

4/2026

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

162. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
April 2026

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

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 356

en ligne+

Vos avantages en
un coup d'œil :
Page 356



Stämpfli
Verlag

Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024

Veröffentlicht in Band 150 sowie im Internet

Von Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern¹

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen

II. Personengesellschaften

1. Abgrenzung zwischen einfacher Gesellschaft und partiarischem Darlehen: Urteil 4A_371/2023 vom 27. Februar 2024
2. Abgrenzung zwischen der («offenen») einfachen Gesellschaft und der stillen Gesellschaft als Sonderform der einfachen Gesellschaft: Urteil 4A_342/2023 vom 5. Juni 2024
3. Einfache Gesellschaft; Darlehen; solidarische Haftung: Urteil 4A_77/2024 vom 3. Dezember 2024

III. Kapitalgesellschaften

1. Erstellung eines Abschlusses nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung: BGE 150 III 174 (Urteil 4A_369/2023 vom 3. Januar 2024)
2. Voraussetzungen einer Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle und Vermeidung der Konkurseröffnung durch Rangrücktrittsvereinbarung: BGE 150 III 315 (Urteil 5A_146/2024 vom 3. Juli 2024)
3. Bereinigung Sonderuntersuchungsbericht: Urteil 4A_527/2024 vom 18. Dezember 2024 (publiziert als BGE 151 III 336) und Verfügung 4A_527/2024 vom 31. Oktober 2024
4. Doppelter Organisationsmangel?: Urteil 4A_387/2023 und 4A_429/2023 vom 2. Mai 2024
5. Verantwortlichkeitsklage: Urteil 4A_62/2024 und 4A_76/2024 vom 17. Dezember 2024

¹ Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Ich danke Herrn Nicolas Briw, MLaw, für die Vorarbeiten, Frau RAin Michèle Lang, MLaw, für die kritische Durchsicht des Textes und Herrn Valentin Stadler, BLaw, für die Unterstützung bei der Zitatkontrolle.

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. Notorietät von Eintragungen in ausländischen Handelsregistern?: BGE 150 III 209 (Urteil 4A_639/2023 vom 3. April 2024)
2. Aktionärbindungsvertrag; Vorhandrecht: Urteil 4A_379/2024 vom 5. November 2024
3. Identische Firmen; Nichtigkeit einer Verfügung des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister?: Urteil 4A_64/2024 vom 26. Juni 2024
4. Verhältnis der Kostenverteilungsregel nach Art. 105 Abs. 3 FusG zur Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO: Urteil 4A_67/2024 vom 27. Februar 2024

I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung in Band 150 publizierten und ausgewählte weitere (nicht amtlich publizierte) Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2024 zum Gesellschaftsrecht besprochen. Das Bundesgericht bestätigt, konkretisiert und schärft seine Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht und klärt eine umstrittene Frage. 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. In diesem Bereich hat das Bundesgericht die in der Lehre umstrittene Frage, wie lange ein Aktionär Zeit hat, einen Jahresabschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu verlangen, geklärt (III.1.). Ferner hat es sich zu den Voraussetzungen einer Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle und zum spätestmöglichen Zeitpunkt einer Rangrücktrittsvereinbarung zur Vermeidung der Konkurseröffnung geäußert (III.2.). In weiteren Entscheiden hat es sich mit dem Bereinigungsverfahren im Rahmen eines Sonderuntersuchungsprozesses (III.3.), mit der Frage eines doppelten Organisationsmangels und seinen Folgen (III.4.) sowie einer Verantwortlichkeitsklage (III.5.) befasst.

Im Bereich der Personengesellschaften werden drei Entscheide, die sich mit der einfachen Gesellschaft befassen, erörtert. Dabei geht es jeweils um die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft von anderen Rechtsverhältnissen (einfache Gesellschaft/partiarisches Darlehen

[II.1.], einfache [offene] Gesellschaft/stille Gesellschaft [II.2.] sowie einfache Gesellschaft/Darlehen [II.3.]).

In vier weiteren gesellschaftsrechtlich relevanten, teils amtlich publizierten Urteilen hat sich das Bundesgericht mit der Frage der Notorietät von Eintragungen in ausländischen Handelsregistern (IV.1.), mit einem Vorhandrecht in einem Aktionärbindungsvertrag (IV.2.), mit identischen Firmen und in diesem Zusammenhang mit der Nichtigkeit einer Verfügung des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister betreffend die Eintragung einer Umfirmierung (IV.3.) sowie mit dem Verhältnis zwischen der Kostenverteilungsregel nach Art. 105 Abs. 3 FusG und der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO (IV.4.) befasst.

II. Personengesellschaften

1. **Abgrenzung zwischen einfacher Gesellschaft und partiarischem Darlehen: Urteil 4A_371/2023 vom 27. Februar 2024**

In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob die streitgegenständliche Vereinbarung als einfache Gesellschaft oder als partiarisches Darlehen zu qualifizieren war. Das Bundesgericht befasste sich bereits das zweite Mal mit diesem Fall. Mit Urteil 4A_139/2022 vom 9. September 2022 hatte es das damalige zweitinstanzliche Urteil aus zivilprozessualen Gründen aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Zug, zurückgewiesen. Damals fokussierte es auf die strittige Frage der notwendigen Streitgenossenschaft und setzte sich nicht näher mit der Auslegung der streitgegenständlichen Vereinbarung auseinander. Es liess vielmehr ausdrücklich offen, ob es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Parteien um einen Gesellschaftsvertrag handelte (vgl. dazu MÜLLER/LANG, ZBJV 2024, 5 ff.). Nachdem das Obergericht Zug erneut in der Sache entschieden hatte, gelangten die Parteien wiederum ans Bundesgericht. Im vorliegenden Entscheid ging es nun um die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung bzw. um die Frage, ob zwischen den Parteien eine einfache (stille) Gesellschaft oder ein partiarischer Darlehensvertrag bestand.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: C. erwarb im Jahr 1997 zwei Grundstücke, auf denen er eine Überbauung mit vier Türmen plante. Die A. GmbH und deren Geschäftsführer B. waren ab Ende 2000 in die Planung und Umsetzung des Projekts involviert. Mit den Bauarbeiten wurde 2003 begonnen.

Vor dem Hintergrund dieses gemeinsamen Bauprojekts unterzeichneten C. und die A. GmbH (vertreten durch B.) am 31. Oktober 2005 zwei Verträge. Der erste Vertrag wurde als «Vereinbarung» bezeichnet und der zweite als «Partiarischer Darlehensvertrag», wobei Letzterer der erstgenannten «Vereinbarung» als Beilage beigelegt wurde. Gemäss der «Vereinbarung» beabsichtigte die A. GmbH, mit Unterstützung von C. auf dessen Grundstücken das erwähnte Bauprojekt zu realisieren. Die A. GmbH sollte hierfür von C. die Grundstücke im Baurecht erhalten und gemäss dem «Partiarischen Darlehensvertrag» von diesem zusätzlich finanziell in Form eines Darlehens über CHF 20 Mio. unterstützt werden. Nach der etappenweisen Realisierung des Bauprojekts sollten die überbauten Grundstücke verkauft oder vermietet werden. Im Fall einer vollständigen oder teilweisen Vermietung sollte der nach bestimmten Kriterien zu berechnende Gewinn zu 85% C. und zu 15% der A. GmbH zukommen. Diesen Gewinnbeteiligungsanspruch sollte C. gemäss dem «Partiarischen Darlehensvertrag» auch dann behalten, wenn das Darlehen zurückbezahlt wurde. Ferner vereinbarten die Parteien ein gegenseitiges Konkurrenzverbot, und als Sicherheit für die Rückzahlung des Darlehens sollten die «auf dem Baurechtsland erstellten Gebäude» dienen.

Die vereinbarte Darlehenssumme in der Höhe von CHF 20 Mio. wurde von C. geleistet und von der A. GmbH einige Jahre später zurückbezahlt. Das vereinbarte Baurecht wurde hingegen nie rechtsgültig errichtet. C. verkaufte schliesslich im Jahr 2007 die Grundstücke an die A. GmbH. Nachdem im Sommer 2013 die letzte Bauetappe abgeschlossen war, vermietete die A. GmbH die erstellten Räumlichkeiten an Dritte und nahm die Mietzinse ein. In der Folge kam es zum Streit zwischen den Parteien über die Beteiligung von C. an den Mieterträgen.

Im Januar 2016 klagte C. gegen die A. GmbH und B. und verlangte von ihnen (unter solidarischer Haftbarkeit) seinen Anteil an den von der A. GmbH erwirtschafteten Mieteinnahmen in der Höhe von rund CHF 11 Mio. nebst Zins. Soweit ersichtlich, äusserte sich damals keine der Parteien in den Rechtsschriften dahingehend, dass

zwischen ihnen eine (einfache) Gesellschaft bestehe (vgl. BGer 4A_139/2022 vom 9.9.2022, E. 5.3.2). Das Kantonsgericht Zug legte die «Vereinbarung» sowie den «Partiarischen Darlehensvertrag» aus. Es war der Ansicht, beide Vertragsurkunden dienten der Regelung *eines* Geschäfts, nämlich der Realisierung des gemeinsamen Bauprojekts und dessen anschliessendem Verkauf oder Vermietung (KGer ZG A1 2016 7 vom 18.12.2019, E. 3.5). Aufgrund einer ganzheitlichen Auslegung kam es zum Schluss, dass die Parteien (d. h. die A. GmbH, B. und C.) eine einfache (stille) Gesellschaft bildeten (KGer ZG A1 2016 7 vom 18.12.2019, E. 3.6.4), und verurteilte die A. GmbH zur Zahlung von rund CHF 9 Mio. nebst Zins an C.

Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die A. GmbH als auch B. je separat Berufung. Beide Berufungen wurden im Februar 2022 aus prozessualen Gründen vom Obergericht des Kantons Zug abgewiesen. Die A. GmbH und B. gelangten in der Folge gemeinsam an das Bundesgericht, das – wie ausgeführt – deren Beschwerde guthiess, das Urteil aufhob und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwies (BGer 4A_139/2022 vom 9.9.2022, E. 5 f.).

Im vorliegend thematisierten Entscheid hielt das Bundesgericht vorab fest, dass die Grundlage für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages dessen Inhalt sei. Dieser sei durch Auslegung zu ermitteln, wobei primär das Willens- und subsidiär das Vertrauensprinzip gelte (E. 6.3.1). Stehe der Vertragsinhalt fest, sei in einem zweiten Schritt die Vereinbarung rechtlich einzuordnen. Die von der Vorinstanz (ebenso wie von der Erstinstanz) vorgenommene ganzheitliche Auslegung sei nicht zu beanstanden (E. 6.10). Die Gerichte waren der Ansicht, die «Vereinbarung» von 2005 und der zweite Vertrag hätten beide der Realisierung des Projekts gedient, weshalb ein einheitliches Geschäft vorliege. Im Sinne einer ganzheitlichen Auslegung seien beide Vertragsurkunden beizuziehen (vgl. E. 6.8.1 und 6.10).

Die Abgrenzung zwischen partiarischen Rechtsgeschäften (v. a. dem partiarischen Darlehen) und der einfachen Gesellschaft kann im Einzelfall schwierig sein (E. 6.3.3). Weil die rechtliche Qualifikation eines Vertrags eine Rechtsfrage ist, kann sie vom Bundesgericht – aufgrund der festgestellten Tatsachen – frei überprüft werden (vgl. E. 6.3.1). Vorliegend konnte sich das Bundesgericht somit zur Qualifikation der «Vereinbarung» und des «Partiarischen Darlehensvertrags», der Beilage der Vereinbarung war, äussern (E. 6.3 ff.). Es kam dabei zum Schluss, dass die Ansicht der Vorinstanz, wonach sich das Rechts-

verhältnis zwischen C. und der A. GmbH als einfache Gesellschaft qualifiziere, nicht zu beanstanden sei (vgl. E. 6.8 ff., 6.20 und 7.2).

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium zwischen der einfachen Gesellschaft und einem partiarischen Rechtsverhältnis ist der sog. *animus societatis*, mithin die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln, der lediglich bei einem Gesellschaftsverhältnis gegeben ist (vgl. E. 6.20; vgl. dazu auch MÜLLER/FELDER, Partiarisches Darlehen oder einfache Gesellschaft?, in: Recht suchen, Liber comitum für Jörg Schmid, Hürlimann-Kaup et al. [Hrsg.], 2024, 257 ff., 262 f.). Daneben bestehen zahlreiche Indizien für oder gegen einen Gesellschaftsvertrag. Wichtigstes Indiz für das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrags sind Mitsprache- und Mitwirkungsrechte. «Bedingt sich ein Geldgeber [...] Mitsprache- oder gar Mitwirkungsrechte bei der Geschäftstätigkeit aus, die über eine gewöhnliche Kontrolle hinausgehen, wie sie beim Darlehen üblich ist, liegt ein starkes Indiz für eine einfache Gesellschaft vor» (E. 6.3.3). Vorliegend gab es ein «Projektleitungsgremium», welches über alle wesentlichen Angelegenheiten entscheiden und dessen Vorsitz B. als Einzelunterschriftsberechtigter übernehmen sollte. Dies sprach nach Ansicht der Gerichte für umfassende Mitsprache- oder gar Mitwirkungsrechte (E. 6.15.2).

Ferner gehören zu den Abgrenzungskriterien die Verlustbeteiligung des Geldgebers, das Fehlen von Sicherheiten, die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses und ein Konkurrenzverbot. Im vorliegenden Fall überwogen die Indizien für einen Gesellschaftsvertrag, sodass die Gerichte zu Recht von einer (stillen) einfachen Gesellschaft ausgegangen sind (vgl. auch MÜLLER/FELDER, Partiarisches Darlehen oder einfache Gesellschaft?, in: Recht suchen, Liber comitum für Jörg Schmid, Hürlimann-Kaup et al. [Hrsg.], 2024, 257 ff., 264 ff.).

Weil keine der Parteien behauptet hatte, es liege eine einfache Gesellschaft vor, stand die Frage im Raum, ob das Kantonsgericht Zug, das bereits im erstinstanzlichen Urteil von einer einfachen Gesellschaft ausging, ein Überraschungsurteil gefällt hatte. Das Bundesgericht vereinte dies und hielt fest, es bestehe grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden (E. 6.7.1). Die Parteien könnten nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass das Gericht ihrer rechtlichen Würdigung

folgen werde. Die A. GmbH – die sich gegen die Qualifikation des Rechtsverhältnisses als einfache Gesellschaft stellte – würde nicht überzeugend darlegen, weshalb sie mit dieser Qualifikation vernünftigerweise nicht hätte rechnen müssen (E. 6.7.2 und 6.7.3).

In den meisten Fällen machen sich die Parteien keine Gedanken über die rechtliche Qualifikation ihres Vertragsverhältnisses. Spätestens wenn sich ein Gericht – von Amtes wegen (vgl. Art. 57 ZPO [«iura novit curia»]) – mit der juristischen Einordnung des Vertrags auseinandersetzt, kommt es nicht selten zu Überraschungen. Die Qualifikation hat unter Umständen nämlich erhebliche praktische Konsequenzen (vgl. FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, 2006, Art. 530 N 76 m. w. H. in Bezug auf die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft vom partiarischen Darlehen). Im vorliegenden Fall sind in Bezug auf die vertragsrechtliche Auslegung und Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien weniger die Erwägungen des Bundesgerichts als vielmehr diejenigen der Vorinstanzen von Interesse. Diese haben sich ausführlich mit der Qualifikation des Rechtsverhältnisses befasst (vgl. OGer ZG Z1 2020 5 vom 18. 2. 2022, E. 3.4 ff.; KGer ZG A1 2016 7 vom 18. 12. 2019, E. 3 ff.).

Eine Besprechung (in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht) des ersten vom Bundesgericht in dieser Sache gefällten Urteils (BGer 4A_139/2022 vom 9. 9. 2022) findet sich bei MÜLLER/FELDER, Partiarisches Darlehen oder einfache Gesellschaft?, in: Recht suchen, Liber comitum für Jörg Schmid, Hürlimann-Kaup et al. (Hrsg.), 2024, 257 ff.; vgl. ferner MÜLLER/LANG, ZBJV 2024, 5 ff.

2. Abgrenzung zwischen der («offenen») einfachen Gesellschaft und der stillen Gesellschaft als Sonderform der einfachen Gesellschaft: Urteil 4A_342/2023 vom 5. Juni 2024

In diesem Fall stellte sich die Frage, ob zwischen den Parteien eine «offene» einfache Gesellschaft oder eine stille Gesellschaft bestand. Die Klärung dieser Frage war von entscheidender Bedeutung, weil Art. 544 Abs. 3 OR, der eine solidarische Haftung der einfachen Gesellschafter statuiert, bei der stillen Gesellschaft nicht anwendbar ist.

Dem französischsprachigen Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Auf zwei Parzellen wurden ein Chalet und ein Wellnesscenter gebaut. Die A. SA erledigte die Elektroinstallationsarbeiten, wurde aber nicht vollständig bezahlt (Restbetrag von rund CHF 219 000.–). Zur Zeit des mündlichen Vertragsschlusses war C. Grundeigentümer. Später erwarb B., ein reicher Ausländer, die Parzellen. Die A. SA hatte Kontakt sowohl mit C. als auch mit B. C. hatte die A. SA für die Ausführung der Elektroarbeiten ausgewählt. B. kannte den Geschäftsführer der A. SA und nahm an verschiedenen Gesprächen teil. Strittig war schliesslich, mit wem die A. SA den Werkvertrag abgeschlossen hatte und wer daher den Restbetrag schuldete. Der Architekt konnte nicht sagen, wer formell die A. SA beauftragt hatte. Es herrschte demnach Uneinigkeit darüber, wer Vertragspartner der A. SA war und ob B. und C. eine einfache Gesellschaft bildeten.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen fest, dass sich B. und C. intern durch einen Gesellschaftsvertrag zur Förderung des Projekts verbunden hätten. Ein Dritter könne einen stillen Gesellschafter, mit dem er in Kontakt stehe, nicht belangen, wenn er wisse, dass der stille Gesellschafter nicht aus der «verdeckten» Rolle, die er sich im Gesellschaftsverhältnis zgedacht hatte, ausbrechen wollte. Dies gelte sogar dann, wenn der stille Gesellschafter an den Gesprächen, die zum Vertragsabschluss führten, beteiligt gewesen sei (E. 5.2.2.2). Trete der stille Gesellschafter hingegen offen als Gesellschafter gegenüber dem Dritten auf, müsse der Dritte im Vertrauen auf den erweckten Anschein geschützt werden und der stille Gesellschafter hafte solidarisch für eine Schuld der «Gesellschaft» (E. 5.2.2.2).

