

4/2025

[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

Organ für schweizerische  
Rechtspflege und Gesetzgebung

# ZBJV

**Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**  
**Revue de la société des juristes bernois**

161. Jahrgang  
Erscheint jeden Monat  
April 2025

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

## **online+**

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 254

## **en ligne+**

Vos avantages en  
un coup d'œil :  
Page 254



**Stämpfli  
Verlag**

# Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2023

Veröffentlicht in Band 149 sowie im Internet

Von Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Universität Luzern<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

### I. Vorbemerkungen

### II. Personengesellschaften

Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft; Behandlung des Mehrwerts eines Gesellschafterbeitrags: Urteil 4A\_409/2021 vom 10. Januar 2023

### III. Kapitalgesellschaften

1. Durchführung der Generalversammlung auf schriftlichem Weg; individuelles Antragsrecht der Aktionäre: BGE 149 III 1 (Urteil 4A\_380/2022 vom 30. Januar 2023)
2. Abtretung nach Art. 260 SchKG; Verhältnis zwischen der Rückerstattungs- und der Verantwortlichkeitsklage: BGE 149 III 422 (Urteile 4A\_465/2022 und 4A\_467/2022 vom 30. Mai 2023)
3. Einberufung der ordentlichen Generalversammlung; Traktandierungsrecht: Urteil 4A\_369/2022 vom 7. Februar 2023
4. Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsrats und des Gerichts bei Traktandierungsgesuchen der Gesellschafter: Urteil 4A\_130/2023 vom 9. Oktober 2023
5. Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für eine Sonderprüfung; Anforderungen an eine *Fairness Opinion*: Urteil 4A\_84/2023 vom 9. Oktober 2023 (Parallelprozess zum Verfahren 4A\_130/2023)
6. Festlegung der Unternehmensstrategie kein Aktionärsrecht: Urteil 4A\_487/2023 vom 15. November 2023

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Ich danke Michèle Lang, MLaw, für die Vorarbeiten, RA Roger Felder, MLaw, für die kritische Durchsicht des Textes sowie Patrik Herger, BLaw, für die Unterstützung bei der Recherche der Urteile und die Zitatkontrolle.

#### IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. Zuständigkeit Handelsgericht; Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO: BGE 149 III 355 (Urteil 4A\_581/2022 vom 2. Juni 2023)
2. Gerichtsstandsvereinbarung; Einsichtsrecht nach Art. 958e Abs. 2 OR, Beweismass: BGE 149 III 478 (Urteil 4A\_559/2022 vom 3. August 2023)

### I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung in Band 149 publizierten und weitere wichtige (nicht amtlich publizierte) Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2023 zum Gesellschaftsrecht besprochen. Das Bundesgericht bestätigt, konkretisiert und schärft seine Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht. Praxisänderungen sind demgegenüber keine zu verzeichnen. Im Berichtsjahr liegt das Schwergewicht wie in der Vergangenheit auf dem Recht der Kapitalgesellschaften und dort bei der Aktiengesellschaft. Das Bundesgericht hat sich in diesem Bereich u. a. zum individuellen Antragsrecht der Aktionäre bei der Durchführung der Generalversammlung auf schriftlichem Weg (III./1.) sowie zum Verhältnis zwischen der Rückerstattungs- und der Verantwortlichkeitsklage geäussert (III./2.). Zudem hat es sich in zwei Urteilen mit Fragen im Zusammenhang mit einem Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung durch Aktionäre beschäftigt (III./3. und III./4.). Schliesslich hat es die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für eine Sonderprüfung (nach neuem Aktienrecht: Sonderuntersuchung) erörtert (III.5.) und festgehalten, dass die Festlegung der Unternehmensstrategie Aufgabe des Verwaltungsrats ist (III.6.).

Im Personengesellschaftsrecht hat sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Konkubinatspaar, das eine einfache Gesellschaft gebildet hatte, mit der Frage auseinandergesetzt, was mit einem Mehrwert eines Gesellschafterbeitrags anlässlich der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft geschieht (II.).

In zwei weiteren gesellschaftsrechtlich relevanten, amtlich publizierten Urteilen hat sich das Bundesgericht mit der Zuständigkeit des Handelsgerichts bzw. mit dem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO (IV./1.) sowie dem Einsichtsrecht der Gläubiger in den Geschäftsbericht nach Art. 958e Abs. 2 OR befasst (IV./2.).

## II. Personengesellschaften

### **Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft; Behandlung des Mehrwerts eines Gesellschafterbeitrags; Urteil 4A\_409/2021 vom 10. Januar 2023**

In diesem (französischsprachigen) Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob ein Konkubinatspaar, das zwei Wohnungen erworben und ausgebaut hatte, eine einfache Gesellschaft bildete. Für den Fall, dass eine einfache Gesellschaft vorlag, stellte sich die weitere Frage, was mit einem Mehrwert eines Gesellschafterbeitrags bei der Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft geschieht.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Z. und A. führten – so das Bundesgericht – eine Liebesbeziehung. Im Juli 2010 unterzeichnete Z. eine Reservationsvereinbarung für eine Wohnung im Stockwerkeigentum und leistete eine Anzahlung. Im Februar 2011 erwarb A. diese Wohnung und wurde als alleinige Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Als das Paar erfuhr, dass im selben Gebäude eine weitere Wohnung zum Verkauf stand, beschloss es, auch diese zu erwerben und zu bewohnen. A. kaufte im März 2011 auch die zweite Wohnung und wurde wiederum als alleinige Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die erste Wohnung beabsichtigte das Paar, später weiterzuverkaufen.

A. finanzierte beide Wohnungen mit Eigenmitteln und Hypothekendarlehen. Z., der über eine Ausbildung als Sanitärinstallateur und Bauzeichner verfügt, führte in beiden Wohnungen, die im Rohbauzustand («à l'état brut») waren, eigenhändig Arbeiten aus und beglich diverse Handwerkerrechnungen für Ausbauarbeiten. Die Hypothekarzinsen für die beiden Wohnungen wurden je zur Hälfte von Z. und von A. beglichen. Im Januar 2013 trennte sich das Paar. 2017 klagte Z. auf Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft und forderte rund CHF 393 000.– von A.

Das Bundesgericht führte aus, A. und Z. hätten für den Erwerb der Wohnungen eine einfache Gesellschaft gebildet (E. 3 und 4.1). A. hatte sich mit finanziellen Mitteln (Kaufpreis, Hypothekarzinsen) beteiligt (E. 3). Z. leistete ebenfalls finanzielle Mittel (Anzahlung, Hypothekarzinsen), zudem führte er Ausbauarbeiten durch (E. 3). Die

Tatsache, dass A. allein als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen war und Z. den (einen) Hypothekarvertrag nicht mitunterzeichnet hatte, änderte nichts am Bestand der einfachen Gesellschaft (E. 4.1). Beide Parteien hatten den Willen, ihre Mittel zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Wohnungskauf und Unterhalt sowie gewinnbringender Weiterverkauf einer Wohnung) einzusetzen (E. 3 und 4.1).

Die einfache Gesellschaft wurde 2013 mit der Trennung des Paares aufgelöst und trat ins Liquidationsstadium ein (E. 3). Vorliegend wurden die beiden Wohnungen *quoad sortem* (Einbringung dem Werte nach und nicht nur – wie von A. geltend gemacht – *quoad usum*) in die einfache Gesellschaft eingebracht (E. 5.1). Dies hat zur Folge, dass die Wohnungen bei der Auflösung der einfachen Gesellschaft an A., die Eigentümerin geblieben ist, zurückfallen (E. 5.1). Z. seinerseits hat Anspruch auf Rückerstattung der eingebrachten (finanziellen) Beiträge (Anzahlung und bezahlte Rechnungen, Art. 549 Abs. 1 OR; E. 5.2.2). Demgegenüber ist die von Z. geleistete Arbeit nicht «rückerstattungspflichtig» (vgl. Art. 537 Abs. 3 OR), sondern bei der Liquidation der Gesellschaft im Rahmen der gerichtlich ermittelten Gewinnbeteiligung zu berücksichtigen (E. 3).

Bei der Ermittlung der Gewinnbeteiligung von Z. stellte sich die Frage, was mit einem Mehrwert der eingebrachten Beiträge geschieht. A. – die von einer Einbringung der Wohnungen *quoad usum* ausging – brachte vor, dass (lediglich) ein konjunktureller Mehrwert vorliege, der nicht zu berücksichtigen sei. Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, dass bei einer Einlage – wie im vorliegenden Fall – *quoad sortem* jeder Mehrwert, auch ein konjunktureller, in den Gewinn der Gesellschaft einfließt (E. 5.1). Ferner wären die Wohnungen ohne die Arbeiten von Z. nicht bewohnbar gewesen, sodass im Übrigen von einem rein konjunkturellen Mehrwert nicht die Rede sein konnte (E. 5.1).

Das Bundesgericht bestätigt in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur Frage, was mit einem Mehr- bzw. Minderwert eines Gesellschafterbeitrags bei der Liquidation der einfachen Gesellschaft geschieht (vgl. BGE 105 II 204; BGer 4A\_377/2018 vom 5.7.2019; BGer 5A\_881/2018 vom 19.6.2019; BGer 4A\_245/2016 vom 19.12.2016; BGer 4A\_21/2014 vom 7.1.2015, E. 3.1; BGer 4A\_485/2013 vom 4.3.2014, E. 6.1 und 6.2). Bei einer Einbringung – wie vorliegend – *quoad sortem* fällt die Sache an den Gesellschafter zurück, dessen Eigentum sie geblieben ist. Eine Wertsteigerung, die

auf Leistungen der Gesellschaft beruht (z. B. Erschliessung des Grundstückes zu Baureife), stellt einen Gesellschaftsgewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist. Eine Wertverminderung infolge der Gesellschaftstätigkeit ist demgegenüber als Verlust unter den Gesellschaftern zu teilen. Wertveränderungen konjunktureller Natur (z. B. steigende Bodenpreise) stellen bei einer Einbringung *quoad sortem*, bei welcher der Beitrag im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln ist, einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist.

