2007 bis 3. Januar 2011 Verwaltungsrat der B. SA mit Einzelunterschrift. Die B. SA erteilte der Bank C. verschiedene Aufträge zur Belastung des Kundenkontos von A., wobei diese Aufträge von D. unterzeichnet wurden. Diese Zahlungsaufträge an Dritte waren so ausgestaltet, als ob sie von A. selbst ausgestellt worden wären. D. gab später zu, die Unterschriften gefälscht zu haben. Ende 2010 erfuhr die B. SA, dass D. verschiedene «dubiose» Transaktionen durchgeführt hatte, und entzog ihm per sofort das Verwaltungsratsmandat. D. wurde später in einem Strafverfahren wegen Veruntreuung

und Urkundenfälschung adhäsionsweise verurteilt, A. den entstandenen Schaden zu ersetzen. A. klagte schliesslich gegen die B. SA auf Schadenersatz.

Das Bundesgericht erläuterte zunächst die Rechtsnatur von Art. 722 OR, die sich von der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 Abs. 1 OR unterscheide. Bei Art. 722 OR handle es sich um eine Sonderbestimmung zu Art. 55 Abs. 2 ZGB, die den Grundsatz der Haftung der juristischen Person für rechtswidrige Handlungen ihrer Organe vorsehe. Die Bestimmung sei eine Zurechnungsnorm; die Handlungen der Organe seien jene der juristischen Person selbst (E. 3.1). Anschliessend zählte es die Haftungsvoraussetzungen auf, die sich aus Art. 722 i. V. m. Art. 41 Abs. 1 OR ergeben (E. 3.2). In diesem Zusammenhang führte es aus, von Art. 722 OR würden nicht nur formelle Organe, sondern auch materielle oder faktische Organe erfasst. Aus dem Wortlaut der Bestimmung («eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person») ergebe sich, dass das betreffende Organ nicht befugt sein müsse, die Aktiengesellschaft (rechtsgeschäftlich) vertreten zu können, d. h. vertraglich zu binden, da es bloss einer Geschäftsführungsbefugnis bedürfe (E. 3.2.1). Damit eine Handlung als «in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen» (im Sinne von Art. 722 OR) vorgenommen gelte, brauche es einen funktionalen Zusammenhang zwischen den Befugnissen des Organs und der vorgenommenen Handlung. Die Gesellschaft trage somit auch das Risiko, dass ihre Organe Unterschriften fälschen, wobei es keine Rolle spiele, dass die Handlung im persönlichen Interesse des Organs und nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgt sei (E. 3.2.2).

Nach Ansicht des Bundesgerichts hatte D. im vorliegenden Fall als Organ der Gesellschaft in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen gehandelt (E. 3.3).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen. Weil die Begehung von unerlaubten Handlungen nie zur Ausübung von Organpflichten gehören kann, braucht es einen funktionalen Zusammenhang zwischen den Befugnissen des Organs (vgl. auch WATTER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 722 N 9 [«Handlung im allg. Wirkungskreis des Organs begangen»]) und der vorgenommenen Handlung, damit eine unerlaubte Handlung des Organs der Gesellschaft nach Art. 722 OR zugerechnet werden kann. Ist dieser funktionale Zusammenhang aber gegeben, spielt es keine Rolle, dass die Handlung im persönlichen Interesse des

Organs und nicht in demjenigen der Gesellschaft erfolgt ist. Nicht von Bedeutung ist ferner, ob das Organ befugt war, die Gesellschaft rechtsgeschäftlich zu vertreten. In diesem Sinn trägt die Gesellschaft auch das Risiko, dass ein Organ Unterschriften fälscht, solange der funktionale Zusammenhang erstellt ist.

5. Einberufung ausserordentliche Generalversammlung, Aktivlegitimation, nicht gemeldete Inhaberaktien: Urteil des Bundesgerichts 4A_134/2020 vom 15. Juni 2020 sowie BGE 147 III 238

Das Bundesgericht äusserte sich im nicht amtlich publizierten Entscheid 4A_134/2020 zum Beweismass für den Nachweis der Aktionärseigenschaft (vgl. Art. 699 Abs. 3 OR) im Rahmen eines Gesuchs um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde (vgl. auch den Sachverhalt in BGE 147 III 238): B. stellte beim Verwaltungsrat der A. AG den Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Der Verwaltungsrat wies den Antrag ab mit der Begründung, B. verfüge nicht über die Aktionärsstellung in der A. AG. Daraufhin ersuchte B. das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden um Einberufung einer ausserordentlichen GV. Aufgrund einer Bestätigung der Bank, dass sich in einem von ihr geführten Depot zugunsten von B. 2 900 000 Wertpapiere der A. AG befänden, hiess das Kantonsgericht das Gesuch gut. Gegen diesen Entscheid erhob die A. AG Berufung ans Obergericht und gelangte schliesslich mit Beschwerde ans Bundesgericht.