Grundlage für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses sei der Inhalt. Dieser sei durch Auslegung zu ermitteln, wobei primär das Willens- und subsidiär das Vertrauensprinzip gelte (E. 5.1). Die Tatsache, dass eine einfache Gesellschaft intern existiere, bedeute noch nicht, dass sie auch extern, in diesem Fall gegenüber der A. SA, bestehe (E. 5.3.2).

Die Gerichte waren vorliegend der Ansicht, dass B. und C. gegenüber der A. SA nicht in dem Masse zum Ausdruck brachten, eine («offene») einfache Gesellschaft zu bilden, wie dies nach dem Vertrauensgrundsatz oder dem wirksamen Schein erforderlich wäre. Daher gingen sie davon aus, dass B. und C. eine stille Gesellschaft bildeten (E. 5.3.2). Dies hatte zur Folge, dass B. nicht gestützt auf

Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch für die Schuld belangt werden konnte (E. 5.3.2).

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen, auch wenn die Begründung nicht über jeden Zweifel erhaben ist (so auch VISCHER/GALLI, SZW 2025, 234). Eine Kundgabe der Gesellschaft nach aussen hatte vorliegend nicht stattgefunden. Damit war Art. 543 Abs. 3 OR nicht anwendbar. C. trat als Eigentümer der Grundstücke im Aussenverhältnis als Hauptgesellschafter auf. B. hingegen war stiller Gesellschafter. Sein «Wirken» im Aussenverhältnis war nach Ansicht der Gerichte zu gering, um von einer (offenen) einfachen Gesellschaft auszugehen. Daher haftete er nicht für den Restbetrag. Im Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach ein stiller Gesellschafter Dritten gegenüber nicht haftet, sofern er nicht aus seiner Rolle als stiller Gesellschafter ausbricht.

Eine Besprechung des Urteils 4A_342/2023 findet sich auch bei VISCHER/GALLI, SZW 2025, 220 ff.; vgl. ferner CHERNAYA/GALLI/VISCHER, in: dRSK, publiziert am 11. 8. 2025.

3. Einfache Gesellschaft; Darlehen; solidarische Haftung: Urteil 4A_77/2024 vom 3. Dezember 2024

Vorliegend stellte sich die Frage, ob ein Ehepaar eine einfache Gesellschaft bildete und die Ehefrau folglich Solidarschuldnerin aus einem Darlehensvertrag war.

Dem französischsprachigen Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: D. und C. führten während ihrer Ehe gemeinsam ein Bistro sowie ein Restaurant, deren Betreiberin die G. SA war. D. und C. waren an der G. SA zu gleichen Teilen als Aktionäre beteiligt. D. nahm ein Darlehen über CHF 60 000.– bei seinen Eltern B. und A. auf. C. erhielt von ihrer Mutter ein Darlehen über CHF 50 000.– und zahlte später CHF 5000.– an die Schwiegereltern zurück, um die «Investitionen auszugleichen». Im Dezember 2013 nahm D. ein weiteres Darlehen über CHF 100 000.– bei seinen Eltern auf. Im Februar 2015 gewährten die Eltern der G. SA zudem ein Darlehen über CHF 40 000.–, wobei kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde. 2021 klagten B. und A. gegen C. und forderten von ihr die Zahlung von CHF 195 000.– zuzüglich Zinsen. Sie machten im Wesentlichen geltend, die von ihnen gewährten Darlehen hätten sie ihrem Sohn und – der nunmehr von

diesem geschiedenen – C. gegeben, die somit solidarisch für die Rückzahlung haften würde. Weil C. lediglich CHF 5000.– zurückbezahlt habe, schulde sie noch den eingeklagten Restbetrag.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen vorab fest, der Streit drehe sich um die Frage, ob C. Schuldnerin der von B. und A. gewährten Darlehen sei. Eine Verpflichtung könne sich daraus ergeben, dass C. sich entweder durch diese Verträge persönlich verpflichtet habe oder solidarisch mit D. hafte, weil dieser die Darlehensverträge als Vertreter der einfachen Gesellschaft, welche die Ex-Eheleute gebildet hätten, abgeschlossen habe (E. 3 und 6.1). Anschliessend erörterte das Bundesgericht die Merkmale der einfachen Gesellschaft und führte aus, eine einfache Gesellschaft könne durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden und auch dann bestehen, wenn die Parteien die korrekte Qualifikation ihrer Beziehung nicht kennen würden (E. 5.1). Schliesslich nimmt das Bundesgericht Bezug auf die gesetzliche Regelung der Vertretung (Art. 543 OR) und Haftung (Art. 544 Abs. 3 OR) bei der einfachen Gesellschaft (E. 5.2 und 5.3).

In Bezug auf die Frage, ob C. für die Rückzahlung der Darlehen haftet, hielt das Bundesgericht fest, B. und A. würden lediglich behaupten, D. habe den Darlehensvertrag «auf Rechnung der einfachen Gesellschaft», die er mit C. gebildet hätte, abgeschlossen. Dabei würden sie verkennen, dass die solidarische Verpflichtung von C. nicht davon abhängt. Erforderlich wäre vielmehr gewesen, dass D. im Namen der (mutmasslichen) einfachen Gesellschaft oder aller Gesellschafter gehandelt hätte (Art. 543 Abs. 2 OR) oder dass aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis hätte geschlossen werden können (Art. 32 Abs. 2 OR). Dies sah das Bundesgericht nicht als erwiesen an (E. 6.1).

Dass der angebliche Grund für die Gewährung der Darlehen die Begleichung der Steuerrückstände des Ehepaars C. und D. sowie die Zahlung der Löhne ihrer Angestellten gewesen wäre, war nach Ansicht des Gerichts nicht entscheidend. Mit diesen Motiven lasse sich weder nachweisen, dass C. den Vertrag selbst abgeschlossen habe, noch dass D. im Namen der mutmasslichen einfachen Gesellschaft oder aller Gesellschafter gehandelt habe, und auch nicht, dass B. und A. dies aus den Umständen hätten schliessen dürfen (Art. 32 Abs. 2 OR) (E. 6.2.2). Aus den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanzen ergab sich nichts anderes (E. 7). Weil C. nicht Schuldnerin der Darlehensverträge geworden sei, sei auch nicht entscheidend, dass D. Schuldanerkennungen bezüglich der streitigen Darlehen unterzeichnet habe (E. 6.2.1 f.).

Das Bundesgericht verneinte daher eine solidarische Haftung von C. und wies die Beschwerde von A. und B. ab.

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Entscheidend war, wen D. rechtswirksam vertreten und damit verpflichtet hatte. Weil nicht erstellt war, dass D. im Namen der einfachen Gesellschaft, die er angeblich mit C. gebildet hatte, oder im Namen aller Gesellschafter gehandelt hatte, und A. und B. auch nicht aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen durften, konnte nicht von einer Verpflichtung von C. ausgegangen werden.

III. Kapitalgesellschaften

1. **Erstellung eines Abschlusses nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung: BGE 150 III 174 (Urteil 4A_369/2023 vom 3. Januar 2024)**

In diesem Entscheid stellte sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Aktionär spätestens verlangen muss, dass der Jahresabschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt wird.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. AG und die B. AG sind zwei Holdinggesellschaften. Die A. AG besitzt 20% des Aktienkapitals der B. AG. Mit Schreiben vom 17. Juli 2020 verlangte die A. AG von der B. AG, eine ordentliche Revision durchzuführen und alle vergangenen, gegenwärtigen und künftigen Jahresrechnungen, die noch nicht von der Generalversammlung genehmigt wurden, nach «Swiss GAAP FER» zu erstellen. An der Generalversammlung vom 30. September 2020 wurden die Jahresrechnungen 2018 und 2019 genehmigt. Der Antrag der A. AG war nicht traktandiert worden. Die A. AG erhob daraufhin Klage und beantragte, dass die Abschlüsse 2018, 2019, 2020 sowie die künftigen Abschlüsse zuzätzlich nach «Swiss GAAP FER» erfolgen.

Nach Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR können Gesellschafter, die mindestens 20% des Grundkapitals vertreten, einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung verlangen. In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht vorab fest, dass ein Aktionär diesen Anspruch mit Klage durchsetzen könne, wenn der Verwaltungs-

rat seinem (berechtigten) Ersuchen keine Folge leiste (E. 3.2). Art. 962 Abs. 2 OR sagt nicht, bis zu welchem Zeitpunkt der Aktionär den Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung verlangen kann bzw. muss (E. 5.1). In der Literatur werden verschiedene Ansichten vertreten (vgl. dazu E. 3.3.1 ff.). Das Bundesgericht legte folglich die Bestimmung unter Vornahme einer Interessenabwägung aus (E. 5.4 und 6.4). Dabei ging es in konstanter Rechtsprechung von einem «pragmatischen Methodenpluralismus» aus (E. 4). Ziel sei – so das Bundesgericht – ein «Auslegungsergebnis, das praktikabel ist und Rechtssicherheit schafft» (E. 4).