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, aber in Abweichung von seiner Auffassung im Urteil 4A\_328/2019 (BGE 146 III 97, allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; vgl. dazu MÜLLER, ZBJV 2021, 46 ff.) ging das Bundesgericht vorliegend davon aus, dass Beiträge in Form von Arbeit nicht rückerstattungspflichtig sind. Der Arbeit erbringende Gesellschafter wird lediglich im Rahmen der Gewinnbeteiligung «entschädigt». Daher wurden die von Z. geleisteten Arbeitsbeiträge bei der Ermittlung des Liquidationsergebnisses nicht berücksichtigt.

Sind die Beiträge der Gesellschafter wie vorliegend von der Art her unterschiedlich, kann es allerdings 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 (vgl. dazu MÜLLER, ZBJV 2021, 46 ff.). Vorliegend hatte Z., der über eine Ausbildung als Sanitärinstallateur und Bauzeichner verfügt, in den Wohnungen eigenhändig Arbeiten ausgeführt. Diese Leistungen haben die Gerichte wie ausgeführt im Rahmen der Ermittlung des Liquidationsergebnisses indessen nicht berücksichtigt.

Schliesslich hat das Bundesgericht einmal mehr bekräftigt, dass es bei der rechtlichen Qualifikation der Nutzung eines Grundstücks durch die Gesellschafter als Beitrag nicht auf den Grundbucheintrag, sondern auf den wirklichen Willen der Parteien ankommt. Die Eintragung von A. im Grundbuch als alleinige Eigentümerin der beiden Grundstücke stand daher einer Einbringung *quoad sortem* nicht entgegen. Zu Recht ging das Bundesgericht von einer Einbringung dem Werte nach (*quoad sortem*) und nicht bloss zum Gebrauch (*quoad usum*) aus (vgl. dazu auch MÜLLER, ZBJV 2021, 44 ff.).

Zum Urteil 4A\_409/2021 vgl. auch DUPASQUIER, REPRAX 2024, 29 f.; SCHMID, ZBJV 2024, 377 f.



### III. Kapitalgesellschaften

#### 1. **Durchführung der Generalversammlung auf schriftlichem Weg; individuelles Antragsrecht der Aktionäre: BGE 149 III 1 (Urteil 4A\_380/2022 vom 30. Januar 2023)**

In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob das Antragsrecht einer Aktionärin verletzt ist, wenn der Verwaltungsrat sich weigert, die von ihr – angesichts einer bevorstehenden schriftlichen Generalversammlung – beantragte Verschiebung eines Traktandums zur Abstimmung zu bringen. Weiter stellte sich die Frage, welche Rechtsfolgen eine allfällige Verletzung des Antragsrechts nach sich zieht.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Am 6. Mai 2020 lud der Verwaltungsrat der Kehrlichtbeseitigung A. AG zur ordentlichen Generalversammlung vom 18. Juni 2020 ein. Gestützt auf die damals geltenden COVID-19-Verordnungen sollte diese auf schriftlichem Weg bzw. in Abwesenheit der Aktionäre stattfinden. Traktandiert war (u. a.) eine Statutenrevision, wobei der Verwaltungsrat den Aktionären diesbezüglich zwei Anträge unterbreitete: Einerseits die Genehmigung von Art. 2 der Statuten betreffend den Gesellschaftszweck und andererseits die Genehmigung der übrigen Statutenbestimmungen. Mit Schreiben vom 11. Mai 2020 gelangte die Einwohnergemeinde B. als Aktionärin an den Verwaltungsrat und stellte zuhanden der Generalversammlung (u. a.) den Antrag, dass die traktandierte Statutenrevision zu verschieben sei. Sie begründete ihren Antrag damit, dass Diskussionsbedarf bestehe und eine entsprechende Diskussion nicht möglich sei, wenn die Generalversammlung auf schriftlichem Weg abgehalten werde. Der Verwaltungsrat qualifizierte diesen Verschiebungsantrag als Verfahrensantrag, der seiner Ansicht nach in die Entscheidungskompetenz des Vorsitzenden der Generalversammlung und nicht in diejenige der Aktionäre falle. Folglich liess er die Aktionäre über den entsprechenden Antrag nicht abstimmen. An der Generalversammlung wurde schliesslich die Zweckänderung von den Aktionären abgelehnt, die Revision der übrigen Statutenbestimmungen hingegen angenommen. In der Folge beantragte die Einwohnergemeinde B. mit Klage, der Beschluss der Generalversammlung betreffend die Genehmigung der übrigen Statutenbestimmungen sei für ungültig zu erklären und aufzuheben.

Auf den vorliegenden Fall waren die Bestimmungen des alten Aktienrechts anwendbar, weil sich der Sachverhalt im Jahr 2020 zugegetragen hatte (vgl. E. 5). Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen fest, nach den Bestimmungen des bisherigen Aktienrechts sei die Generalversammlung als Präsenzveranstaltung konzipiert gewesen, die schriftliche Beschlussfassung mithin nicht vorgesehen (E. 3.1). Selbst bei Einstimmigkeit sei daher die schriftliche Abstimmung auf dem Korrespondenzweg unzulässig gewesen (E. 3.1). Im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus habe damals aber Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 (später Art. 27 COVID-19-Verordnung 3) ermöglicht, die Ausübung der Rechte der Aktionäre an Versammlungen auf den schriftlichen Weg bzw. die elektronische Form zu beschränken. Sinn und Zweck dieser Bestimmung sei die Verminderung des Risikos einer Übertragung des Coronavirus gewesen, u. a. durch das Entfallen der physischen Anwesenheit der Aktionäre zwecks Kontaktminimierung (E. 7.1).

Weiter führte das Bundesgericht aus, es stehe jedem Aktionär unabhängig von seiner Beteiligung das Recht zu, im Rahmen der angekündigten Verhandlungsgegenstände schriftlich oder mündlich vor der Generalversammlung bzw. mündlich während der Generalversammlung Anträge zu stellen (sog. individuelles Antragsrecht, Art. 700 Abs. 4 aOR; E. 3.3 und 7.1). Die Kehrlichtbeseitigung A. AG anerkannte – abweichend von ihrer bisherigen Ansicht – im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht denn auch, dass der Antrag der Einwohnergemeinde B. grundsätzlich zulässig und der Generalversammlung zur Abstimmung zu unterbreiten gewesen wäre (E. 3.4). Sie brachte zur Stützung ihres Standpunkts als «neue Begründung» hingegen vor, das Antragsrecht entfalte seine Wirkung nur, wenn die Generalversammlung physisch, als Präsenzveranstaltung, durchgeführt werde. Über den Verschiebungsantrag hätte keine unmittelbare Diskussion an der (schriftlich durchgeführten) Generalversammlung stattfinden können (E. 7.2 und 7.4).

Dem hielt das Bundesgericht entgegen, der Verwaltungsrat hätte, wenn das Antragsrecht der Aktionäre bei Durchführung der Generalversammlung auf schriftlichem Weg entfallen wäre, durch die Wahl der Durchführungsform beliebig über den Bestand dieses Aktionärsrechts befinden und Gegenanträge auf diese Weise ausschalten können (E. 7.3). Die Bestimmungen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie seien aber nicht dazu da gewesen, das Antragsrecht einzu-



schränken (vgl. E. 7.1 und 7.3). Zudem hätte der Verwaltungsrat zum schriftlichen Antrag der Aktionärin ebenfalls schriftlich Stellung nehmen können (E. 7.4).

Das Bundesgericht schützte ferner die Ansicht der ersten Instanz, wonach ein enger Zusammenhang zwischen Stimmrecht und Antragsrecht bestehe und die Nichtzulassung von Aktionärsanträgen das Stimmrecht der (anderen) Aktionäre (die nicht über die Anträge abstimmen können) verletze (E. 7.5). Das Stimmrecht verliere – so das Bundesgericht – an Tragweite, wenn es vom Verwaltungsrat darauf beschränkt werde, seine eigenen Vorschläge anzunehmen oder abzulehnen, ohne dass die Aktionäre Gegenanträge stellen können (E. 7.5). Das Vorgehen des Verwaltungsrats, Anträge der Aktionäre nicht zuzulassen, sei daher nicht statthaft gewesen (E. 7.6).

In Bezug auf die Rechtsfolgen der Missachtung des unentziehbaren Antragsrechts ging das Bundesgericht – entgegen der Ansicht der Vorinstanzen – davon aus, dass die Verweigerung des Antragsrechts im Einzelfall (lediglich) zur Anfechtbarkeit i. S. v. Art. 706 OR und nicht zur Nichtigkeit führt (Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge, E. 9.3). Es hob daher in Gutheissung der Anfechtungsklage den Generalversammlungsbeschluss rückwirkend auf (E. 9.4) und wies die Beschwerde ab (nicht amtlich publizierte E. 10).

In gleicher Sache – mit anderen Einwohnergemeinden als Klägerinnen – ergingen zudem die Urteile 4A\_384/2022 und 4A\_388/2022 vom 30. Januar 2023.

Der sog. KELSAG-Entscheid (Kehrlichtbeseitigung Laufental-Schwarzbubenland AG) wurde in der Lehre kontrovers aufgenommen. Mehrheitlich fand er Zustimmung (vgl. etwa CHABLOZ/AYMON, SZW 2023, 352; WAGNON, REPRAX 2023, 107), teilweise wurde er aber auch kritisiert (vgl. VISCHER/GALLI, SZW 2023, 606 ff.). VISCHER/GALLI sind der Ansicht, dass die Einwohnergemeinde B. als Aktionärin gar kein Antragsrecht auf Verschiebung des Traktandums gehabt hätte, weil die Absage (bzw. Verschiebung) von Traktanden ein Verfahrensentscheid sei und nicht in die Kompetenz der Generalversammlung falle. Das individuelle Antragsrecht umfasse bloss Sachanträge, da nur bei diesen die Entscheidungskompetenz bei der Generalversammlung läge. Die Aktionäre könnten daher keine Nichteintretensanträge stellen, sondern höchstens die Ablehnung des zur Diskussion stehenden Sachentscheids beantragen (VISCHER/GALLI, SZW 2023, 613 ff.). Aufgrund des Charakters als Verfahrens- bzw. Leitungsantrag habe

die Einwohnergemeinde B. demnach keine Befugnis gehabt, diesen zu stellen, was das Bundesgericht gemäss dem Grundsatz *iura novit curia* von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen (VISCHER/GALLI, SZW 2023, 616).