Im Berufungsverfahren hatte die A. AG vorgebracht, B. habe den Erwerb der Inhaberaktien nicht fristgerecht im Sinne von Art. 697i (a)OR gemeldet und verfüge daher nicht über die notwendigen Mitgliedschaftsrechte. Das Obergericht ging dabei von einem unzulässigen unechten Novum aus und berücksichtigte die Argumentation der A. AG nicht (E. 3.1). Vor Bundesgericht macht die A. AG geltend, das Obergericht hätte das Novum zu Unrecht nicht zugelassen. Zudem habe B. erst im Laufe des Berufungsverfahrens eine entsprechende Meldung eingereicht und damit implizit eingestanden, zum Zeitpunkt des Antrags auf Einberufung der Generalversammlung nicht über Mitgliedschaftsrechte verfügt zu haben (E. 3.1).

Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass es sich bei den Vorbringen der A. AG um unechte Noven handelte und die Beachtung der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen aufgrund des Novenverbots nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zu Recht verwehrt worden sei (E. 3.2.1). Indem die Vorinstanz für den Nachweis der Aktionärsstellung von B. das Beweismass der Glaubhaftmachung angewendet habe, habe sie kein Bundesrecht verletzt. Für das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR genüge es, wenn der Gesuchsteller glaubhaft mache, dass er Aktionär sei. Dass die Aktionärsstellung nicht glaubhaft gemacht worden sei, mache die A. AG nicht rechtsgenügend geltend (E. 3.3).

Der Argumentation der A. AG, die Aktionärsseigenschaft sei eine unabdingbare Voraussetzung für die Aktivlegitimation (zur Einreichung des Gesuchs), die das Gericht «von Amtes wegen als Prozessvoraussetzung» prüfen müsse, erteilte das Bundesgericht zu Recht eine Abfuhr (E. 3.5). Die Aktivlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 ZPO, die von Amtes wegen zu beurteilen ist. Die Sachlegitimation betrifft vielmehr das materielle Recht.

Die A. AG stellte schliesslich beim Bundesgericht ein Gesuch um Revision des Urteils 4A_134/2020 vom 15. Juni 2020 (vgl. BGE 147 III 238). Sie beantragte, das Gesuch von B. um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung sei abzuweisen. Unter Berufung auf den Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG führte sie aus, sie habe nachträglich erhebliche Tatsachen und Beweismittel entdeckt, die sie im früheren Verfahren nicht habe beibringen können. Nach der Fällung des bundesgerichtlichen Entscheids (4A_134/2020) habe sie im Rahmen der Einsicht in die Akten des Strafverfahrens gegen B. erfahren, dass sich die strittigen 2,9 Mio. Inhaberaktien bereits zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils nicht mehr im Depot von B. befunden hätten. B. habe noch während des erstinstanzlichen Verfahrens die Inhaberaktien an seinen Sohn übertragen. B. sei daher nicht mehr Aktionär und damit nicht befugt gewesen, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen (BGE 147 III 238, E. 2.1).

Im Revisionsurteil äusserte sich das Bundesgericht vorab zu den Stufen des Revisionsverfahrens (BGE 147 III 238, E. 1), zur Zuständigkeit und Kognition im Revisionsverfahren nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG (BGE 147 III 238, E. 3) sowie zu den Voraussetzungen der Revision nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG (BGE 147 III 238, E. 4).