Nach Ansicht des Bundesgerichts spricht der Minderheitenschutz dafür, dass der Aktionär das Antragsrecht möglichst lange geltend machen kann. Art. 962 Abs. 2 OR ist ein Minderheitenrecht. Es soll die Minderheitsgesellschafter in die Lage versetzen, den Wert ihrer Beteiligung realistisch einzuschätzen. Der Abschluss nach einem anerkannten Standard dient letztlich dazu, ein möglichst den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der wirtschaftlichen Lage zu vermitteln (*fair presentation*) (E. 5.4 [*teleologische Auslegung*]). Praktikabilitätsüberlegungen sowie die Ressourcen der Gesellschaft hingegen sprechen dafür, dass der Aktionär das Antragsrecht möglichst frühzeitig geltend machen muss. Die Umstellung des Rechnungslegungsstandards benötigt zeitliche und finanzielle Ressourcen der Gesellschaft. Diese muss genügend Zeit für die Erstellung des Abschlusses, dessen Prüfung und fristgerechte Vorlage an die Generalversammlung zur Verfügung haben (E. 5.4 und 6.1). Aufgrund der Auslegung gelangte das Bundesgericht schliesslich zum Ergebnis, dass der Antrag spätestens sechs Monate vor dem Stichtag der Abschlussbilanz des betreffenden Geschäftsjahrs gestellt werden muss (E. 6.6). Die Generalversammlung findet innerhalb der ersten sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres statt (Art. 699 Abs. 2 OR). Innerhalb dieser Zeit muss der Geschäftsbericht samt Jahresrechnung erstellt und der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden (Art. 958 Abs. 3 OR).

Vorliegend wurde der Antrag erst am 17. Juli 2020 gestellt. Eine rückwirkende Antragstellung für 2018 und 2019 ist unzulässig. Für das laufende Geschäftsjahr 2020 kam der Antrag 17 Tage zu spät. Daher konnte der Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung für die Jahre 2018–2020 nicht verlangt werden (E. 6.7).

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Interessenabwägung, die das Bundesgericht vorgenommen hat, ist nachvollziehbar. Will ein Aktionär einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung verlangen (Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR), muss er den Antrag spätestens sechs Monate vor dem Stichtag der Abschlussbilanz des betreffenden Geschäftsjahrs stellen.

Eine Besprechung zu BGE 150 III 174 findet sich bei ZIHLER, AJP 2024, 369 ff.; vgl. ferner HEINIMANN/HAUNREITER, in: dRSK, publiziert am 19. 8. 2024.

2. Voraussetzungen einer Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle und Vermeidung der Konkurseröffnung durch Rangrücktrittsvereinbarung: BGE 150 III 315 (Urteil 5A_146/2024 vom 3. Juli 2024)

Im vorliegenden Entscheid stellten sich vorab zwei Fragen. Erstens: Was ist bei einer Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle zu beachten? Zweitens: Bis zu welchem Zeitpunkt kann die Konkurseröffnung durch die Vereinbarung eines Rangrücktritts bezüglich eines Darlehens vermieden werden?

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. AG bezweckte u. a. die Beratung im Bereich der Vermögensverwaltung. Die B. AG war die Revisionsstelle der A. AG. Bei der eingeschränkten Prüfung der Jahresrechnung 2022 stellte die B. AG fest, dass die A. AG überschuldet war, und konfrontierte die Gesellschaft mit der Überschuldung und den möglichen Konsequenzen. Die A. AG reagierte allerdings nicht auf das Schreiben der B. AG. In der Folge reichte die B. AG eine Überschuldungsanzeige beim zuständigen Gericht ein, welches den Konkurs über die A. AG eröffnete.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen vorab fest, dass auf den vorliegenden Fall die revidierten Bestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung gelangen (E. 3 [nicht publiziert]). In erster Linie sei es die Pflicht des Verwaltungsrats, im Falle einer Überschuldung der Gesellschaft das Gericht zu benachrichtigen (Art. 725b Abs. 3 OR). Daneben treffe auch die Revisionsstelle die subsidiäre Pflicht, bei einer offensichtlichen Überschuldung und anhaltender Säumnis des Verwaltungsrats die Bilanz zu deponieren (Art. 729c OR [eingeschränkte Revision] bzw. Art. 728c Abs. 3 OR [ordentliche Revision]). Dabei

handle es sich um eine Ersatzvornahme gegenüber dem säumigen Verwaltungsrat. Zweck der Bilanzdeponierungspflicht sei in beiden Fällen die Verhinderung der Konkursverschleppung (E. 4.2).

Die Revisionsstelle sei nur bei *offensichtlicher* Überschuldung verpflichtet, das Gericht zu benachrichtigen. Die Überschuldung müsse nicht gross sein, um als offensichtlich zu gelten. Es genüge, dass sie sich klar aus den Umständen ergebe (E. 5.2). Die Revisionsstelle sei dabei nicht verpflichtet, selbst und unentgeltlich einen Zwischenabschluss zu erstellen (vgl. dazu Art. 725b Abs. 1 OR). Müsse sie in der Überzeugung des Vorliegens einer offensichtlichen Überschuldung das Gericht selbst benachrichtigen, werde sie den Tatbestand der Überschuldung regelmässig auf eine andere Art – z. B. durch eine an die letzte Bilanz anknüpfende Darstellung – glaubhaft machen müssen (E. 5.3). Im Verfahren gelte der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht habe daher grundsätzlich mit einer kurzen, aber angemessenen Frist – vom Verwaltungsrat – die Nachreichung der geprüften Zwischenabschlüsse zu verlangen, sofern alle verfügbaren Informationen das Bild einer Überschuldung nach Fortführungs- und Liquidationswerten zeigten (E. 5.4). Werde dieser Aufforderung nicht entsprochen, sei das Gericht berechtigt, auf das Vorliegen einer Überschuldung zu schliessen und ohne Weiteres den Konkurs zu eröffnen, «und zwar umso eher, je weniger der Verwaltungsrat die Fakten belegt und je deutlicher er Anzeichen von Realitätsverlust erkennen lässt» (E. 5.4).

Die Benachrichtigung des Gerichts kann nach Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR unterbleiben, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst. In diesem Fall wird der Konkurs nicht eröffnet. In Bezug auf die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Konkurseröffnung durch die Vereinbarung eines Rangrücktritts bezüglich eines Darlehens vermieden werden kann, hat das Bundesgericht ausgeführt, ein Rangrücktritt sei im erstinstanzlichen Verfahren bis zur Urteilsfällung zu beachten (vgl. Untersuchungsgrundsatz [Art. 255 lit. a ZPO]) (E. 6.2.2).

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Muss die Revisionsstelle die Überschuldungsanzeige vornehmen, kann von ihr nicht verlangt werden, dass sie einen gesetzeskonformen Zwischenabschluss auf eigene Kosten erstellt. Fehlt ein geprüfter Zwischenabschluss, hat das Kon-

kursgericht diesen vom Verwaltungsrat unter Ansetzung einer kurzen Frist einzufordern. Der Verwaltungsrat ist denn auch zuständig, die Zwischenabschlüsse erstellen zu lassen (Art. 725b Abs. 1 OR).

Rangrücktritte sind bis zur Fällung des erstinstanzlichen Urteils zu beachten. Dabei bleibt die Darlehensschuld mit Rangrücktritt bilanziell Fremdkapital, wird bei der Prüfung der Überschuldung aber wie Eigenkapital behandelt (vgl. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR; E. 6.2.2). In der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, der entsprechende Betrag dürfe keinesfalls aus dem Fremdkapital ausgebucht werden (statt vieler BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 N 222). Ein Teil der Lehre hält es daher für unangebracht, von einer «Art Eigenkapital» (so aber HANDSCHIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl. 2018, Art. 725 N 121) oder «materiellem Eigenkapital» zu sprechen (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 N 222; a.M. offenbar HANDSCHIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl. 2018, Art. 725 N 27 [wo von «neuem Eigenkapital» die Rede ist] und N 120 f.). Andere Autoren weisen demgegenüber darauf hin, dass mit einem Rangrücktritt versehenes Fremdkapital zwar formell kein Eigenkapital sei, materiell aber «eigenkapitalähnlich» (KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, Basler Kommentar, OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 725b N 56, u. a. unter Hinweis auf Art. 757 Abs. 4 OR).