In der Lehre wird – entgegen dieser Meinung – überwiegend die Ansicht vertreten, dass Aktionäre auch Verfahrensanträge stellen können, diese aber der Generalversammlung nicht zwingend zur Abstimmung unterbreitet werden müssten (vgl. BÖCKLI, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, 1997, 47 ff., 56 f.; BRUDERER, Das Antragsrecht des Aktionärs, 1980, 69 und 150 ff.; DUBS, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, 2008, N 89; HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, 2003, 143; TANNER, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2018, Art. 700 N 33). Das Bundesgericht ging im Entscheid demgegenüber davon aus, dass das Vorgehen des Verwaltungsrats, Anträge der Aktionäre nicht zuzulassen, nicht statthaft war (E. 7.6) und der Verwaltungsrat daher über den Antrag der Einwohnergemeinde B. auf Verschiebung des Traktandums in der Generalversammlung hätte abstimmen lassen müssen.

Die Frage, ob das Antragsrecht (als solches und auch bezüglich Verfahrensanträge) ausgeübt werden konnte, und diejenige, ob der Verwaltungsrat einen Verfahrensantrag der Generalversammlung hätte vorlegen müssen, sind zwei Paar Schuhe. Im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung ist es zu bezweifeln, dass ein Antrag auf Verschiebung eines Traktandums der Generalversammlung tatsächlich unterbreitet werden muss, soweit keine abweichende Kompetenzordnung besteht, was vorliegend offenbar nicht der Fall war (vgl. auch BÖCKLI, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, 1997, 47 ff., 56 f.). Wie dem auch sei, im vorliegenden Fall lag mit der Coronapandemie eine besondere Situation vor, die zu einer empfindlichen Einschränkung der Aktionärsrechte führte, indem Präsenzveranstaltungen nicht mehr zulässig waren. Dass der Verwaltungsrat den Antrag den Aktionären nicht zur Abstimmung vorgelegt hatte, war insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Aktionärin diesen mit einem «Diskussionsbedarf» begründete, stossend (vgl. E. 7.2). Letztlich würgte der Verwaltungsrat damit eine (ihm offensichtlich unliebsame) Diskussion ab.

Die Generalversammlung ist nicht nur ein Ort der Entscheidungsfindung der Aktionäre, sondern auch einer der Willensbildung (vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 16 N 626). In der Generalversammlung findet sowohl die materielle Entscheidungsfindung als auch die formelle Entscheidung statt (VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 1047). Nach dem revidierten Aktienrecht können Generalversammlungsbeschlüsse zwar auch auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form gefasst werden (Art. 701 Abs. 3 OR). Verlangt allerdings ein Aktionär oder dessen Vertreter eine mündliche Beratung, ist eine schriftliche Beschlussfassung nicht mehr möglich (Art. 701 Abs. 3 Teilsatz 3 OR). Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Regelung unter der COVID-19-Verordnung. Der Gesetzgeber will damit gewährleisten, dass auf jeden Fall dann eine Diskussion im Rahmen der Generalversammlung stattfinden kann, wenn das dem Wunsch eines Aktionärs entspricht. Unter dem neuen Aktienrecht (und ohne das Vorliegen einer speziellen Situation wie einer Pandemie) hätte daher die Einwohnergemeinde B. bei einer schriftlich angekündigten Generalversammlung verlangen können, dass diese als Präsenzveranstaltung (oder gegebenenfalls auf digitalem Weg [Art. 701 c und Art. 701d OR], bei dem die Aktionärsrechte ebenfalls gewährleistet sind [vgl. Art. 701e Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR]) stattfindet, anlässlich derer eine Diskussion möglich gewesen wäre. Nach den damals geltenden COVID-19-Verordnungen war es im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus indessen zulässig, die Ausübung der Rechte der Aktionäre an Versammlungen auf den schriftlichen Weg bzw. die elektronische Form zu beschränken (Art. 6b COVID-19-Verordnung 2; später Art. 27 COVID-19-Verordnung 3). Damit waren die Aktionärsrechte stark eingeschränkt, indem insbesondere (anlässlich der Generalversammlung) keine Diskussion über die Traktanden stattfinden konnte.

In Anbetracht dessen verdient das Urteil des Bundesgerichts im Ergebnis Zustimmung. Es geht nicht an, dass der Verwaltungsrat die (damaligen) Bestimmungen zur Eindämmung der Coronapandemie missbrauchte, um eine Diskussion der Aktionäre zu verhindern. Letztlich hätte der Verwaltungsrat – wäre sein Vorgehen rechtmässig gewesen – alle entgegenstehenden Meinungen eliminieren können.

Das Urteil ist – obwohl es zum alten Aktienrecht erging – auch für das revidierte Recht von Bedeutung. Das Bundesgericht stellt näm-

lich klar, dass eine Verletzung des Antragsrechts der Aktionäre lediglich zur Anfechtbarkeit des entsprechenden Beschlusses und nicht zur Nichtigkeit führt. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist diese Ansicht zu begrüssen (gl. M. CHABLOZ/AYMON, SZW 2023, 352).

Weitere Besprechungen zu BGE 149 III 1 finden sich bei CHABLOZ/AYMON, SZW 2023, 350 ff.; VISCHER/GALLI, SZW 2023, 603 ff.; WAGNON, REPRAX 2023, 103 ff.

## **2. Abtretung nach Art. 260 SchKG; Verhältnis zwischen der Rückerstattungs- und der Verantwortlichkeitsklage: BGE 149 III 422 (Urteile 4A\_465/2022 und 4A\_467/2022 vom 30. Mai 2023)**

Im vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht zu klären, ob ein Gläubiger, dessen Forderung nur *provisorisch* kolloziert wurde, nach Art. 260 SchKG abgetretene Ansprüche geltend machen kann. Zudem musste es sich zum Verhältnis der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR und der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR äussern.

Stark verkürzt lag dem Urteil folgender Sachverhalt zugrunde: Über die E. AG wurde der Konkurs eröffnet. Die C. SA liess sich im Konkurs einerseits die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 754 ff. OR gegen die Organe der E. AG, andererseits die Rückforderungsansprüche aus Art. 678 Abs. 1 OR gegen die Aktionärin der E. AG nach Art. 260 SchKG abtreten. In der Folge erhob die C. SA Klage gegen B. (Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der E. AG) und die D. AG (Revisionsstelle der E. AG) sowie die A. AG als Alleinaktionärin der E. AG vor dem Handelsgericht Zürich. Als Begründung führte sie aus, verschiedene Geschäfte in den Geschäftsbüchern der E. AG seien nicht korrekt abgebildet und Dividenden über das zulässige Mass ausgeschüttet worden. Das Handelsgericht Zürich hiess die Klage teilweise gut. Die Beklagten erhoben (separat) Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht vereinigte die beiden Verfahren 4A\_467/2022 und 4A\_465/2022 (vgl. nicht amtlich publizierte E. 1).

Im Prozess war vorab die Klagelegitimation der C. SA strittig. Sie hatte die Klage als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG erhoben. Ihre Forderung war im Urteilszeitpunkt im Konkurs der E. AG jedoch nur provisorisch – und nicht definitiv – kolloziert (E. 3).

Das Bundesgericht führte aus, jeder Gläubiger, der seine Forderung im Konkurs angemeldet habe und dessen Forderung noch nicht definitiv abgewiesen worden sei, könne die Abtretung «der Forderung» (gemeint ist der Anspruch der Gläubigergesamtheit) nach Art. 260 SchKG verlangen (E. 3.4.3). Die Abtretung müsse jedoch unter einer resolutiven (auflösenden) Bedingung erfolgen. Sie sei sofort (voll) wirksam, verliere aber ihre Wirksamkeit im Zeitpunkt des Bedingungseintritts (d. h. im Zeitpunkt der definitiven Nichtkollokation) (E. 3.4.3). Die C. SA sei daher zur Geltendmachung der Forderungen als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG befugt, auch wenn ihre Forderung im Konkurs der E. AG noch nicht definitiv kolloziert worden sei (E. 3.5.1 und 3.5.4).

Weiter hielt das Bundesgericht fest, nach Ansicht der Vorinstanz gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass eine definitive Kollokation unwahrscheinlich sei. Das Prozessführungsrecht entfalle erst, wenn die Forderung im Kollokationsverfahren bzw. -plan definitiv nicht zugelassen werde (E. 3.2). Das Recht, die Abtretung eines Anspruchs nach Art. 260 SchKG zu verlangen, ergebe sich von Gesetzes wegen aus der Stellung als kollozierter Gläubiger. Es setze nicht voraus, dass die Forderung bereits definitiv im Kollokationsplan zugelassen, sondern dass sie noch nicht endgültig aus dem Kollokationsplan entfernt worden sei. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Anspruch bereits untergegangen sei, bevor über den Kollokationsstreit überhaupt rechtskräftig entschieden worden sei, z. B. infolge kurzer Verjährungsfristen (E. 3.4.2).

Die rechtskräftige Abweisung der Konkursforderung des Abtretungsgläubigers im Kollokationsprozess führe dazu, dass seine Prozessführungsbefugnis im Abtretungsprozess zur weiteren Verfolgung des abgetretenen Rechtsanspruchs nachträglich entfalle. Sei bereits ein Urteil (im Abtretungsprozess) ergangen, bleibe dieses gültig. Ein bereits erlangter Prozessgewinn falle aber der Konkursmasse zu (E. 3.4.4 und E. 3.5.3). Diese müsste – wenn die «Abtretungsgläubigerin» den Prozessgewinn nicht (freiwillig) herausgebe – gegen jene vorgehen. Die Konkursmasse bzw. die Gläubigergesamtheit trage mit der Zustimmung zur Abtretung das Risiko, dass sie die Forderung allenfalls gegen die Abtretungsgläubigerin – im vorliegenden Fall im Ausland – geltend machen müsse. Dieses Risiko sei kein Sonderproblem der bedingten Abtretung, sondern dem Institut der Abtretung inhärent: Es bestehe immer die Gefahr, dass die Konkursmasse einen



Überschuss einfordern müsse, wenn der Abtretungsgläubiger ihn nicht freiwillig herausgebe (E. 3.5.3).