Dieser Entscheid ist daher insbesondere aus verfahrensrechtlicher Sicht von Bedeutung, sodass an dieser Stelle nicht näher auf diese Erwägungen eingegangen wird. Interessant sind aber dennoch die gesellschaftsrechtlichen Ausführungen, die nicht amtlich publiziert wurden. So hielt das Bundesgericht fest, die Aktionärseigenschaft gehöre zu den Voraussetzungen der Aktivlegitimation bei der Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR. Die Aktivlegitimation müsse nicht bloss zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs beim Gericht, sondern bis zur Urteilsfällung vorliegen. Würde einzig darauf abgestellt, ob der Gesuchsteller zum Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs Aktionär sei, könnte dies dazu führen, dass das Gericht für eine gesuchstellende Person die Einberufung einer Generalversammlung zu veranlassen habe, die nach Einreichung des Gesuchs ihre Aktien übertragen habe und daher nicht mehr Aktionär sei. Dafür fehle aber das Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; BGE 147 III 238 [Urteil 4F_7/2020], [unpubl.] E. 5.2.1). Im vorliegenden Fall seien die von der Revisionsgesuchstellerin neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel geeignet, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern. B. sei bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens nicht mehr Inhaber der Aktien und damit nicht mehr Aktionär gewesen, weil er die Aktien an seinen Sohn übertragen hätte. Es würde ihm daher an der Aktionärsstellung und damit an der Aktivlegitimation zur Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung fehlen, was zur Abweisung der Klage führen müsse. Die neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel führten demnach zu einer anderen Entscheidung in der Sache (BGE 147 III 238 [Urteil 4F_7/2020], [unpubl.] E. 5.2.3 und 7). Das Bundesgericht hiess das Revisionsgesuch gut und hob das Urteil 4A_134/2020 vom 15. Juni 2020 (ebenso wie die Urteile der Vorinstanzen) auf (BGE 147 III 238 [Urteil 4F_7/2020], [unpubl.] E. 6 und 7). Damit hat sich auch die Beantwortung der Frage, ob B. seinen Meldepflichten nachgekommen war, erübrigt.

Das Bundesgericht bestätigt im Urteil 4A_134/2020 seine Rechtsprechung (BGE 102 Ia 209, E. 2), wonach es im Verfahren um Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR genügt, wenn der Gesuchsteller vor Gericht glaubhaft macht, dass er Aktionär ist. Es kommt somit nicht das Regelbeweismass (des strikten Beweises) zur Anwendung. In BGE 102 Ia 209 hatte das Bundesgericht ausgeführt, bei Inhaberaktien gelte der Inhaber des Titels als

zur Einberufung legitimiert, wobei der Gesellschaft der Gegenbeweis offenstehe. Art. 699 Abs. 4 OR entspreche den praktischen Bedürfnissen und solle eine dringliche Einberufung einer Generalversammlung ermöglichen. Daher sei das Gericht nicht verpflichtet, die Besitzfrage der Aktien endgültig zu klären, weil alsdann kaum mit der nötigen Schnelligkeit vorgegangen werden könnte. Die streitigen Sachfragen könnten an der Generalversammlung vorgebracht werden (BGE 102 Ia 209, E. 2).

Diese Überlegungen ergeben Sinn, ist es dem Gericht doch vielfach nicht möglich, innert nützlicher Frist und im Rahmen des hierfür nach Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO vorgesehenen summarischen Verfahrens mit dem grundsätzlich vorgesehenen Urkundenbeweis (vgl. Art. 254 ZPO) die Frage des Eigentums an den Aktien endgültig zu klären (auch wenn der Umstand, dass eine Angelegenheit in den Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens nach Art. 248 ff. ZPO fällt, gerade nicht bedeutet, dass das Beweismass herabgesetzt ist [BGE 140 III 610, E. 4.3.1]). Zudem hat das Gericht bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR nur formelle Fragen zu prüfen. Eine materielle Prüfung findet nicht statt (BGE 142 III 16, E. 3.1). Bei der gerichtlichen Einberufung handelt es sich um eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch das Gericht bindet, das über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf gerichtliche Anordnung hin einberufenen Generalversammlung gefasst worden sind. Das Gericht hat demnach bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden. Diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (BGE 142 III 16, E. 3.1). Gerade auch aus diesen Gründen gibt die Möglichkeit, ein Einberufungsgesuch nach Art. 699 Abs. 4 OR zu stellen, dem klagenden Aktionär, der unter dem (passiven) Verhalten des Verwaltungsrats leidet, ein wirksames Instrument zur Verteidigung seiner Interessen an die Hand (Urteil des Bundesgerichts 4A_184/2019, E. 2.1).