**3. Bereinigung Sonderuntersuchungsbericht: Urteil
4A_527/2024 vom 18. Dezember 2024 (publiziert als
BGE 151 III 336) und Verfügung 4A_527/2024 vom
31. Oktober 2024**

Das Verfahren 4A_527/2024 ist das Folgeverfahren nach dem Urteil 4A_84/2023 vom 9. Oktober 2023, in dem das Bundesgericht die Beschwerde der A. AG gegen die Anordnung einer Sonderprüfung abgewiesen hatte (vgl. dazu MÜLLER, ZBJV 2025, 217 ff. m. w. H.). Nachdem die Sonderprüferin ihren Bericht vorgelegt hatte, beantragte die A. AG die Nichtoffenlegung von bestimmten Stellen wegen überwiegender Interessen der Gesellschaft. Das Obergericht Zug wies die Begehren ab. Die A. AG erhob daraufhin Beschwerde ans Bundesgericht. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2024 entschied das Bundesgericht, dass das Bereinigungsverfahren nach aArt. 697e Abs. 2

OR (bzw. Art. 697g Abs. 2 OR) kein kontradiktorisches Verfahren sei (E. 3; vgl. auch BGE 151 III 336, E. 2.3.1). Der Richter entscheide im Bereinigungsverfahren vielmehr auf Begehren der Gesellschaft ohne Beteiligung der Gesuchsteller des Sonderprüfungsverfahrens. Diese seien in der Phase der Bereinigung nicht anzuhören und auch nicht über Streichungsbegehren der Gesellschaft nach aArt. 697e Abs. 2 OR zu informieren. Erst nach Abschluss des Bereinigungsverfahrens könnten sie zum (bereinigten) Bericht Stellung nehmen und Ergänzungsfragen stellen (aArt. 697e Abs. 3 OR). Dies sei die einzige Möglichkeit der gesuchstellenden Aktionäre, auf den Sonderprüfungsbericht einen gewissen Einfluss zu nehmen (E. 3).

Das Bereinigungsverfahren ist demnach ohne Beteiligung der gesuchstellenden Aktionäre durchzuführen. Den im vorinstanzlichen Urteil und in der Beschwerdeschrift als Beschwerdegegner aufgeführten gesuchstellenden Aktionären kam somit keine Parteistellung zu. Entsprechend war das Obergericht des Kantons Zug als Beschwerdegegner ins Verfahren aufzunehmen (vgl. E. 3).

Im anschliessenden Urteil 4A_527/2024 vom 18. Dezember 2024 (publiziert als BGE 151 III 336) äusserte sich das Bundesgericht zu weiteren Aspekten des Bereinigungsverfahrens im Sonderuntersuchungsprozess, insbesondere zum dabei vom Gericht anzuwendenden «Prüfprogramm» bezüglich eines Streichungsbegehrens der Gesellschaft. Dieses Urteil wird ausführlich in der Rechtsprechungsübersicht zu Band 151 besprochen und gewürdigt. An dieser Stelle muss es mit folgender Bemerkung sein Bewenden haben: Weil die gesuchstellenden Aktionäre erst nach Abschluss des Bereinigungsverfahrens zum (bereinigten) Bericht Stellung nehmen und Ergänzungsfragen stellen können (aArt. 697e Abs. 3 OR bzw. Art. 697g Abs. 3 OR), muss das Gericht ihnen (und der Gesellschaft) aber *ausdrücklich* dazu Gelegenheit einräumen. Dies hat das Bundesgericht in einem früheren Entscheid klargestellt (BGE 145 III 446, E. 4.4).

4. **Doppelter Organisationsmangel?: Urteil 4A_387/2023 und 4A_429/2023 vom 2. Mai 2024**

Im vorliegenden Fall war streitig, ob ein doppelter Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat und fehlende Revisionsstelle) vorlag. Der Entscheid beschlägt damit zwei zentrale Problemkreise,

nämlich einerseits die Frage, ob eine nicht rechtzeitig wiedergewählte Verwaltungsrätin als faktisches Organ eine Generalversammlung einberufen kann und ob die von einer solchen Generalversammlung gefassten Beschlüsse gültig sind. Andererseits war die Frage zu beantworten, wann die Amtsdauer der Revisionsstelle endet. In Anbetracht der Bedeutung dieser Probleme ist es erstaunlich, dass das Urteil nicht amtlich publiziert wurde. Vielleicht ist dies aber auch ein (gutes) Zeichen dafür, dass in dieser Sache noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Ferner stand im Entscheid die Frage im Raum, ob ein qualifizierter Interessenkonflikt vorlag (vgl. dazu MÜLLER/WOLFISBERG, SZW 2025, 548 ff.). Im Folgenden wird auf die Problematik des doppelten Organisationsmangels eingegangen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die B. AG bezweckt insbesondere die Beteiligung an anderen Gesellschaften sowie deren Verwaltung und Finanzierung und ist in diesem Rahmen Alleineigentümerin verschiedener Gesellschaften. Einzige Verwaltungsrätin der B. AG ist laut Handelsregistereintrag C. Revisionsstelle der Gesellschaft ist die I. AG. C. und A. halten je 225 Aktien an der B. AG. Dies entspricht je einem Kapital- und Stimmenanteil von 45%. Die dritte Aktionärin ist J., die minderjährige Tochter der C., mit einem Kapital- und Stimmenanteil von 10%.

Im August 2022 reichte A. beim Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters und Ergreifung erforderlicher Massnahmen nach Art. 731b OR ein. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die B. AG verfüge weder über einen rechtsgültig gewählten Verwaltungsrat noch über eine rechtsgültig gewählte Revisionsstelle, weil keine rechtzeitigen Wiederwahlen erfolgt seien. Der Einzelrichter wies nach erfolgter Zulassung von C. und eines weiteren Nebenintervenienten das Gesuch ab.

Gegen diesen Entscheid erhob A. Berufung beim Obergericht Zug und beantragte die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung. Eventualiter verlangte er u. a. die Bestellung eines unabhängigen Sachwalters und einer unabhängigen Revisionsstelle sowie die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse, welche an der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 gefasst worden waren. Das Obergericht hiess die Berufung teilweise gut und hob den erstinstanzlichen Entscheid auf. Es setzte C. für eine befristete Zeit als Verwaltungsrätin mit Einzelunterschrift ein und auferlegte ihr die Verpflichtung, die

Aktionäre zu einer Generalversammlung einzuladen, an welcher die Wahl des Verwaltungsrats zu traktandieren sei, und diese Generalversammlung durchzuführen.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte A. beim Bundesgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Bestellung eines unabhängigen Sachwalters. Die B. AG erhob ebenfalls Beschwerde in Zivilsachen und beantragte die teilweise Aufhebung des Urteils des Obergerichts sowie die Abweisung des Gesuchs von A. Das Bundesgericht vereinigte die beiden Verfahren und wies die Beschwerden ab.

In seinen Erwägungen stellte das Bundesgericht vorab klar, dass ein Verwaltungsrat nach Ablauf seiner Amtszeit keine Generalversammlung mehr einberufen kann, die gültig über seine Wiederwahl beschliesst (E. 6.2.2). C. war im Zeitpunkt der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 infolge Zeitablaufs nicht mehr formelles Organ der B. AG und somit nicht befugt, zur Generalversammlung einzuladen. Die Generalversammlung der B. AG war demnach von einer nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrätin und damit durch ein unzuständiges Organ einberufen worden. Weil es sich nicht um eine Universalversammlung i. S. v. Art. 701 OR gehandelt hatte, erachtete das Bundesgericht die Beschlüsse der Generalversammlung der B. AG vom 31. Mai 2022 als nichtig (E. 6.3.2). In Bezug auf den Verwaltungsrat ging das Bundesgericht von einem Organisationsmangel aus (E. 6.4).

Trotz dieser Rechtslage müsse der faktische Verwaltungsrat – so das Bundesgericht weiter – alles Notwendige zur Herstellung des rechtmässigen Zustands vorkehren und insbesondere dafür sorgen, dass eine Generalversammlung einberufen und durchgeführt werde. Dies könne beispielsweise dadurch geschehen, dass er auf die Durchführung einer Universalversammlung hinwirke (E. 6.2.2). Wenn ein faktischer Verwaltungsrat selbst zu einer ordentlichen Generalversammlung einladen dürfte, würde dies die Stellung eines faktischen Verwaltungsrats derjenigen eines formellen Organs zu stark annähern. Das Bundesgericht lehnte eine solche Annäherung mit dem Argument ab, dass die Rechtsfigur des faktischen Organs primär einen Haftungstatbestand darstelle (E. 6.2.2).

In Bezug auf die Frage nach der Beendigung der Amtsdauer der Revisionsstelle führte das Bundesgericht aus, dass nach Art. 730a Abs. 1 OR die Amtszeit der Revisionsstelle mit der Abnahme der

letzten Jahresrechnung ihrer Amtsperiode endet. Bereits unter dem Aktienrecht von 1936 sei entschieden worden, dass die Amtszeit der Revisionsstelle bei fehlender Durchführung der ordentlichen Generalversammlung automatisch verlängert werde und so lange weiterdauere, bis wieder eine Generalversammlung durchgeführt werde (BGE 86 II 171). Ferner entspreche es auch der herrschenden Lehre, dass die Amtszeit der Revisionsstelle im Gegensatz zu derjenigen des Verwaltungsrats nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR auslaufe (E. 8.2 mit Hinweisen auf die Literatur). Eine analoge Anwendung von BGE 148 III 69 (Ablauf der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern) auf die Revisionsstelle sei abzulehnen. Der Wortlaut von Art. 730a OR lasse keinen Zweifel am Zeitpunkt des Endes der Amtsdauer der Revisionsstelle (E. 8.2). Damit lag bezüglich der Revisionsstelle kein Organisationsmangel vor (E. 8.3).