Für die Beklagten bestehe keine Gefahr einer Doppelzahlung. Würden sie aufgrund eines Gerichtsurteils an die «Abtretungsgläubigerin» leisten, hätten sie sich gültig befreit (E. 3.5.2, vgl. auch E. 3.3).

Das Bundesgericht äusserte sich im Entscheid ferner zum Verhältnis zwischen der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR und der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR (nicht amtlich publizierte E. 4). Es hielt fest, zwischen der Rückerstattungsklage und der Verantwortlichkeitsklage bestehe Anspruchskonkurrenz (E. 4.2.2). Daran änderte auch nichts, dass im vorliegenden Verfahren beide Klagen gleichzeitig anhängig gemacht wurden (vgl. E. 4.2.1 und 4.2.2). Die Anspruchskonkurrenz habe – so das Bundesgericht – zur Folge, dass die Beklagten solidarisch hafteten. Vorliegend bestehe eine unechte Solidarität zwischen den eingeklagten Personen. Auch bei unechter Solidarität könne der Geschädigte von jedem der Ersatzpflichtigen den Ersatz des gesamten Schadens verlangen. Ein belangter Solidarschuldner könne dem Geschädigten grundsätzlich nicht entgegenhalten, für den gleichen Schaden hafte auch noch ein anderer (nicht amtlich publizierte E. 4.2.2).

Das Bundesgericht weist die Beschwerden ab (nicht amtlich publizierte E. 8) und bestätigt und präzisiert damit seine Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht. In Bezug auf die Abtretung nach Art. 260 SchKG hat es bereits in BGE 48 III 88 ff. (bestätigt in BGE 90 III 86, E. 1, und BGE 128 III 291, E. 4) festgehalten, dass einem abgewiesenen Gläubiger eine bedingte Abtretung nicht verwehrt werden kann, wenn er den abschlägigen Kollokationsentscheid angefochten hat. Ebenso kann ein Gläubiger, dessen Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Gegenstand eines Prozesses war und somit im Kollokationsplan lediglich pro memoria vorgemerkt ist (Art. 63 Abs. 1 KOV), eine bedingte Abtretung verlangen (BGE 128 III 291, E. 4). Jeder Gläubiger, dessen (angemeldete) Forderung im Konkurs noch nicht definitiv abgewiesen wurde, kann demnach die Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen. Ist die Forderung lediglich provisorisch kolloziert, hat die Abtretung unter der resolutiven Bedingung der definitiven Nichtkollokation zu erfolgen.

Ob in einem solchen Fall eine Sistierung des Abtretungsprozesses bis zum definitiven Entscheid über die Kollokation zweckmässig ist, hängt von den Umständen ab. Für den bedingt zugelassenen Ab-



abtretungsgläubiger kann es Sinn machen, eine Sistierung zu beantragen, weil er ansonsten Gefahr läuft, im Falle der definitiven Abweisung seiner Konkursforderung das Prozessrisiko im Abtretungsprozess getragen zu haben, ohne am Prozessgewinn beteiligt zu sein (E. 3.2). Vorliegend hatte nicht die klagende Abtretungsgläubigerin, sondern die Beklagten eine Sistierung verlangt. Die Vorinstanz hatte die Sistierung mit der Begründung abgelehnt, den Beklagten würden im Falle einer späteren, definitiven Nichtkollokation der Forderung der Abtretungsgläubigerin (wofür keine Anhaltspunkte bestünden) keine relevanten Nachteile entstehen (E. 3.2). Das Bundesgericht musste sich mangels entsprechender Rüge nicht mehr mit der Frage befassen (E. 3.3). In Anbetracht dessen ist es bemerkenswert, dass es sich dennoch veranlasst sah, die Überlegungen der Vorinstanz zur Sistierungsfrage wiederzugeben und auch auf seine Rechtsprechung zu verweisen. Dazu drängen sich folgende Bemerkungen auf: Die Bedeutung einer Sistierung nimmt angesichts immer frühzeitiger erfolgreicher Abtretungen nach Art. 260 SchKG zu. Nicht nur für den Abtretungsgläubiger kann sich eine Sistierung aus prozessökonomischen Gründen aufdrängen. Ergibt nämlich infolge Verlusts der Prozessführungsbefugnis des Abtretungsgläubigers ein Nichteintretensentscheid, drohen die Aufwendungen der Parteien und des Gerichts im unter Umständen schon weit fortgeschrittenen Abtretungsprozess nutzlos zu werden. Daran ändert nichts, dass das Schicksal der abgetretenen Forderung davon unberührt bleibt. Insofern ist die Begründung, wonach den Beklagten keine relevanten Nachteile aus der Nichtsistierung entstünden, zu relativieren. Die Parteientschädigung deckt in aller Regel die tatsächlichen Kosten der beklagten Partei nicht ab. Vorliegend dürfte für die Abweisung des Sistierungsgesuchs durch die Vorinstanz vor allem der Umstand von Bedeutung gewesen sein, dass offenbar keine Anhaltspunkte bestanden, die eine definitive Kollokation unwahrscheinlich erscheinen liessen. Bestehen demgegenüber Zweifel an der Begründetheit der Konkursforderung des Abtretungsgläubigers, drängt sich unter prozessökonomischen Aspekten eine Sistierung des Verfahrens auf (zum Ganzen HOFFMANN-NOWOTNY/PETER, GesKR 2023, 523 f.).

Im Entscheid bestätigt das Bundesgericht zudem seine Rechtsprechung, wonach es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis* handelt, mit dem die Prozessführungsbefugnis übertragen wird. Im Pro-

zess agiert der Abtretungsgläubiger zwar in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, er wird aber durch die Abtretung nicht Inhaber des abgetretenen Anspruchs (E. 3.4.1; vgl. auch BGE 146 III 441, E. 2.5.1).

In der nicht amtlich publizierten E. 4 bestätigt das Bundesgericht schliesslich seine Rechtsprechung, wonach zwischen der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR und der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR Anspruchskonkurrenz besteht. Bereits 2014 hatte es im *Swisscargo-Entscheid* festgehalten, dass eine so grundsätzliche strukturelle Frage wie diejenige des Verhältnisses von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage nicht über die Schadensminderungsobliegenheit gelöst werden könne. Dementsprechend musste die damalige Klägerin vor dem Verantwortlichkeitsprozess nicht zwingend die Rückerstattungsklage anstrengen (BGE 140 III 533, E. 3.2.3). Diese Rechtsprechung ist zu begrüßen. Dass eine erfolgreiche Rückerstattungsklage den Schaden der Gesellschaft ausgleichen oder jedenfalls stark vermindern kann (vgl. BGE 140 III 533, E. 3.2.1), ändert daran nichts. Die Rückerstattungsklage hat damit vor einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage keinen Vorrang. Das Bundesgericht sah es im vorliegenden Verfahren auch nicht als angezeigt, eine (von den Beklagten angestrebte) Praxisänderung vorzunehmen. Die beklagte Revisionsstelle (D. AG) würde – so das Bundesgericht – keine ernsthaften sachlichen Gründe hierfür vorbringen (nicht amtlich publizierte E. 4.1.2).

Weitere Besprechungen zu BGE 149 III 422 finden sich bei *HOFFMANN-NOWOTNY/PETER*, *GesKR* 2023, 519 ff.; *JENTSCH/VIRCHOW*, *Anwaltsrevue* 2023, 490 ff.

### **3. Einberufung der ordentlichen Generalversammlung; Traktandierungsrecht: Urteil 4A\_369/2022 vom 7. Februar 2023**

In diesem Entscheid stellte sich unter anderem die Frage, in welchem Umfang ein Gesuch von Aktionären um Einberufung einer Generalversammlung durch das Gericht überprüft werden kann. Der Entscheid erging noch zum alten Aktienrecht. Nach Art. 699 Abs. 3 aOR konnte die Einberufung einer Generalversammlung auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Kam der Verwal-

tungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist nach, so hatte das Gericht nach Art. 699 Abs. 4 aOR auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen.

Dem Urteil lag folgender (hier stark verkürzt wiedergegebener) Sachverhalt zugrunde: B. war Aktionär der A. AG und verfügte über 60 Prozent der Aktien. Er stellte am 3. August 2020 beim Gericht einen Antrag auf Einberufung der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2019 und beantragte unter dem Traktandum «Wahlen Verwaltungsrat» die «Abberufung von D.» und die «Neuwahl von E.». Am 28. August 2020 lud die A. AG zu einer ordentlichen Generalversammlung ein, die am 19. September 2020 stattfand. Die Anträge von B. («Abberufung von D.» / «Neuwahl von E.») wurden anlässlich der Generalversammlung indessen nicht behandelt.

Das erstinstanzliche Gericht trat auf das Gesuch von B. mangels Rechtsschutzinteresse nicht ein und begründete seinen Entscheid damit, dass die angebehrte Generalversammlung inzwischen stattgefunden habe. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung hiess das Kantonsgericht Basel-Landschaft teilweise gut und wies die A. AG an, eine Generalversammlung unter Traktandierung der von B. angebehrten Anträge einzuberufen. Das Kantonsgericht sah in der Nichtbehandlung der Anträge von B. eine Verletzung des Traktandierungsrechts. Zudem sei die Generalversammlung statutenwidrig einberufen worden (nur SHAB-Publikation anstelle Mitteilung per Brief oder auf elektronischem Weg an die Aktionäre). Die Nichtzustellung der Einladung an die Aktionäre stelle einen schweren formellen Mangel dar, der die Nichtigkeit (Art. 706b OR) der Generalversammlungsbeschlüsse zur Folge habe. Die A. AG erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen vorab fest, dass es für die Stellung des Gesuchs um Einberufung einer Generalversammlung genüge, wenn die gesuchstellende Person glaubhaft mache, dass sie Aktionärin sei (E. 7.5). Bei der Beurteilung des Gesuchs seien nur formelle Fragen zu prüfen, mithin die Aktionärsstellung und das Erreichen der erforderlichen Schwellenwerte sowie, ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (E. 9.1). Eine materielle Prüfung finde – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – demgegenüber nicht statt. Das Gericht habe somit nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein

würden. Diese Fragen seien vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (E. 9.1).