Vorliegend hätte die A. AG im erstinstanzlichen Verfahren – und nicht erst im Berufungsverfahren – vorbringen müssen, B. sei seinen Meldepflichten nach Art. 697i (a)OR nicht nachgekommen, womit seine Aktivlegitimation fehle. Nach Art. 697m Abs. 1 OR ruhen nämlich die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs – und somit auch sein

Recht, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen –, solange er seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist. Weil die A. AG diesen Einwand nicht rechtzeitig erhoben hatte, konnte das Gericht das Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung gutheissen.

Im Hinblick darauf, dass es sich im vorliegenden Fall um Inhaberaktien gehandelt hatte, sei angemerkt, dass seit dem 1. November 2019 Inhaberaktien nur noch zulässig sind, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind (Art. 622 Abs. 1^{bis} OR).

Im Unterschied zum Beweismass der Glaubhaftmachung der Aktionärserschaft bei der Einberufung einer Generalversammlung kommt – nach Ansicht des Bundesgerichts – in Bezug auf die Voraussetzung der Aktionärserschaft zur Stellung eines Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers das Regelbeweismass zur Anwendung (BGE 140 III 610, E. 4.3.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.412/2005 vom 23. Februar 2006, E. 3.2 [«Nachweis der Aktionärserschaft»] und E. 3.3). Das Regelbeweismass der vollen Überzeugung bedeutet, dass keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen. Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten überzeugt ist (BGE 140 III 610, E. 4.1 und 4.3.4).

Für das vom Bundesgericht postulierte Beweismass sprechen – auch in diesem Fall – durchaus gute Gründe, auch wenn die Gefahr besteht, dass das für die Einsetzung eines Sonderprüfers vorgesehene summarische Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO) dadurch unter Umständen über Gebühr aufgebläht und in die Länge gezogen wird, wenn neben Urkunden andere Beweismittel zugelassen werden müssen (vgl. Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO). Einerseits soll die Anordnung einer Sonderprüfung, die in der Regel eine aufwendige – und für die Gesellschaft grundsätzlich kostspielige (Art. 697g OR) – Massnahme ist, nur erfolgen, wenn der Gesuchsteller tatsächlich Aktionär der Gesellschaft ist (und die weiteren Voraussetzungen vorliegen) und damit auch ein Interesse hat, dass die verlangten Sachverhalte durch eine externe Person, den Sonderprüfer, abgeklärt werden. Andererseits kann anders als bei einem Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung nicht zu einem späteren Zeitpunkt

(anlässlich der Generalversammlung bzw. im Rahmen eines allfälligen Anfechtungsprozesses) die Aktionärseigenschaft definitiv geklärt werden.

Bei der Sonderprüfung gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung nicht nur in Bezug auf die *Aktionärseigenschaft*, sondern auch in Bezug auf die Beurteilung der formellen Voraussetzung der vorgängigen *Ausübung des Rechts auf Auskunft oder Einsicht* sowie die *Höhe der Kapitalbeteiligung*. 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 und 4.3.4).

6. **Organisationsmangel, Pattsituation, Auflösung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2019 vom 25. März 2020**

Im französischsprachigen Entscheid 4A_499/2019 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, unter welchen Umständen das Gericht bei einem sogenannten «Deadlock» berechtigt ist, die Auflösung einer Gesellschaft anzuordnen. Der Sachverhalt kann stark verkürzt wie folgt wiedergegeben werden: A. und E. sind zu je 50% Aktionäre der B. SA, die sämtliche Aktien der C. SA und der D. SA hält. A. und E. sind bei allen drei Gesellschaften Verwaltungsratspräsident bzw. Verwaltungsratsmitglied mit Kollektivunterschrift zu zweien. An den ordentlichen Generalversammlungen für das Geschäftsjahr 2015 wurden A. und E. nicht mehr als Verwaltungsratsmitglieder gewählt, und es konnte auch kein neuer Verwaltungsrat gewählt werden. Ferner konnte mangels der erforderlichen Mehrheit die Jahresrechnung für das Jahr 2015 nicht genehmigt und die Revisionsstelle nicht wiedergewählt werden. Aufgrund der Pattsituation waren die Gesellschaften nicht mehr in der Lage, Entscheidungen zu treffen. Seit Ende 2015 sind die Gesellschaften nicht mehr operativ tätig.