Dem Urteil ist in Bezug auf die Frage, wann die Amtsdauer der Revisionsstelle endet, zuzustimmen. Wird die Revisionsstelle nicht rechtzeitig wiedergewählt, verlängert sich ihre Amtszeit automatisch bis zur nächsten Generalversammlung, anlässlich der die Jahresrechnung abgenommen wird. Die Amtsdauer endet somit nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR. Zu Recht hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Ablauf der Amtsdauer des Verwaltungsrats (BGE 148 III 69) nicht auf die Revisionsstelle angewendet.

Zu Kritik Anlass geben demgegenüber die Erwägungen des Bundesgerichts, wonach ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied als faktisches Organ keine Generalversammlung mehr einberufen kann und die von einer solchen Generalversammlung gefassten Beschlüsse nichtig sind (vgl. dazu eingehend MÜLLER/WOLFISBERG, SZW 2025, 548 ff.). Diese Praxis hat weitreichende Folgen. Es dürfte eine nicht zu unterschätzende Anzahl von – vor allem kleineren – Gesellschaften geben, welche die (Wieder-)Wahl des Verwaltungsrats aus irgendwelchen Gründen nicht rechtzeitig durchführen. Faktisch sind vermutlich Tausende von Gesellschaften betroffen, die streng genommen keinen Verwaltungsrat mehr haben. Zudem wird das Problem vielfach erst später in einem allfälligen Konkurs bemerkt, und dann ist das Chaos perfekt. Ferner führt der Entscheid zu Folgefragen und wird daher in der Lehre zu Recht kritisiert (vgl. etwa MÜLLER/WOLFISBERG, SZW 2025, 550 ff.; vgl. auch HOCHSTRASSER/AUWÄRTER, AJP 2024, 1263; JAKOB, SJZ 2024, 1065 f.; MÜLLER/BERGER/BÖTTICHER, GesKR 2024, 429 ff., insbes. 440). Zumal der

Entscheid nicht amtlich publiziert wurde, besteht indessen Hoffnung, dass hier nicht das letzte Wort gesprochen ist.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt das Urteil folgende Erkenntnisse: Anordnungen im Organisationsmängelverfahren sind keine vorsorglichen Massnahmen, weil sie keinen vorübergehenden Charakter haben (E. 2.2.2).

Weitere Besprechungen des Urteils 4A_387/2023 und 4A_429/2023 finden sich bei HOCHSTRASSER/AUWÄRTER, AJP 2024, 1258 ff.; JAKOB, SJZ 2024, 1059 ff.; MÜLLER/BERGER/BÖTTICHER, GesKR 2024, 427 ff.; MÜLLER/WOLFISBERG, SZW 2025, 548 ff.

5. **Verantwortlichkeitsklage: Urteil 4A_62/2024 und 4A_76/2024 vom 17. Dezember 2024**

In diesem Fall ging es um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR. Der Kanton Zürich hatte sich im Konkurs der C. AG Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG abtreten lassen. Der Entscheid, der nicht amtlich publiziert wurde, aber in Fünferbesetzung erging, erörtert die einzelnen Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage und äussert sich zum Begriff des faktischen Organs. Die Ausführungen zu den Voraussetzungen bringen vereinzelt neue Erkenntnisse, auf die nach der Erörterung des Sachverhalts eingegangen wird.

Zum Sachverhalt: Die C. AG betrieb eine Papierfabrik und leitete bis 1963 Papierschlamm in den Zürichsee. 2006 informierte der Kanton Zürich die C. AG über eine nötige Seegrundsanierung (Kosten von CHF 20 Mio.). Die C. AG bestritt eine Sanierungspflicht wegen Verjährung. Anlässlich der Generalversammlung im Jahr 2011 wurde eine Dividende von CHF 2,15 Mio. beschlossen und an die Alleinaktionärin, die D. AG, ausgeschüttet. Die Jahresrechnung 2010 enthielt keine Rückstellungen. Erst in den Jahresrechnungen 2011–2013 wurden Rückstellungen für Rechts- und Verfahrenskosten gebildet. 2017 verlangte der Kanton eine Sicherheitsleistung von CHF 8,55 Mio. von der C. AG. Die C. AG berief sich auf die Verjährung, verlor aber 2019 den entsprechenden Prozess vor Bundesgericht. Anschliessend fiel sie in Konkurs. Der Kanton liess sich in der Folge die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG abtreten und erhob Klage gegen A. und B. Der Beklagte A. war als leitender Mitarbeiter der Buchhal-

terin der C. AG tätig. Die Beklagte B. war Verwaltungsratsmitglied der C. AG und Verwaltungsratspräsidentin der D. AG.

Nach Ansicht des Bundesgerichts war A. faktisches Organ und damit – neben B. als Verwaltungsratsmitglied der C. AG – passivlegitimiert (E. 7.1, insbes. 7.1.5). Das faktische Organ sei – so das Bundesgericht – eine Person, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffe oder die eigentliche Geschäftsführung besorge und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimme. Damit eine faktische Organstellung angenommen werden könne, müsse (1) eine dauernde Befugnis bestehen, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen, (2) die Entscheidungskompetenz selbstständig und unabhängig erscheinen und (3) die Person auch in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern (E. 7.1.1). Faktische Organe seien auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen ihres Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre (E. 7.1.1). Das Bundesgericht legte ausführlich dar, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall in Bezug auf A. gegeben waren (E. 7.1.5).

Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage ist u. a., dass ein Schaden vorliegt. A. und B. bestritten einen Schaden, weil der Dividendenbeschluss von 2011 wegen Interessenkonflikts nichtig sei. Daher stünden die CHF 2,15 Mio. noch der C. AG zu (E. 5.2 und 5.3). Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass eine Buchung in der Bilanz zwar noch keine Änderung der realen Vermögenslage darstelle. Vorliegend sei aber das Geld nachweislich abgeflossen, sodass nicht nur die Bilanzsumme, sondern auch das Vermögen der C. AG vermindert worden sei (E. 5.5.1 f.). Weil A. und B. die Rückforderung verhinderten, indem sie die Forderung nicht im Konkursinventar aufführten, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn sie den Schaden unter Hinweis auf die Möglichkeit der Rückforderung bestreiten würden (E. 5.5.3.3).

A. und B. bestritten auch eine Pflichtverletzung als weitere Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage (E. 6). Diesbezüglich verwies das Bundesgericht zunächst auf die *Business Judgment Rule*. Dabei liess es die Frage, ob es sich bei der Bildung von Rückstellungen oder der Ausschüttung von Dividenden um Geschäftsentscheide oder um Kontroll- und Organisationsaufgaben handelt, die der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, offen (E. 6.3.1). Weil der Entscheid, keine Rückstellungen zu bilden und so die Dividendenausschüttung zu ermöglichen, mit einem Interessenkonflikt behaftet war, kam die *Busi-*

ness Judgment Rule nicht zur Anwendung (E. 6.3.1). Bei der Überprüfung der unterlassenen Rückstellungen war somit keine Zurückhaltung angezeigt. Das Bundesgericht ging davon aus, dass unter den konkreten Umständen eine Rückstellung bereits bei einer Wahrscheinlichkeit von 50% oder darunter zu bilden gewesen wäre (Rückstellung eines Teilbetrags des schlimmstmöglichen Ausgangs; E. 6.3.3). Es ist somit nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit, die eine Rückstellungspflicht auslöst, sondern Rückstellungen sind bereits früher erforderlich. Grundsätzlich ist mit dem Schlimmsten zu rechnen.

Das Bundesgericht bejahte schliesslich auch die weiteren Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 754 OR (vgl. dazu E. 4, zum Kausalzusammenhang E. 7.2 und zum Verschulden E. 7.3) und wies die Beschwerden von A. und B. ab.

Dem Urteil, das die ehemalige Papierfabrik Horgen betraf, ist im Ergebnis zuzustimmen. Das Bundesgericht resümiert seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage. Darüber hinaus enthält der Entscheid – wie ausgeführt – einige weiterführende Überlegungen. Indem das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Unterlassung eines faktischen Organs die *Business Judgment Rule* thematisiert, ist davon auszugehen, dass es diese auch zu Gunsten eines *faktischen* Organs zur Anwendung bringen würde (so auch GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, Basler Kommentar, OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 754 N 31r), auch wenn die Regel vorliegend wegen eines Interessenkonflikts gerade nicht anwendbar war. In der Literatur wird allerdings verschiedentlich die Geltung der *Business Judgment Rule* für faktische Organe abgelehnt (vgl. etwa BÜHLER, «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Aktienrecht im Wandel, Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), 2020, 29 ff., 34 f.; GAUCH, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, 2018, 48; KUNZ, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 2014, 279 f.; NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, 2007, 172).