Die A. AG beabsichtigte, mit der Erhebung ihrer Beschwerde eine Praxisänderung herbeizuführen (E. 9.2). Sie machte geltend, bei einer rein formalen Prüfung würden sich – vor allem wenn statuten- und/oder gesetzeswidrige Traktanden anbegehrt würden – prozessuale Leerläufe ergeben, die der Rechtssicherheit abträglich seien (E. 9.3). Das Bundesgericht hingegen sah vorliegend keine ernsthaften, sachlichen Gründe für eine Praxisänderung. Nach seiner Ansicht hatte die Vorinstanz zu Recht auf eine materielle Prüfung verzichtet (E. 9.3). Die Feststellung durch die Vorinstanz, die Nichttraktandierung der Anträge von B. verletze dessen Antragsrecht nach Art. 700 Abs. 2 aOR (Bekanntgabe der Anträge der Aktionäre in der Einberufung), erachtete das Bundesgericht als nicht willkürlich (E. 10.1 f.). Das Traktandum «Wahlen» mit dem einzigen Antrag des Verwaltungsrats auf «Wiederwahl und Bestätigung der bisherigen VR, Frau D.» umfasse nicht auch die Anträge von B. auf «Abberufung von Frau D.» und «Neuwahl von Herrn E.» (E. 10.2).

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur Überprüfungsbefugnis bezüglich eines Einberufungs- und Traktandierungsgesuchs. Bei dessen Beurteilung sind grundsätzlich nur formelle Fragen zu prüfen (BGE 142 III 16; vgl. auch BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015). Der Entscheid macht aber auch deutlich, dass der Verwaltungsrat (formell) korrekt anbegehrte Anträge von Aktionären in der gestellten «Form» zu traktandieren hat; ansonsten verletzt er das Traktandierungsrecht der Aktionäre. Das Kantonsgericht ging zu Recht davon aus, dass der Verwaltungsrat mit seinem Antrag unter dem Traktandum «Wahlen» dem Begehren von B. nicht rechtsgenügend nachgekommen war. Bei der Formulierung der Traktanden bzw. der (Nicht-)Bekanntgabe von Anträgen ist damit Vorsicht geboten.

#### **4. Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsrats und des Gerichts bei Traktandierungsgesuchen der Gesellschafter: Urteil 4A\_130/2023 vom 9. Oktober 2023**

Auch in diesem Entscheid ging es – einmal mehr – um die Frage, inwieweit der Verwaltungsrat bzw. das Gericht ein Traktandie-

rungsgesuch der Aktionäre überprüfen darf. Der Entscheid erging ebenfalls zum alten Aktienrecht, sodass Art. 699 Abs. 3 und 4 aOR einschlägig waren.

Im vorliegenden Fall bestand das Aktionariat der A. AG aus C., der rund 70 Prozent der Aktien innehatte und Präsident des Verwaltungsrats war, und (ehemaligen) Mitarbeitern der A. AG. Im August 2020 verkaufte die A. AG gewisse ihrer in Entwicklung befindlichen Softwareprodukte an die E. Inc. Der Kaufpreis von rund USD 46 Mio. wurde auf ein Bewertungsgutachten gestützt. Die Minderheitsaktionäre stellten sich auf den Standpunkt, die Produkte seien unter Wert verkauft worden. Sie verlangten daher nach Art. 699 Abs. 3 aOR die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung und die Traktandierung der Beschlussfassung über den Verkauf der Softwareprodukte und stellten den Antrag auf Nichtgenehmigung des Kaufvertrags. Zusätzlich beantragten sie eine Sonderuntersuchung (vgl. dazu Urteil 4A\_84/2023 vom 9. Oktober 2023; Ziff. III.5. hinten).

Der Verwaltungsrat berief die Generalversammlung zwar ein, kam aber dem Traktandierungsgesuch betreffend den Softwareverkauf nicht nach. Er begründete dies damit, dass der Abschluss des Kaufvertrags ein Geschäftsentscheid sei und daher in der ausschliesslichen Kompetenz des Verwaltungsrats stehe. Die Aktionäre reichten in der Folge beim Gericht ein Einberufungs- und Traktandierungsgesuch ein (Art. 699 Abs. 4 aOR).

In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung aus, bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 aOR seien nur formelle Fragen zu prüfen (E. 3.1.1; vgl. dazu II.3. vorne). Eine materielle Prüfung hingegen werde erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse vorgenommen (E. 3.1.2).

Dabei gebe es aber Ausnahmen: Offensichtlich rechtsmissbräuchlichen oder schikanösen Traktandierungsgesuchen sei nicht stattzugeben (E. 3.1.3), was aber *in casu* nicht einschlägig war. Zudem müsse einem Traktandierungsgesuch mit einem Verhandlungsgegenstand, der offensichtlich und zweifelsfrei ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liegt (und damit eindeutig in die Kompetenz des Verwaltungsrats fällt), keine Folge geleistet werden (E. 3.1.4 und 3.5). Sobald jedoch «irgendeine Unsicherheit» bestehe, in wessen Kompetenz der Verhandlungsgegenstand falle, müsse das Gericht dem



Einberufungs- und Traktandierungsgesuch stattgeben. Das Gericht habe nicht abschliessend zu beurteilen, ob die Generalversammlung für den angeehrten Verhandlungsgegenstand zuständig sei, sondern nur, ob sie nicht offensichtlich unzuständig sei (E. 3.1.5 und 3.4).

Bei Interessenkonflikten – wie dies vorliegend der Fall sei (C. hatte nämlich von diesem Softwareverkauf persönlich profitiert) – könnten die fraglichen Geschäfte unter Umständen der Generalversammlung (als übergeordnetem Organ) vorgelegt werden, auch wenn der Entscheid über den Verkauf der Software an sich ein Geschäftsentscheid sei und daher grundsätzlich in die Kompetenz des Verwaltungsrats falle (E. 3.5). In der vorliegenden Ausnahmesituation sei eine offensichtliche und zweifelsfreie Unzuständigkeit der Generalversammlung nicht ersichtlich (E. 3.5). Daher sei dem Einberufungs- und Traktandierungsgesuch stattzugeben (E. 3.5).

Das Bundesgericht bestätigt – einmal mehr – seine Rechtsprechung zur Überprüfungsbefugnis bezüglich eines Traktandierungsgesuchs und der entsprechenden Ausnahmen (BGE 137 III 503 [Pra. 101 (2012) Nr. 64]; vgl. auch BGE 142 III 16; BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015). Dabei decken sich gemäss Bundesgericht die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsrats und des gegebenenfalls angerufenen Gerichts. Ob der Verwaltungsrat nach Art. 699 Abs. 3 aOR oder das Gericht nach Art. 699 Abs. 4 aOR einen Verhandlungsgegenstand traktandiere bzw. traktandieren lasse, könne in Bezug auf die Überprüfbarkeit der zur Traktandierung beantragten Gegenstände keinen Unterschied machen. Abs. 4 von Art. 699 aOR regle lediglich die gerichtliche Durchsetzung des in Abs. 3 enthaltenen Anspruchs (E. 3.1.4; ablehnend VISCHER/GALLI, SZW 2024, 251 und 253).

Sofern in Bezug auf einen Geschäftsentscheid ein Interessenkonflikt vorliegt, ist die (ausschliessliche) Kompetenz des Verwaltungsrats nicht mehr unbestritten. Zumindest ein Teil der Lehre geht davon aus, dass der Generalversammlung bei Interessenkonflikten eine Genehmigungskompetenz eingeräumt werden kann (vgl. E. 3.5 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall war aufgrund des Interessenkonflikts nicht klar, ob die Generalversammlung den Softwareverkauf durch eine Nichtgenehmigung des Geschäfts hätte zu Fall bringen können. Das Bundesgericht hat daher dem Einberufungs- und Traktandierungsgesuch zu Recht stattgegeben.

Eine Besprechung des Urteils 4A\_130/2023 findet sich bei VISCHER/GALLI, SZW 2024, 238 ff.



**5. Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für eine Sonderprüfung; Anforderungen an eine *Fairness Opinion*:  
Urteil 4A\_84/2023 vom 9. Oktober 2023 (Parallelprozess  
zum Verfahren 4A\_130/2023)**

In dieser Entscheidung stellten sich hauptsächlich zwei Fragen, nämlich: Welchen Einfluss hat das herabgesetzte Beweismass bei Tatsachenvorbringen (Glaubhaftmachung) auf die Prüfungstiefe der behaupteten Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit bei der Beurteilung eines Gesuchs um Anordnung einer Sonderprüfung (im neuen Recht: Sonderuntersuchung)? Und welche Anforderungen sind an eine *Fairness Opinion* zu stellen, damit diese einen vermuteten Interessenkonflikt eines Verwaltungsrats beseitigen kann?

Bei diesem Verfahren handelt es sich um einen Parallelprozess zum Verfahren 4A\_130/2023. Dem Urteil lag mithin der gleiche Sachverhalt zugrunde (vgl. III./4. vorne). An der ordentlichen Generalversammlung liessen verschiedene Aktionäre durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ein Begehren um Einsicht und Auskunft sowie einen Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers stellen. Hintergrund der Begehren war der besagte Softwareverkauf. Die Aktionäre brachten vor, der Verwaltungsrat hätte sich beim Softwareverkauf in einem Interessenkonflikt befunden und die Software daher unter Wert veräussert. Dadurch sei die Gesellschaft geschädigt worden.

Unbestritten war, dass C., der im Zeitpunkt der Transaktion Mehrheitsaktionär und Verwaltungsratspräsident der Gesellschaft war, im Rahmen der Transaktion eine Mehrheitsbeteiligung an der Käuferin der Software erhalten hatte, während die Gesellschaft lediglich eine Minderheitsbeteiligung erwerben konnte. Die Vorinstanz war denn auch davon ausgegangen, dass C. beim Verkauf nicht die Interessen der Gesellschaft verfolgt hatte.