Am 9. März 2018 teilte das Handelsregisteramt dem Gericht mit, die drei Gesellschaften würden an einem Organisationsmangel leiden. A. reichte in der Folge am 11. April 2018 ein Gesuch als Nebenintervenient ein und beantragte die Versteigerung der Aktien der B. SA unter den beiden Aktionären. Am 11. Mai 2018 reichte auch E. ein

Gesuch als Nebenintervenient ein und beantragte die Auflösung der Gesellschaften.

Mit Urteil vom 7. Januar 2019 ordnete das Gericht die Versteigerung der Aktien der B. SA an. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhob E. Berufung an die *Cour de Justice* des Kantons Genf, die das angefochtene Urteil aufhob und die Auflösung und Liquidation der Gesellschaften anordnete. Gegen dieses Urteil erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Versteigerung der Aktien mit Festsetzung eines Mindestpreises.

Das Bundesgericht hielt vorab fest, ein Organisationsmangel i. S. v. Art. 731b Abs. 1 OR liege insbesondere vor, wenn eine anhaltende Blockade im Aktionariat die Wahl eines Organs verhindere (E. 3.1.2). Es bestätigte alsdann seine Rechtsprechung, wonach die in Art. 731b Abs. 1 (bzw. seit 1. November 2019 Abs. 1^{bis}) OR genannten Massnahmen nicht abschliessend seien (E. 3.1.3). Bei einer andauernden Pattsituation zwischen zwei Aktionären sei ein Versteigerungsverkauf zulässig, bei dem einer der Aktionäre die Aktien des anderen erwerbe, wodurch die Blockade aufgelöst werde. Der Richter verfüge über einen Ermessensspielraum, der es ihm erlaube, für die konkrete Situation die geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Dabei habe er auch die Interessen Dritter zu berücksichtigen, etwa der Gesellschaftsgläubiger, Arbeitnehmer oder Aktionäre. Der Ermessensspielraum sei jedoch nicht unbegrenzt, weil der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden müsse. Die in Art. 731b Abs. 1 (bzw. seit 1. November 2019 Abs. 1^{bis}) Ziff. 3 OR vorgesehene Auflösung der Gesellschaft sei *ultima ratio*. Sie könne nur angeordnet werden, sofern weniger einschränkende Massnahmen nicht möglich seien (E. 3.1.3). Das Bundesgericht überprüfe solche Ermessensentscheide der letzten kantonalen Instanz jedoch nur mit Zurückhaltung (E. 3.2).

Das kantonale Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Auflösung der Gesellschaft zwar die einschneidendste, aber auch die wirksamste Massnahme sei, um die Gleichstellung der Aktionäre zu gewährleisten. Die Liquidation würde eine gerechte Verteilung des Vermögens unter den Aktionären gewährleisten. Im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Versteigerung mit einem Mindestpreis wies das kantonale Gericht auf das Risiko hin, dass angesichts des Umfangs des Unternehmensvermögens kein Aktionär in der Lage wäre, den Preis zu bezahlen, und dass damit letztlich die

Liquidation der Unternehmen angeordnet werden müsse. Schliesslich stellte es fest, dass die Auflösung der Gesellschaften weder die Interessen der Aktionäre noch diejenigen anderer interessierter Personen (Gesellschaftsgläubiger, Arbeitnehmer) verletzen würde. Die Auflösung sei auch nicht unverhältnismässig, weil die Gesellschaften seit 2015 keine Aktivitäten mehr aufwiesen und die wichtigsten Vermögenswerte bereits liquidiert und beträchtliche Liquidität angehäuft worden seien (E. 4.2).

Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, die von der Vorinstanz gewählte Lösung führe weder zu einem offensichtlich ungerichten Ergebnis noch zu einer schockierenden Ungerechtigkeit. Ferner betonte es, dass in Art. 731b Abs. 1 (bzw. seit 1. November 2019 Abs. 1^{bis}) OR vorgesehene Verfahren müsse zu einer raschen Lösung der Blockade führen. Es sei nicht dazu bestimmt, den Konflikt zwischen den Aktionären zu lösen oder deren jeweilige Fehler, Verantwortlichkeiten oder Verdienste zu klären. Noch weniger gehe es darum, einen der Aktionäre auf Kosten des anderen zu entschädigen oder zu belohnen. Die Auflösung der Gesellschaft gewährleiste vorliegend auch die Gleichbehandlung der Aktionäre. Unter den gegebenen Voraussetzungen habe die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem sie die Auflösung der Gesellschaften angeordnet habe (E. 4.3).