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. **Notorietät von Eintragungen in ausländischen Handelsregistern?: BGE 150 III 209 (Urteil 4A_639/2023 vom 3. April 2024)**

In diesem (schuldbetreibungsrechtlichen) Entscheid stellte sich u. a. die Frage, ob Eintragungen in ausländischen Handelsregistern als notorische Tatsachen gelten, die gemäss Art. 151 ZPO nicht bewiesen werden müssen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Sparkasse B. betrieb A. für eine Darlehensforderung. A. erhob Rechtsvorschlag, woraufhin die Sparkasse B. ein Gesuch um Rechtsöffnung hängig machte. A. bestritt die Identität der betreibenden Sparkasse B. und der im Rechtsöffnungstitel bezeichneten Gläubigerin («Sparkasse E.»). Die Sparkasse B. entgegnete, sie habe sich lediglich umfirmiert bzw. sie sei die Gesamtrechtsnachfolgerin der Sparkasse E. Sie wollte dies mit Auszügen aus dem Handelsregister des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen belegen, reichte die Belege aber prozessual verspätet ein.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen vorab fest, dass das Rechtsöffnungsgericht von Amtes wegen drei Identitäten prüfe, nämlich die Forderungsidentität, die Schuldneridentität und die Gläubigeridentität (E. 1.2 und 3.7). Vorliegend war einzig die Gläubigeridentität streitig, weil die betreibende Partei (Sparkasse B.) nicht identisch mit der Gläubigerin der im Rechtsöffnungstitel festgehaltenen Forderung (Sparkasse E.) war. Verlange ein Rechtsnachfolger (infolge Singular- oder Universalsukzession) eines Gläubigers für eine in einem Rechtsöffnungstitel festgehaltene Forderung die Rechtsöffnung, habe er seine Rechtsnachfolge liquide nachzuweisen (E. 1.2).

Nach Art. 151 ZPO bedürfen offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze keines Beweises. Diesbezüglich sei – so das Bundesgericht – eine restriktive Handhabe erforderlich, um die Verhandlungsmaxime nicht auf dem Weg einer allzu weit gezogenen Annahme von Notorietät aus den Angeln zu heben (E. 2.3). Insbesondere bei Streitigkeiten, für die der Verhandlungsgrundsatz gelte, seien notorische Tatsachen nur mit Zurückhaltung anzunehmen (E. 2.3 und 2.4). Eintragungen in einem schweizerischen Handelsregister würden als gerichtsnotorisch

im Sinne von Art. 151 ZPO gelten. Anders verhielte es sich für Eintragungen in einem ausländischen Handelsregister. Sie seien nicht gerichtsnotorisch und daher von der beweiselasteten Partei zu beweisen (E. 2.5).

Die Eintragungen im deutschen Handelsregister auf www.handelsregister.de qualifizierte das Bundesgericht nicht als notorisch im Sinne von Art. 151 ZPO (E. 2.5). Die (physischen) Auszüge aus dem Handelsregister des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen als Beleg für die Rechtsnachfolge reichte die Sparkasse B. hingegen nicht bereits mit dem Rechtsöffnungsgesuch und damit prozessual verspätet ein (vgl. Art. 229 ZPO). Im Rechtsöffnungsverfahren tritt der Aktenschluss grundsätzlich nach einmaliger Äusserung ein. Die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels muss eine seltene Ausnahme bleiben (E. 3; vgl. Art. 84 Abs. 2 SchKG). Daher konnte der Beleg nicht berücksichtigt werden, und das Gesuch um definitive Rechtsöffnung war abzuweisen (E. 3.8).

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass Einträge in einem *schweizerischen* Handelsregister notorisch sind (statt vieler BGE 148 V 7 E. 5.1.5; 139 III 293 E. 3.3; 138 II 557 E. 6.2). Vorliegend geht es richtigerweise davon aus, dass dies nicht für Eintragungen in einem *ausländischen* Handelsregister gelten kann. Solche Eintragungen sind nicht gerichtsnotorisch und daher von der beweiselasteten Partei zu beweisen. Damit die Annahme von Notorietät bei Internetquellen überhaupt in Frage kommt, sind die Kriterien der leichten Zugänglichkeit und der Verlässlichkeit der Quelle Voraussetzungen. Daraus darf allerdings nicht der Umkehrschluss gezogen werden, alle im Internet leicht zugänglichen und aus verlässlichen Quellen stammenden Tatsachen, namentlich behördliche Internetquellen, seien in der Regel notorische Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO. Soweit es um Internetauftritte ausländischer Behörden geht, kann das nach Ansicht des Bundesgerichts noch viel weniger gelten (vgl. E. 2.4). Weil der inhaltliche Aussagegehalt und die Wirkungen von Eintragungen in ausländischen Handelsregistern für Nutzende aus der Schweiz nicht ohne Weiteres klar seien und als bekannt vorausgesetzt werden könnten, konnten Eintragungen beim von den deutschen Behörden betriebenen Handelsregisterportal www.handelsregister.de nicht als notorische Tatsachen eingestuft werden (vgl. E. 2.5).

Notorische Tatsachen müssen weder behauptet noch bewiesen werden und können daher nur mit Zurückhaltung angenommen werden, weil ansonsten die Beweisführungsgrundsätze und Parteirechte unterlaufen werden. Diese Überlegungen gelten nicht nur für den vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungs- und Strafprozess. Sie müssen erst recht auch für zivilprozessrechtliche Verfahren (einschliesslich des Rechtsöffnungsverfahrens), die weitgehend der Verhandlungsmaxime unterstehen, Geltung beanspruchen. Das Bundesgericht geht daher zu Recht von einer restriktiven Handhabung aus (vgl. E. 2.3).

Eine Besprechung von BGE 150 III 209 aus prozessualer Sicht findet sich bei DOMENIG, ZZZ 2025, 184 ff.

2. **Aktionärbindungsvertrag; Vorhandrecht: Urteil 4A_379/2024 vom 5. November 2024**

Im vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht darüber zu urteilen, ob eine Konventionalstrafe geschuldet war. Dabei ging es um eine behauptete Verletzung einer vertraglich vereinbarten Mitteilungspflicht in Bezug auf ein im Aktionärbindungsvertrag vorgesehenes Vorhandrecht, die mit einer Konventionalstrafe sanktioniert war.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: A. gründete 2011 die C. AG, in der auch B. tätig war, und 2018 im Rahmen einer Nachfolgeregelung die D. AG. Aktionäre der D. AG waren A., B. sowie E., F. und G. Die Aktionäre der D. AG schlossen einen Aktionärbindungsvertrag (ABV). Darin vereinbarten sie in Ziff. 3.2 ein Vorhandrecht. Ziff. 3.4.3 lit. d ABV sieht bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Aktionärs bei der C. AG eine «Verpflichtung zum Verkauf der Aktien [der D. AG] gemäss Ziff. 3.2 [ABV]» vor. Ziff. 6 ABV statuiert als Sanktion bei Vertragsverletzungen eine Konventionalstrafe.

Am 3. September 2019 kündigten A. und G. im Namen der C. AG das Arbeitsverhältnis von B. Anschliessend teilte G. der B. am 26. September 2019 per E-Mail mit, dass er, F. und E. ihre Aktien der D. AG für CHF 55 000.– kaufen wollten. Tags darauf sandte G. an B. eine weitere E-Mail in dieser Sache, welche er in Kopie («cc») auch A. zustellte. In der Folge kam aber kein Verkauf der Aktien zustande. Am 26. Januar 2021 forderten die Kaufwilligen B. erneut auf, ihre

Aktien zu verkaufen. Am 4. Februar 2021 verkaufte B. ihre Beteiligung schliesslich für CHF 52 250.– an G., F. und E.

A. warf B. anschliessend vor, ihre Mitteilungspflicht gemäss Ziff. 3.2 ABV verletzt zu haben, weil sie ihre Aktien nicht auch ihm (A.) angeboten hatte, und forderte von ihr die Zahlung der Konventionalstrafe von CHF 50 000.– (vgl. E. 2).

In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht aus, der Vorhandfall trete typischerweise dann ein, wenn die Vorhandgeberin den Entschluss fasse, ihre vorhandbelasteten Aktien zu verkaufen. Die Veräusserungsabsicht bilde einen inneren, mentalen Vorgang und müsse daher von der vorhandbelasteten Person der vorhandberechtigten Person mitgeteilt werden, damit diese die Aktien gegebenenfalls erwerben könne. Unterbleibe diese Mitteilung und erhalte die vorhandberechtigte Person auch sonst keine Kenntnis vom Eintritt des Vorhandfalles, müsse die Vorhandgeberin für diese Pflichtverletzung einstehen (E. 3.2.2).

Die Parteien könnten im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) neben einer Veräusserungsabsicht der belasteten Person auch weitere Tatbestände als Vorhandfälle vereinbaren (E. 3.2.3). Ein Vorhandfall könne demnach nicht nur an einen inneren (Veräusserungsabsicht), sondern auch an einen äusseren Tatbestand anknüpfen (E. 3.3.2).

Im Zusammenhang mit der Auslegung des in Frage stehenden Vorhandrechts führte das Bundesgericht alsdann aus, bei einer – wie vorliegend – vertraglich vereinbarten Verkaufspflicht infolge von Auflösung des Arbeitsvertrags werde die Willensfreiheit der betroffenen Person beschränkt. Aus diesem Grund könne diese keinen eigenständigen Veräusserungswillen mehr bilden, sondern es liege vielmehr «dieses Müssen zu wollen» vor. Unter diesen Umständen dürfe nicht allein auf den Veräusserungswillen der belasteten Person abgestellt werden, denn dadurch könnte sich die Partei durch «blosses Nichtwollen» ihrer Veräusserungspflicht entziehen und der Vorhandfall würde trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses gar nie eintreten (E. 3.3.2).