Der Verwaltungsrat hielt dagegen und wendete ein, der Kaufpreis sei marktüblich gewesen, was sich aus einem externen Gutachten ergebe, und der Verkauf aufgrund der desolaten Finanzlage im besten Interesse der Gesellschaft. Er gab anlässlich der Generalversammlung zwar Antworten auf die Fragen der Aktionäre, lehnte aber die Anträge auf Einsichtnahme und auf Durchführung einer Sonderprüfung ab. Die Minderheitsaktionäre verlangten in der Folge gerichtlich die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b aOR.

Der Entscheid erging noch zum alten Aktienrecht. Nach Art. 697b Abs. 2 aOR haben die Gesuchsteller Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.

Zur ersten Frage, welchen Einfluss das herabgesetzte Beweismass bei Tatsachenvorbringen auf die Prüfungstiefe der behaupteten Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit hat, führte das Bundesgericht Folgendes aus: Nach Art. 697b Abs. 2 aOR genüge im Sonderprüfungsprozess ein Glaubhaftmachen der Tatsachen (E. 3.2.1). Entsprechendes gelte auch bezüglich der Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung stellten. Die Rechts- bzw. Statutenwidrigkeit sei demnach nicht abschliessend zu beurteilen, sondern es genüge eine summarische Prüfung, auch wenn die Anwendung des gleichen Beurteilungsmassstabs nur beschränkt möglich sei, weil die Rechtsfrage, ob Gesetz oder Statuten verletzt wurden, nicht bewiesen, sondern nur mehr oder weniger eingehend geprüft werden könne (E. 3.2.2.2).

Das Bundesgericht bestätigt damit seine Rechtsprechung (BGE 120 II 393, E. 4). Den bundesgerichtlichen Überlegungen ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Sonderprüfung bzw. neu Sonderuntersuchung bezweckt, die Information und Kontrolle der Aktionäre effizienter auszugestalten, um die Ausübung anderer Aktionärsrechte, wie etwa die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage, zu erleichtern (WEBER/BAISCH, Basler Kommentar OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 697c N 2). Wäre die Prüfungstiefe bezüglich der Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung stellen, nicht auch herabgesetzt, müsste die Rechts- oder Statutenwidrigkeit abschliessend geprüft werden. Damit würden letztlich Fragen, die sich in einem nachfolgenden Verantwortlichkeitsprozess stellen (können), beantwortet. Der Zweck der Sonderuntersuchung ist indessen die Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre, indem die Organe unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet werden, gewisse gesellschaftliche Vorgänge offenzulegen (vgl. BGE 120 II 393, E. 4), und nicht die Klärung, ob eine Pflichtverletzung tatsächlich vorliegt. Das Bundesgericht geht daher zu Recht davon aus, dass es genügt, wenn sich die behaupteten Gesetzes- oder Statutenwidrigkeiten «bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder doch zum Mindesten als vertretbar erweisen» (E. 3.2.2.2).

In diesen Plausibilitätsvoraussetzungen liegt der Dreh- und Angelpunkt des Sonderuntersuchungsrechts, weil es «einerseits bei übertriebenen Anforderungen toter Buchstabe bleiben könnte, und andererseits bei grosszügiger Handhabung ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers entstände, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen» ist (BGE 120 II 393, E. 4.c). Das Gericht soll nicht die mithilfe des Sonderprüfungsgesuchs im Allgemeinen mittelbar angestrebte Haftung von Organen antizipiert beurteilen, sondern lediglich ermöglichen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen durch unabhängige Sachverständige abgeklärt werden können (BGE 120 II 393, E. 4.c). Es geht darum, dass sich die rechtlichen Argumente als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erweisen müssen, und nicht um eigentliche Beweisfragen (WEBER/BAISCH, Basler Kommentar OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 697e N 3d). In diesem Sinn ist die Prüfungstiefe bezüglich der Rechtsfragen herabgesetzt.

In Bezug auf die zweite Frage, welche Anforderungen an eine *Fairness Opinion* zu stellen sind, damit diese einen vermuteten Interessenkonflikt eines Verwaltungsrats beseitigen kann, hielt das Bundesgericht fest, ein Bewertungsgutachten genüge dann nicht zur Beseitigung eines (vermuteten) Interessenkonflikts, wenn es sich lediglich zum marktüblichen Preis äussere, nicht aber zu weiteren (relevanten) Eckpunkten der Transaktion (E. 3.3.3). Im vorliegenden Fall genügte der Bewertungsbericht bzw. das externe Gutachten diesen Anforderungen nicht (E. 3.3.3).

Das Aktienrecht bestimmt die Anforderungen an eine *Fairness Opinion* zur Beseitigung eines Interessenkonflikts nicht. Im Gutachten war keine Prüfung des Entscheids des Verwaltungsrats auf seine materielle Angemessenheit in allen Eckpunkten erfolgt, sondern lediglich eine Bewertung des Kaufobjekts (vgl. E. 3.3.3). Daher hatte das Bundesgericht das Gutachten zu Recht nicht als *Fairness Opinion* betrachtet, die den vermuteten Interessenkonflikt hätte beseitigen können. Dies bedeutet, dass ein Bewertungsgutachten einen (vermuteten) Interessenkonflikt nur dann widerlegen kann, wenn es neben der Marktüblichkeit des Verkaufspreises auch die weiteren Eckpunkte der Transaktion, beispielsweise Vorteile für die veräussernde Gesellschaft bzw. deren Organe, berücksichtigt. Diese Überlegungen machen Sinn, hängt doch der angemessene Verkaufspreis nicht nur von der Marktüblichkeit an sich ab, sondern auch von weiteren Faktoren, wie etwa

von der Tatsache, inwiefern in den Verkauf involvierte Personen von der Transaktion persönlich profitieren.

Eine weitere Besprechung des Urteils 4A\_84/2023 findet sich bei VISCHER/GALLI, SZW 2024, 619 ff.

#### **6. Festlegung der Unternehmensstrategie kein Aktionärsrecht: Urteil 4A\_487/2023 vom 15. November 2023**

Geschäftsentscheide fallen in die Kompetenz des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat hat im Rahmen der Oberleitung der Gesellschaft nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR die Unternehmensstrategie festzulegen und in diesem Zusammenhang darüber zu befinden, ob mit dem frei verfügbaren Kapital Geschäftsoportunitäten verfolgt werden können oder ob der Generalversammlung beantragt werden soll, das frei verfügbare Kapital an die Aktionäre als Dividende auszuschütten (E. 5.1). Die Festlegung der Unternehmensstrategie ist mithin kein Aktionärsrecht (E. 5.1). Das Bundesgericht schützt den Entscheid der Vorinstanz, die davon ausging, es sei «nicht Sache der Generalversammlung (und erst recht nicht eines Minderheitsaktionärs [...]) darüber zu bestimmen, was sinnvolle <Devestitionen> und [...] [recte: <Reinvestitionen>] seien» (E. 5.1).

### **IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile**

#### **1. Zuständigkeit Handelsgericht; Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO: BGE 149 III 355 (Urteil 4A\_581/2022 vom 2. Juni 2023)**

Im vorliegenden Entscheid stellte sich die Frage, ob der im Handelsregister eingetragenen Partei in einem Aberkennungsprozess gegen die nicht eingetragene Gegenpartei das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zusteht. Nach Art. 6 Abs. 3 ZPO hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht, wenn nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, die übrigen Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 ZPO aber erfüllt sind.

Das Handelsgericht St. Gallen hatte seine Zuständigkeit in Bezug auf die Aberkennungsklage verneint. Gegen diesen Entscheid erhob die Aberkennungsklägerin Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Auf den vorliegenden Fall kam Art. 6 ZPO in der Fassung vor Inkrafttreten der Revision der ZPO auf den 1. Januar 2025 zur Anwendung. Das (entscheidrelevante) Klägerwahlrecht hat indessen – abgesehen von einer geringfügigen Anpassung – materiell keine Änderungen erfahren (vgl. Botschaft Revision ZPO, BBl 2020 2697 ff., 2727).

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. AG ist eine schweizerische Aktiengesellschaft. Sie hatte im Januar 2011 mit der B. GbR, einer deutschen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Die B. GbR ist weder in Deutschland noch in der Schweiz im Handelsregister eingetragen. Im November 2017 kündigte die B. GbR den Darlehensvertrag und forderte die sofortige Rückzahlung des Darlehensbetrags sowie aller aufgelaufenen Zinsen. Schliesslich betrieb sie die A. AG. Ende April 2019 erhob die A. AG Aberkennungsklage beim Handelsgericht St. Gallen und beantragte, es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen samt Zins nicht bestünden. Die B. GbR beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage (Leistungsklage in analoger Höhe zur Aberkennungsklage). Das Handelsgericht trat mangels sachlicher Zuständigkeit auf die (Aberkennungs-)Klage nicht ein, hiess aber die Widerklage teilweise gut und verurteilte die A. AG zur Zahlung. Seiner Ansicht nach waren in Bezug auf die Aberkennungsklage zwar die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO (i. d. F. vor 1. 1. 2025) erfüllt (die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei war betroffen und der Streitwert für die Beschwerde ans Bundesgericht erreicht), nicht aber jene von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO (i. d. F. vor 1. 1. 2025; Eintrag beider Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register; vgl. E. 3.3).

In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht aus, wenn – entgegen Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO (i. d. F. vor 1. 1. 2025) – nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen sei, die anderen Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO (i. d. F. vor 1. 1. 2025) aber erfüllt seien, habe die klagende Partei nach Art. 6 Abs. 3 ZPO die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (E. 3.2). Das Handelsgericht sei davon ausgegangen, dass im vorlie-



genden Fall die umgekehrte Konstellation zu Art. 6 Abs. 3 ZPO vorliege, mithin nur die Klägerin, nicht aber die Beklagte im Handelsregister eingetragen sei (E. 3.3).