Eine Umgehung von Art. 736 Ziff. 4 OR (Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen) sah das Bundesgericht als nicht gegeben an (E. 5.3). Es hielt zwar fest, dass der Richter darauf zu achten habe, dass die strengen Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR nicht umgangen würden, wenn ein Aktionär die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 (bzw. seit 1. November 2019 Abs. 1^{bis}) Ziff. 3 OR beantrage (E. 5.1; vgl. auch BGE 138 III 294, E. 3.1.6 zum Verhältnis von Art. 736 Ziff. 4 und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Im vorliegenden Fall sei aber einerseits das Verfahren nicht von E. eingeleitet worden, sondern vom Handelsregisteramt. Andererseits vermöge der unüberwindbare Konflikt zwischen den beiden Aktionären, der vor einigen Jahren zu einer vollständigen Lähmung der Geschäftsführung geführt habe und seither andauere, eine Auflösung der Gesellschaften zu rechtfertigen (E. 5.3).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Massnahmen im Sinne von Art. 731b Abs. 1 (bzw. seit 1. November 2019 Abs. 1^{bis}) OR stehen zwar in einem Stufenverhältnis zueinander, und

die angeordnete Massnahme muss verhältnismässig sein. Damit ist die Auflösung der Gesellschaft *ultima ratio* (BGE 138 III 294, E. 3.1.4). Im vorliegenden Fall war die Auflösung aber offenbar die wirksamste Massnahme, um die Gleichbehandlung der Aktionäre zu gewährleisten und zu einer raschen Lösung der Blockade zu führen. Dem Gericht ist es demnach durchaus gestattet, auf Auflösung der Gesellschaft zu erkennen, sofern die Situation dies rechtfertigt, selbst wenn ein Aktionär (als Nebenintervenient) eine andere Massnahme beantragt hat.

7. **Organisationsmangel, Auflösung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2020 vom 5. Oktober 2020**

Im Entscheid 4A_439/2020 ging es ebenfalls um die Auflösung einer Gesellschaft gestützt auf Art. 731b OR. Die Gesellschaft wies in verschiedener Hinsicht Organisationsmängel auf. Sie hatte weder eine gesetzmässige Revisionsstelle, noch lag ein eingetragener Verzicht auf die (eingeschränkte) Revision vor. Zudem gab es keinen Verwaltungsrat und keine vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz. Der Richter ordnete – nachdem die Gesellschaft die Mängel innert der angesetzten Frist nicht selbst behoben hatte – die Auflösung der Gesellschaft an (Sachverhalt A.).

Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz, wonach es nicht Aufgabe des Gerichts sei, Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft bzw. deren Aktionäre selbst beseitigen könnten (E. 4.1 und 4.4). Art. 731b OR diene dazu, Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft aus bestimmten Gründen nicht aus eigener Kraft zu beseitigen vermöge. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn ein Organisationsmangel darauf zurückzuführen sei, dass im Aktionariat eine Pattsituation bzw. eine Blockade (sogenannter «Deadlock») bestehe, die dazu führe, dass ein obligatorisches Gesellschaftsorgan nicht bestellt werden könne (E. 4.4).

Vorliegend hatte die Gesellschaft die Mängel innert der vom Richter angesetzten Frist nicht selbst behoben, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre. Nach Auffassung der Gerichte hätte eine Universalversammlung einberufen werden können, die alsdann die entsprechenden Beschlüsse hätte fassen und damit die Organisationsmängel beheben können (E. 4.1 und 4.4).

Auch diesem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen. Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft selbst beheben könnte. So ist das Gericht beispielsweise nicht verpflichtet, im Organisationsmängelverfahren auf Antrag der Gesellschaft – wie vorliegend geschehen – eine bestimmte Person als Verwaltungsratsmitglied einzusetzen, wenn die Gesellschaft in der Lage ist, selbst einen Verwaltungsrat zu wählen (vgl. Sachverhalt A.). Behebt mit anderen Worten die Gesellschaft einen Organisationsmangel nicht selbst bzw. aus eigener Kraft, obwohl dies ohne Weiteres möglich wäre (z. B. über eine Universalversammlung), erscheint die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft und Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs als verhältnismässig bzw. zumutbar.