In Bezug auf die Frage, ob B. gegenüber A. ihre Mitteilungspflicht verletzt hatte, hielt das Bundesgericht schliesslich fest, dass sich A., der als Gesellschaftsorgan die Kündigung ausgesprochen und damit in eigener Person den Vorhandfall verwirklicht habe, nicht darauf berufen könne, von der so ausgelösten Aktienangebotspflicht nichts gewusst zu haben. Die vorhandbelastete Person müsse nur dann für eine fehlende Mitteilung einstehen, wenn die vorhandberechtigte

Person auch sonst keine Kenntnis vom Eintritt des Vorhandfalles erlangt habe (E. 3.3.3).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen. Es geht nicht an, dass der Vorhandberechtigte vom Eintritt des Vorhandfalls Kenntnis hat, im vorliegenden Fall diesen sogar in eigener Person herbeiführte, und sich anschliessend darauf beruft, dass ihm der Vorhandfall nicht vertragsgemäss vom Vorhandbelasteten mitgeteilt wurde.

Eine Kurzbesprechung des Urteils 4A_379/2024 findet sich bei GALLI/VISCHER/ITEN, in: dRSK, publiziert am 2.9.2025.

3. Identische Firmen; Nichtigkeit einer Verfügung des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister?: Urteil 4A_64/2024 vom 26. Juni 2024

Im vorliegenden Entscheid ging es um eine Umfirmierung einer Gesellschaft und die Eintragung einer identischen Firma eines anderen Unternehmens. Dabei stellten sich folgende Fragen: Kann das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) die kantonalen Handelsregisterämter anweisen, bestimmte Eintragungen zu korrigieren? In welchen Fällen ist eine Verfügung des EHRA nichtig?

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Am 19. Dezember 2019 trug das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen eine neu gegründete Aktiengesellschaft mit der Firma «TX Group AG» ins Tagesregister ein. Einen Tag später, am 20. Dezember 2019, trug das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Umfirmierung der Tamedia AG zu «TX Group AG» ins Tagesregister ein. Die st.-gallische TX Group AG ist im Solarsektor tätig. Die Zürcher TX Group AG ist ein (zumindest unter der bisherigen Firma) bekanntes Medienhaus und existiert seit dem Jahr 1912. Die Tamedia AG hatte die Umfirmierung im Zuge der Umstrukturierung zur Holding vorgenommen. Das EHRA genehmigte beide Eintragungen. Die st.-gallische TX Group AG war mit der Eintragung der Umfirmierung der Zürcher TX Group AG nicht einverstanden und wandte sich – nachdem das EHRA auf ein entsprechendes Begehren nicht eingetreten war – ans Bundesverwaltungsgericht. Dieses wies die Beschwerde aus prozessualen Gründen (Ablauf der Rechtsmittelfrist, vgl. E. 5) ab. Daraufhin gelangte die st.-gallische TX Group AG ans Bundesgericht.

In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht vorab fest, (auch) das EHRA müsse prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung vorlägen (Art. 937 OR und Art. 32 Abs. 3 HRegV). In formeller Hinsicht habe das EHRA eine umfassende Prüfungsbefugnis. In materiell-rechtlicher Hinsicht sei die Prüfungsbefugnis demgegenüber beschränkt auf die Einhaltung von zwingenden Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt worden seien (E. 3.3.2).

Weil identische Firmen unzulässig sind (vgl. Art. 951 OR), hätte das EHRA die Umfirmierung nicht genehmigen dürfen. Nach Ansicht des Bundesgerichts verstösst die vollständige Identität der beiden Firmen «TX Group AG» gegen Art. 951 OR (E. 3.3.4). Es stellte sich daher die Frage, ob der Genehmigungsentscheid durch das EHRA nichtig ist.

Nichtigkeit liegt nur bei einem ausserordentlich schwerwiegenden Mangel vor, der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist. Inhaltliche Mängel führen nur in seltenen Ausnahmefällen zur Nichtigkeit, wobei ein klarer Gesetzesverstoss für sich allein noch nicht genügt (E. 3.3.5). Der Verstoss gegen Art. 951 OR ist ein inhaltlicher Mangel (E. 3.3.6).

Das Handelsregister dient der Rechtssicherheit und dem Schutz Dritter (Art. 927 Abs. 1 OR) und entfaltet negative und positive Publizitätswirkung (Art. 936b Abs. 1 und 2 OR; E. 3.3.7). Eintragungen tangieren eine Vielzahl von Personen, daher wird Nichtigkeit von Genehmigungsentscheiden nur mit «grösster Zurückhaltung» angenommen (E. 3.3.8). Vorliegend ging das Bundesgericht von einem «gewöhnlichen Gesetzesverstoss» aus und erachtete den Genehmigungsentscheid des EHRA demnach nicht als nichtig, sondern bloss als anfechtbar (E. 3.4).

Die Handelsregisterbehörden haben die Beteiligten nach Art. 955 OR zur Beobachtung der Bestimmungen über die Firmenbildung anzuhalten. Die Bestimmung vermittelt dem EHRA aber kein Recht, die Bereinigung der kantonalen Handelsregister anzuordnen (E. 4.2).

Weil im vorliegenden Fall vor Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdefrist von 30 Tagen (Art. 50 Abs. 1 VwVG) gegen die Verfügung des EHRA unbenutzt verstrichen und der Genehmigungsentscheid bloss anfechtbar (und nicht nichtig) war, wies auch das Bundesgericht die Beschwerde ab (E. 6).

Die Abweisung der Beschwerde hat zur Folge, dass zwei identische Firmen existieren, eine Tatsache, die der Gesetzgeber verhin-

dern wollte (vgl. auch EHRA, Interne Weisung zur Prüfung der Firmenidentität vom 1.4.2021, insbes. Ziff. 5). Dass identische Firmen unzulässig sind, ergibt vor dem Hintergrund, dass die Firma der Identifizierung und Individualisierung von Rechtseinheiten dient, Sinn. Vorliegend hat das Zusammenspiel verschiedener Umstände (Genehmigung beider Einträge durch das EHRA, Fristablauf und die Tatsache, dass der Genehmigungsentscheid bloss anfechtbar war) dazu geführt, dass es nun zwei identische Firmen gibt. Allenfalls haben auch die Machenschaften der st.-gallischen TX Group AG dazu beigetragen, dass das Bundesgericht die Nichtigkeit des Genehmigungsentscheids verneint und damit verhindert hat, dass die ehemalige Tamedia AG ihrer neuen Firma, die sie nun seit einigen Jahren führt, verlustig ging. Der Streit um die Firma soll dem Vernehmen nach nämlich nur eine Stellvertreterdebatte zwischen dem Medienhaus und dem Inhaber der st.-gallischen TX Group AG sein.

Dem Urteil ist insofern zuzustimmen, als bei Genehmigungsentscheiden des EHRA nur mit grösster Zurückhaltung Nichtigkeit angenommen werden darf. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit muss ein Genehmigungsentscheid grundsätzlich Geltung behalten. Vorliegend ist indessen problematisch, dass die Genehmigung zweier identischer Firmen durch das EHRA dazu geführt hat, dass zwei verschiedene Unternehmen nun die gleiche Firma führen und beide Unternehmen nach der Sitzverlegung durch die st.-gallische TX Group AG auch einen identischen Sitz haben (vgl. die Handelsregistrauszüge der beiden Unternehmen CHE-105.836.696 und CHE-291.279.759).

Zum vorinstanzlichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vgl. MÜLLER, REPRAX 2024, 53 ff.

4. Verhältnis der Kostenverteilungsregel nach Art. 105 Abs. 3 FusG zur Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO: Urteil 4A_67/2024 vom 27. Februar 2024

Art. 99 ZPO regelt die Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung. Auf Antrag der beklagten Partei hat die klagende Partei unter bestimmten Voraussetzungen für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten. Dies ist u. a. der Fall, wenn andere als die in der Be-

stimmung genannten Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen (Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO). Diese Generalklausel hat einen engen Anwendungsbereich. Daher hat nach Ansicht des Bundesgerichts das Handelsgericht Zürich als Vorinstanz sein Ermessen nicht überschritten, wenn es Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO daran gemessen hat, dass die dort vorgesehenen «andere[n] Gründe» in ihrer Wertung den vorangehenden ausdrücklich geregelten Fällen ähnlich sein müssen und die Gefährdung entsprechend in diesem Sinne erheblich sein muss (E. 3.5).

Nach Art. 105 Abs. 3 FusG trägt im Verfahren betreffend eine Ausgleichszahlung im Rahmen einer Umstrukturierung grundsätzlich der übernehmende Rechtsträger die Verfahrenskosten. Das Gericht kann sie aber dem Kläger auferlegen, wenn besondere Umstände es rechtfertigen, so etwa, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist oder böswillig erhoben wurde (E. 4.3). Die Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung durch den Kläger kann nur dann eine Rolle spielen, wenn vom Grundsatz der Kostenverteilungsregel abgewichen wird. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Voraussetzungen einer Sicherheitsleistung nach Art. 99 ZPO beurteilen. Insoweit ist Art. 105 FusG für die Auslegung von Art. 99 ZPO irrelevant (E. 4.4).