Das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO bezwecke, dem nicht im Handelsregister eingetragenen Kläger die Möglichkeit einzuräumen, sich für die Vorteile der Handelsgerichtsbarkeit zu entscheiden, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien; es gehe m. a. W. um die Privilegierung klagender Nicht-Kaufleute. Demgegenüber bestehe keine Garantie der Handelsgerichtszuständigkeit für im Handelsregister eingetragene Parteien (E. 3.4.1). Die im Handelsregister eingetragene Klägerin (*in casu* die A. AG) könne sich im Aberkennungsprozess daher nicht auf das Klägerwahlrecht berufen mit dem Argument, dass sie aufgrund der Vertauschung der Parteirollen in die Klägerrolle gedrängt worden sei. Es sei darauf abzustellen, wer formell als klagende und wer als beklagte Partei auftrete (E. 3.4.1).

Zudem entspreche es weder dem Wortlaut noch dem Zweck von Art. 6 Abs. 3 ZPO, dass das Wahlrecht bei einem Parteirollentausch wie im Falle einer Aberkennungsklage (als negative Feststellungsklage) auf die im Handelsregister eingetragene Partei übergehe (E. 3.4.1). In dieser Konstellation könne sich demnach nur die nicht eingetragene Widerklägerin auf das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO berufen (E. 3.4.2). Dass die B. GbR als Widerklägerin von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht habe, ändere nichts an der mangelnden sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Hauptklage. Die sachliche Zuständigkeit sei der Parteidisposition entzogen (E. 3.5). Das Bundesgericht wies die Beschwerde der A. AG daher ab (nicht amtlich publizierte E. 5).

Indem das Handelsgericht auf die Klage der A. AG nicht eingetreten war, konnte vor Bundesgericht nur beantragt werden, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese auf die Klage eintrete. Das Bundesgericht konnte sich aber nicht anstelle des Handelsgerichts mit der Sache befassen und einen Sachentscheid fällen (vgl. BGE 138 III 46, E. 1.2; vgl. auch BGE 149 III 355, [nicht amtlich publizierte] E. 1.1).

Das Bundesgericht hat den Entscheid des Handelsgerichts betreffend die mangelnde Zuständigkeit für die (Haupt-)Klage zu Recht geschützt und das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO in der vorliegenden Konstellation verneint. Die sachliche Zuständigkeit ist der Parteidisposition entzogen (E. 3.5; vgl. neu aber Art. 6 Abs. 4 lit. c



ZPO i. d. F. nach dem 1. 1. 2025, wonach die Parteien in *internationalen* Konstellationen der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts unter bestimmten Voraussetzungen zustimmen können, namentlich auch durch Einlassung [Botschaft Revision ZPO, BBl 2020 2697 ff., 2729 ff.]. Eine vorgängige Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit ist im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht zulässig (BGE 142 III 623, E. 2.4). Auf Art. 6 Abs. 3 ZPO kann sich nur berufen, wer selbst nicht im Handelsregister eingetragen ist und gegen eine eingetragene Partei klagen will. Das Klägerwahlrecht ist ein einseitiges Recht, indem diese Wahlmöglichkeit eine zusätzliche Option für (klagende) Nicht-Kaufleute ist, die der (beklagten, im Handelsregister eingetragenen) Gegenpartei nicht offensteht (BGE 142 III 623, E. 2.4).

Die fehlende sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Hauptklage wurde auch nicht dadurch «geheilt», dass die B. GbR als Widerklägerin von ihrem Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch machte (E. 3.5). Das Handelsgericht ist auf die Widerklage eingetreten, obwohl es sich bezüglich der Hauptklage für unzuständig erklärt hat (vgl. Sachverhalt B.). Diesbezüglich führte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* aus, keine der Parteien vertrete die Ansicht, dass wenn sich die Hauptklage mangels sachlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts als unzulässig erweise, auch auf eine Widerklage, für welche die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben sei, nicht einzutreten sei. Ein Nichteintretensentscheid würde der Selbständigkeit der Widerklage nicht gerecht (E. 3.7; kritisch dazu BRÖNNIMANN/RUPRECHT, ZZZ 2024, 194 ff., die anmerken, dass ein Entscheid in der Sache über die Widerklage bei einem Nichteintretensentscheid auf die Hauptklage zu den mit dem Institut der Widerklage angestrebten Zielen in offensichtlichem Widerspruch stehe).

Diese Ansicht entspricht der heute herrschenden Lehre (vgl. etwa KILLIAS, Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 224 N 7 ff. [mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen]; LEUENBERGER, Kommentar ZPO [Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler (Hrsg.)], 4. Aufl. 2025, Art. 224 N 5; vgl. auch WILLISEGGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, Art. 224 N 62; kritisch BRÖNNIMANN/RUPRECHT, ZZZ 2024, 196; PAHUD, Kommentar ZPO [Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.)], 2. Aufl. 2016, Art. 224 N 29 f.; a. M. das ältere Schrifttum [GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, 218] vor Inkrafttreten der eidgenössischen

ZPO) und wird durch die Botschaft zur ZPO gestützt (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7339; Botschaft Revision ZPO, BBl 2020 2697 ff., 2759). Nach Art. 14 Abs. 2 ZPO bleibt der Widerklagegerichtsstand beim Wegfall der Hauptklage bestehen. Ob allerdings ein Nichteintretensentscheid hinsichtlich der Hauptklage in jedem Fall den Bestand der Widerklage unberührt lässt, ist zumindest fraglich (vgl. auch PAHUD, Kommentar ZPO [Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.)], 2. Aufl. 2016, Art. 224 N 30). Im vorliegenden Fall hingegen wäre die positive Leistungswiderklage auch in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gefallen, wenn sie als Hauptklage erhoben worden wäre. Das Handelsgericht hat sich somit zu Recht für zuständig erklärt. Allerdings hätten sich Überlegungen zur parallelen Rechtshängigkeit aufgedrängt, zumal es sich nicht nur um konnexe, sondern auch um «spiegelbildliche» Klagen (negative Feststellungsklage und positive Leistungswiderklage) handelte (E. 3.6; vgl. auch Urteil HGer ZH, HG170041 vom 28. Oktober 2019, E. 7.1.1). Die parallele Rechtshängigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO) und das schutzwürdige Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) wurden allerdings nicht geprüft (vgl. dazu BRÖNNIMANN/RUPRECHT, ZZZ 2024, 196 ff.).

Die Beschwerdeführerin hatte sich unter anderem auf BGE 143 III 495 berufen. In diesem Urteil hatte das Bundesgericht die Zuständigkeit des Handelsgerichts für eine konnexe Widerklage trotz fehlenden Handelsregistereintrags des Widerbeklagten bejaht, wenn das Handelsgericht für die Hauptklage gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufen wurde (BGE 143 III 495, E. 2). Es begründete diesen Entscheid insbesondere mit Zweckmässigkeitsüberlegungen. Vorliegend erachtete es den Entscheid indessen nicht als einschlägig, weil er nicht der entscheidungsrelevanten Konstellation entspreche (E. 3.4.2). In BGE 143 III 495 machte es für die Widerklage eine Ausnahme vom Grundsatz, dass das Handelsgericht nie zuständig ist, wenn die beklagte Partei nicht im Handelsregister eingetragen ist. Vorliegend stand diese Ausnahme aber nicht zur Diskussion, weil die Widerbeklagte eingetragen und der Grundsatz damit gewahrt war (E. 3.4.2).

Im Aberkennungsprozess sind die Parteirollen vertauscht. Der (betriebene) Schuldner klagt gegen den (betreibenden) Gläubiger, dass die Forderung nicht besteht. Die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage. Damit der Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts eröffnet ist, ist darauf abzustellen, wer formell als klagende bzw. beklagte Partei auftritt und nicht, welche Prozesspartei Gläubi-

gerin oder Schuldnerin ist. Bei einem Parteirollentausch geht das Wahlrecht nicht auf die im Handelsregister eingetragene Partei über (E. 3.4.1). Dies hat zur Folge, dass sich in einer Konstellation wie der vorliegenden für die Haupt- und Widerklage eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit ergibt.

Dass dieser Nachteil entsteht, entgeht auch dem Bundesgericht nicht. Es hält dazu fest, dass diese Folge zwar Zweckmässigkeitsüberlegungen nicht Rechnung trage, aber dadurch entschärft werde, dass die beiden Klagen vorliegend nicht nur konnex, sondern spiegelbildlich seien. Damit beträfen sie die gleiche Forderung, was einer späteren Beurteilung der (Aberkennungs-)Klage durch das ordentliche Gericht – aufgrund der materiellen Rechtskraft (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) – entgegenstehen dürfte, wenn eine solche Klage überhaupt noch fristgerecht beim ordentlichen Gericht eingereicht werden könnte (vgl. Art. 31 und 83 Abs. 2 SchKG i. V. m. Art. 63 Abs. 1 und 3 ZPO) (E. 3.6). Dazu drängen sich folgende Bemerkungen auf: Die Anhebung einer negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG wäre im Gegensatz zur Aberkennungsklage (vgl. Art. 83 Abs. 2 SchKG) grundsätzlich jederzeit möglich. Im einen wie im anderen Fall würde sich allerdings – wie vorne bereits erwähnt – die Frage der Sperrwirkung der Litispendenz (parallele Rechtshängigkeit) stellen (vgl. BGE 128 III 284, E. 3 zur parallelen Rechtshängigkeit vgl. eingehend auch Urteil 4A\_248/2024 vom 4. März 2025, E. 5). Eine anderweitige Rechtshängigkeit (in casu der Widerklage) führt dazu, dass auf die Klage nicht eingetreten wird (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO).

Weitere Besprechungen zu BGE 149 III 355 finden sich bei BRÖNNIMANN/RUPRECHT, ZZZ 2024, 191 ff.; ERK, AJP 2023, 1223 ff.