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. **Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Kollokationsklage: BGE 146 III 113 (Urteil des Bundesgerichts 5A_535/2018 vom 15. Januar 2020)**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob auch dann ein schutzwürdiges Interesse an der Kollokationsklage gegeben sein kann, wenn die mutmassliche Konkursdividende null beträgt und der klagende Gläubiger die Wegweisung (Art. 250 Abs. 2 SchKG) eines anderen Gläubigers (des Beklagten) verlangt, um diesem die Möglichkeit zu nehmen, gegen ihn (den Kläger) aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit vorzugehen. Diese Frage hat das Bundesgericht bejaht (E. 3).

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Das Verhindern der Anhebung einer Klage eines anderen Gläubigers (gegen den Kläger) kann ein schutzwürdiges Interesse des Klägers begründen, Kollokationsklage zu erheben, um den Beklagten aus dem Kollokationsplan wegzuweisen, auch wenn keine Konkursdividende in Aussicht steht. Ein Gläubiger kann nämlich, nachdem erfolgreich gegen ihn eine Kollokationsklage erhoben worden ist, nicht mehr Ansprüche, auf deren Geltendmachung die Masse verzichtet hat, gestützt auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG als Rechte der Masse geltend machen

(vgl. BGE 55 III 63, E. 2; BGE 43 III 73, E. 1.c). Hätte der Kläger, wie die Vorinstanz verlangt hatte, zuerst den mittelbaren Prozess-erfolg darzulegen, damit ein Interesse an der Klage überhaupt angenommen werden kann, müsste letztlich die Schätzung des allenfalls möglichen, mittelbaren Prozess-erfolgs vorweggenommen werden, um erst dann das Rechtsschutzinteresse überhaupt bejahen zu können. Dass dies vom Kläger nicht verlangt werden kann, hat das Bundesgericht zu Recht entschieden (E. 3.3.6).

Eine Besprechung des Entscheides findet sich bei FINK, AJP 2021, 123 ff.

2. **Vermögensübertragung und Publizitätswirkung des Handelsregisters: Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2019 vom 25. November 2020**

Im französischsprachigen Entscheid 4A_601/2019 hatte sich das Bundesgericht mit den Wirkungen einer Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. FusG gegenüber Dritten und der Frage der Publizitätswirkung des Handelsregisters zu befassen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die C. AG ist im Bankenbereich tätig. Die A. SA und deren Verwaltungsratspräsident B. waren Solidarschuldner aus einem Hypothekendarlehensvertrag mit der C. AG. Die C. AG kündigte 2014 den Vertrag aufgrund von Zahlungsrückständen bei den Hypothekarzinsen und leitete anschliessend Betreibung gegen die A. SA und B. ein. 2016 schloss die C. AG mit der C. a. AG einen Vermögensübertragungsvertrag im Sinne von Art. 69 ff. FusG ab und übertrug ihr alle Aktiven und Passiven sowie sonstigen Rechtsverhältnisse und Beziehungen aus dem Geschäft mit Schweizer Kunden. Die A. SA und B. erhoben 2017 u. a. Klage auf Feststellung, dass sie der C. AG die in den Zahlungsbefehlen genannten Beträge nicht schuldeten. Das Gericht wies die Aberkennungsklage wegen fehlender Passivlegitimation der C. AG ab. Die A. SA und B. gelangten schliesslich ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht erwog, bei einer Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. FusG führe die Eintragung im Handelsregister zu einer *partiellen Universalsukzession* aller im Inventar bezeichneten Aktiven und Passiven. Die Frage, ob auch Verträge mit Dritten ohne deren Zustimmung übertragen würden, müsse im vorliegenden Fall

nicht geprüft werden, weil die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen sei (E. 3.1).

Die Wirkungen der Vermögensübertragung gegenüber Dritten – mithin die Publizitätswirkungen des Handelsregisters – seien in den Art. 932 und Art. 933 (a)OR geregelt (seit dem 1. Januar 2021 sind Art. 936a und Art. 936b OR einschlägig). Bei einer Vermögensübertragung werde nur der Gesamtwert der gemäss Inventar übertragenen Aktiven und Passiven im Handelsregister eingetragen (Art. 139 lit. c HRegV) und im SHAB veröffentlicht, nicht jedoch der Vermögensübertragungsvertrag und das Verzeichnis der Aktiven und Passiven, insbesondere der Forderungen oder Vertragsverhältnisse, die ins Inventar aufgenommen wurden. Die Publizitätswirkungen erstreckten sich daher nur auf die Existenz der Vermögensübertragung und nicht auf die im Inventar des Übertragungsvertrages bezeichneten Gegenstände des Vermögens (E. 3.2).