## **2. Gerichtsstandsvereinbarung; Einsichtsrecht nach Art. 958e Abs. 2 OR, Beweismass: BGE 149 III 478 (Urteil 4A\_559/2022 vom 3. August 2023)**

In dieser Entscheidung hatte das Bundesgericht vorab die Frage zu klären, nach welchem Recht eine Gerichtsstandsklausel auszulegen ist. Anschliessend war zu entscheiden, ob der Einsichtsanspruch eines Gläubigers in den Geschäftsbericht des Unternehmens nach Art. 958e Abs. 2 OR von der besagten, im Hauptvertrag enthaltenen Gerichtsstandsklausel, vorliegend zugunsten der peruanischen Gerichte, erfasst

wird. Das mit dem Einsichtsgesuch befasste Handelsgericht Zürich war der Ansicht, die Gerichtsstandsklausel sei in sachlicher Hinsicht nicht anwendbar. Es bejahte daher seine Zuständigkeit zur Beurteilung des Einsichtsgesuchs. Damit stellte sich die weitere gesellschaftsrechtlich relevante Frage, welches Beweismass in Bezug auf die Aktivlegitimation nach Art. 958e Abs. 2 OR anwendbar ist.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die B. ist eine Versicherungs- und Rückversicherungsgesellschaft mit Sitz in Peru. Die A. Ltd. ist eine im Bereich der Rück- und Direktversicherungen tätige Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz. 2011 schloss die B. mit der A. Ltd. einen Rückversicherungsvertrag ab, um Rückversicherungsschutz für einen in Peru mit einem Stromverteilungsunternehmen abgeschlossenen Erstversicherungsvertrag zu erhalten. Der Rückversicherungsvertrag enthielt sowohl eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der peruanischen Gerichte als auch eine Rechtswahlklausel zugunsten des peruanischen Rechts. Im September 2014 meldete das Stromverteilungsunternehmen einen Schaden unter dem Erstversicherungsvertrag an. 2022 wurde die B. durch Schiedsurteil verpflichtet, dem Stromverteilungsunternehmen Schadenersatz aus dem Erstversicherungsvertrag zu bezahlen. Zwischen der B. und der A. Ltd. war es bereits 2015 zum Streit über die Deckungsansprüche aus dem Rückversicherungsvertrag gekommen. 2017 erhob die B. gegen die A. Ltd. in Peru Klage aus dem Rückversicherungsvertrag. Dieses Verfahren war im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Verfahrens noch hängig.

Im Juni 2022 beantragte die B. beim Zürcher Handelsgericht, die A. Ltd. sei zu verpflichten, ihr gestützt auf Art. 958e Abs. 2 OR Einsicht in den letzten Geschäfts- und Revisionsbericht zu gewähren. Sie begründete ihr Gesuch damit, dass sie abschätzen wolle, ob sich die Fortsetzung des Verfahrens in Peru, die allfällige Vollstreckung des peruanischen Entscheids in der Schweiz sowie die Geltendmachung weiterer Forderungen lohne, zumal Hinweise auf finanzielle Schwierigkeiten der A. Ltd. vorlägen. Das Handelsgericht verpflichtete die A. Ltd., der B. die verlangte Einsicht zu gewähren. Es erachtete sich im vorliegenden Fall für zuständig, weil das Einsichtsgesuch nicht von der besagten Gerichtsstandsklausel erfasst sei. Die A. Ltd. gelangte in der Folge ans Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben und dessen Unzuständigkeit festzustellen.

In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht aus, die sachliche Reichweite der Gerichtsstandsklausel sei durch Auslegung zu

ermitteln (E. 5.1.1). Anwendbar sei die *lex causae*, mithin das peruanische Recht (E. 5.1.2 und 5.1.4). Das Handelsgericht hatte offengelassen, nach welchem Recht die Gerichtsstandsklausel auszulegen ist, weil sowohl die Anwendung des schweizerischen Rechts (*lex fori*) als auch des peruanischen Rechts (*lex causae*) dazu führen würde, dass der Einsichtsanspruch von der Klausel nicht erfasst sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts konnte diese Rechtsfrage aber nicht offengelassen werden, weil sie für die bundesgerichtliche Kognition von wesentlicher Bedeutung ist (E. 5.1.1). Im Übrigen trat das Bundesgericht auf die Rügen der A. Ltd. bezüglich der Zuständigkeit nicht ein, weil sie den bundesgerichtlichen Anforderungen nicht genügten (nicht amtlich publizierte E. 5.3).

Im Folgenden wird nicht weiter auf die Problematik der Auslegung der Gerichtsstandsklausel eingegangen (vgl. aber E. 5.1.2), sondern die gesellschaftsrechtlich relevante Frage des Beweismasses im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation nach Art. 958e Abs. 2 OR erörtert. Nach dieser Bestimmung müssen Unternehmen, die weder Anlehensobligationen ausstehend noch Beteiligungspapiere an der Börse kotiert haben, den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in den Geschäftsbericht und in die Revisionsberichte gewähren. Das Bundesgericht hielt dazu fest, für die Geltendmachung des Einsichtsrechts nach Art. 958e Abs. 2 OR sei die Gläubigerstellung sowie ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen (nicht amtlich publizierte E. 6.2.3). Die Aktivlegitimation für den Einsichtsanspruch ergebe sich aus der Gläubigerstellung (E. 6.3.1). Der Nachweis der Gläubigerstellung sei eine typische Beweisnotkonstellation mit der Folge, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge (und mithin nicht das Regelbeweismass erforderlich ist) (E. 6.3.1; der Grund der Beweismassreduktion liegt nach Ansicht des Bundesgerichts vor allem in der Entstehungsgeschichte der Norm, vgl. dazu E. 6.3.2). Für die Frage, ob die B. mit der Rückversicherungsnehmerin identisch (und somit aktivlegitimiert) sei, gelte vorliegend daher dieses Beweismass. Blosser Glaubhaftmachung genüge hingegen nicht. Dem Entscheid über das Einsichtsrecht komme, auch wenn er im summarischen Verfahren erfolge, nämlich materielle Rechtskraft zu (E. 6.3.2).

Die Beweismassreduktion gelte auch für die Voraussetzung des «schutzwürdigen Interesses» nach Art. 958e Abs. 2 OR. Die Voraussetzungen der «Gläubigerstellung» sowie des «schutzwürdigen Inter-



esses» seien zwar unabhängig voneinander, liessen sich aber nicht völlig isoliert betrachten (E. 6.3.2). Ein schutzwürdiges Interesse liege in der Regel vor, wenn nach Einleitung eines nicht offensichtlich aussichtslosen Forderungsprozesses gegen die Gesellschaft Einsicht verlangt werde. Allfällige Einwendungen der Gesellschaft gegen den Anspruch des Gläubigers seien grundsätzlich im Forderungsprozess zu prüfen, jedenfalls dann, wenn nachgewiesen sei, dass die Forderung mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehe (nicht amtlich publizierte E. 7.3.1 und 7.3.3). Daher hatte das Bundesgericht die Beschwerde abgewiesen (nicht amtlich publizierte E. 8).

Das Bundesgericht hat im Entscheid die bislang höchststrichterlich nicht geklärte und in der Lehre umstrittene Frage, nach welchem Recht die sachliche Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 IPRG zu bestimmen ist, beantwortet. Die Anwendung der *lex causae* (anstatt der *lex fori*) rechtfertige sich insofern, als die sachliche Reichweite der Gerichtsstandsklausel den Inhalt der Vereinbarung betreffe, der sich nach dem Parteiwillen bestimme (E. 5.1.2). Dem ist zuzustimmen.

Im Übrigen bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Beweismass im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Einsichtsrechts in den Geschäfts- und die Revisionsberichte (vgl. BGE 137 III 255, E. 4.1.2 [zu Art. 697h aOR, vor Inkrafttreten des Rechnungslegungsrechts am 1. Januar 2013]). Der das Einsichtsrecht nach Art. 958e Abs. 2 OR geltend machende Gläubiger hat seine Gläubigerstellung sowie ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen. Für beide Voraussetzungen gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Ein schutzwürdiges Interesse ist erforderlich, weil mit dem Einsichtsgesuch nicht bloss Neugierde befriedigt, Geschäftsgeheimnisse erforscht oder Konkurrenzverhältnisse ausgekundschaftet werden sollen. Ein berechtigtes Einsichtsinteresse besteht, wenn es Anzeichen finanzieller Schwierigkeiten der Gesellschaft gibt oder die Einbringlichkeit der Forderung des Gläubigers gefährdet erscheint (vgl. BGE 137 III 255, E. 4.1.3). Der Zweck des Einsichtsrechts liegt darin, dass der Gläubiger zuerst die Zahlungsfähigkeit der schuldnerischen Gesellschaft prüfen kann, bevor er weitere Mittel für die Durchsetzung der Forderung aufwendet (vgl. E. 6.3.2). Es rechtfertigt sich daher, kein striktes Beweismass, sondern dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in Bezug auf das schutzwürdige Interesse zu verlangen.

Blosses Glaubhaftmachen genügt nach Ansicht des Bundesgerichts demgegenüber nicht (vgl. E. 6.3.2; a.M. teils die Lehre [vgl. etwa SUTER/HAAG/NEUHAUS, Basler Kommentar OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 958e N 8]).

Auch für den Nachweis der Gläubigerstellung muss überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen. Die im Entscheid angesprochene Beweisnotkonstellation liegt darin begründet, dass gerade über die Gläubigerstellung im eingeleiteten Forderungsprozess noch gestritten wird. Dem Gläubiger ist es daher vielfach gar nicht möglich, bereits im Zeitpunkt des Einsichtsgesuchs den strikten Beweis für die Gläubigerstellung zu erbringen. Es kann daher nicht verlangt werden, dass der Gesuchsteller im summarischen Einsichtsverfahren ein vollwertiges Beweisverfahren über seine Gläubigereigenschaft führt oder erst den Forderungsprozess abschliessen muss. Stattdessen muss es ihm möglich sein, zuerst die Zahlungsfähigkeit einer Gesellschaft prüfen zu können, bevor er zusätzliche Mittel in einen Forderungsprozess investiert (vgl. E. 6.3.2).

Der Entscheid verdient Zustimmung. Würde das Regelbeweismass für die Rechtsdurchsetzung verlangt, wäre diese erschwert oder würde gar scheitern. Weil über das Einsichtsgesuch im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO) abschliessend geurteilt wird und nach erteilter Einsicht kein Raum mehr für ein ordentliches Verfahren über den Anspruch besteht, kann blosses Glaubhaftmachen aber nicht genügen (vgl. BGE 120 II 352, E. 2.b).