Daher könnten gutgläubige Schuldner ihre Verpflichtungen gegenüber dem Veräusserer – mithin dem übertragenden Rechtsträger – erfüllen, solange sie nicht über die Einzelheiten der Vermögensübertragung informiert seien. Denn einerseits könnten sie nicht allein der Veröffentlichung im SHAB oder dem Handelsregisterauszug entnehmen, welche Aktiven und Passiven übertragen wurden. Andererseits könne von der Gesellschaft, die das übertragene Vermögen übernehme, eher verlangt werden, dass sie den Schuldner über die Existenz der Übertragung informiere, als dass dem Schuldner die Pflicht auferlegt werden könne, vor jeder Leistung das Inventar des Übertragungsvertrags und alle Belege über die im Handelsregister enthaltenen Eintragungen einzusehen (E. 3.2; bekanntlich ist der Übertragungsvertrag inkl. Inventar ein Beleg [Art. 138 lit. a HRegV] und Belege sind öffentlich [Art. 936 Abs. 1 OR], sodass der Schuldner die Möglichkeit hat, von diesen Unterlagen Kenntnis zu erlangen). Ebenso könne der gutgläubige Schuldner gegen den (übertragenden) Gläubiger Klage erheben, solange er nicht über die Übertragung informiert werde (E. 3.2).

Vorliegend könne – so das Bundesgericht – nicht davon ausgegangen werden, dass die A. SA und B., deren guter Glaube vermutet werde, wussten, dass ihre Hypothekarschuld gegenüber der C. AG auf die C. a. AG übertragen worden sei. Die A. SA und B. seien auch nicht über die Übertragung informiert worden. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde daher gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die

Vorinstanz zurück, verbunden mit dem Hinweis, dass auf Antrag einer Partei ein Parteiwechsel i. S. v. Art. 83 Abs. 4 a. E. ZPO vorzunehmen sei, wenn feststehe, dass die strittige Forderung auf die C. a. AG übergegangen sei (E. 3.3).

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Solange der gutgläubige Schuldner nicht über die Einzelheiten der Vermögensübertragung informiert ist – und auch keine Pflicht hat, sich selbst zu informieren –, kann er seine Verpflichtungen gegenüber dem Veräusserer erfüllen (und sich damit befreien). Das dürfte einerseits bedeuten, dass ein Schuldner, der über die Vermögensübertragung als solche – aber ohne Einzelheiten – orientiert wurde, sich ohne weitere Verpflichtung nicht über Details informieren muss. Andererseits ist damit allerdings noch nicht gesagt, ob – im Rahmen der Vermögensübertragung – der entsprechende Vertrag (für eine [einzelne] Forderung gilt demgegenüber Art. 164 ff. OR) bei einer Information des Schuldners auf den das Vermögen übernehmenden Rechtsträger übergeht.

Das Bundesgericht konnte vorliegend – wie eingangs erwähnt – diese für die Praxis bedeutende Frage, nämlich ob neben den Aktiven und Passiven auch Vertragsverhältnisse – ohne Zustimmung der Vertragspartner – auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, offenlassen. In der Literatur war diese Frage anfänglich umstritten, wird mittlerweile aber überwiegend bejaht (vgl. dazu etwa HÄUSERMANN, GesKR 2018, 163 ff.). In anderen Entscheiden scheint auch das Bundesgericht inzwischen davon auszugehen, dass Vertragsverhältnisse bei der Vermögensübertragung übergehen, vorausgesetzt, sie wurden inventarisiert (Urteil des Bundesgerichts 5A_734/2018 bzw. 5A_736/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 4.3.4 und E. 4.3.5 [bzgl. vertraglicher Verpflichtungen aus einem Hypothekendarlehen]; offengelassen im Urteil 4A_130/2015 vom 2. September 2015, E. 3.1). Ob eine genaue Bezeichnung der übertragenen Verträge im Inventar notwendig ist, hat es demgegenüber bislang offengelassen (Urteil des Bundesgerichts 5A_734/2018 bzw. 5A_736/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 4.3.4).